

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXII, FASCÍCULO I

Enero-marzo, 2019



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,  
RELACIONES CON LAS CORTES  
E IGUALDAD

**BOE** BOLETIN  
OFICIAL DEL  
ESTADO

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

## Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Catedrático de Derecho civil

## Dirección

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid

## Secretaría

NIEVES FENOY PICÓN

Profesora Titular de Derecho civil (acreditada como Catedrática Universidad).

Universidad Autónoma de Madrid

## Consejo de Redacción

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS

Profesora Titular de Derecho civil.  
Universidad de Barcelona

M.<sup>a</sup> PAZ GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho civil.  
Universidad Santiago de Compostela

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho  
civil (acreditada como Profesora Titular  
de Universidad).

Universidad Autónoma de Madrid

FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ

Catedrático de Derecho civil.  
Universidad Pablo Olavide

PEDRO DEL OLMO GARCÍA

Profesor Titular de Derecho civil.  
Universidad Carlos III de Madrid

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

Profesor Titular de Derecho civil.  
Universidad Autónoma de Madrid

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO

Profesor Titular de Derecho civil.  
Universidad de Málaga

LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA

Profesora Titular de Derecho civil.  
Universidad Autónoma de Madrid

ANTONI VAQUER ALOY

Catedrático de Derecho civil.  
Universidad de Lleida

## Consejo Asesor

XABIER BASOZABAL ARRUE

Profesor Titular de Derecho civil.  
Universidad de Navarra

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho civil.  
Universidad Carlos III de Madrid

ANA CAÑIZARES LASO

Catedrática de Derecho civil.  
Universidad de Málaga

ESTHER GÓMEZ CALLE

Catedrática de Derecho civil.  
Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO GÓMEZ POMAR

Catedrático de Derecho civil.  
Universidad Pompeu Fabra

ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA

Catedrática de Derecho civil.  
Universidad de Murcia

JOSÉ M.<sup>a</sup> MIQUEL GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho civil.  
Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO PANTALEÓN PRIETO

Catedrático de Derecho civil.  
Universidad Autónoma de Madrid

M.<sup>a</sup> ÁNGELES PARRA LUCÁN

Magistrada del Tribunal Supremo

ANTONIO PAU PEDRÓN

Registrador de la Propiedad

M.<sup>a</sup> JOSÉ SANTOS MORÓN

Catedrática de Derecho civil.  
Universidad Carlos III de Madrid

IGNACIO SOLÍS VILLA

Notario

TEODORA F. TORRES GARCÍA

Catedrática de Derecho civil.  
Universidad de Valladolid

Colaboradores honorarios: Mariano Alonso Pérez, Jorge Caffarena Laporta, Gabriel García Cantero, Antonio Gordillo Cañas, Vicente Guilarte Zapatero, Antonio Gullón Ballesteros, José Ángel Martínez Sanchiz, José Poveda Díaz, Luis Puig Ferriol, Evelio Verdera y Tuells.

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas  
por los autores de los originales publicados**

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)  
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 85,00 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 25,00 € (más gastos de envío).

## PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Los *originales*, necesariamente inéditos hasta el momento de su publicación en el *Anuario de Derecho Civil*, pueden enviarse a Antonio Manuel Morales Moreno, Codirector de la Revista, o a Nieves Fenoy Picón, Secretaria. El envío puede hacerse a sus respectivas direcciones de correo electrónico (antonio.morales@uam.es; nieves.fenoy@uam.es), o a la dirección postal de ambos en la Universidad Autónoma de Madrid (Facultad de Derecho, calle Kelsen, 1, 28049 Madrid). El envío postal incluirá el soporte informático.

Los trabajos recibidos serán sometidos a un proceso de *evaluación*, realizado por especialistas independientes, antes de decidir su publicación. El autor será adecuadamente informado.

## ADMINISTRACIÓN

### **Ministerio de Justicia**

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 97 / 84

## VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

### **Librería del Boletín Oficial del Estado**

C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

tienda@boe.es

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXII, FASCÍCULO I  
Enero-marzo, 2019

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,  
RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD

Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2019

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

---

Es propiedad. Queda hecho el depósito y  
la suscripción en el registro que marca la Ley.  
Reservados todos los derechos.

---

NIPO (AEBOE): 043-19-100-7  
NIPO (M. de Justicia): 051-15-002-0  
ISSN: 0210-301X  
Depósito legal: M-125-1958

---

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid.

El divorcio sin juez en el Derecho español  
y francés: entre el divorcio por notario  
y el divorcio por abogado. Dificultades teóricas  
y prácticas

**MONTSERRAT PEREÑA VICENTE**

Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad Rey Juan Carlos

**RESUMEN**

*En Francia y en España la ley ha consagrado el divorcio por mutuo acuerdo fuera de sede judicial. Sin embargo, la regulación que ambos ordenamientos jurídicos han llevado a cabo hace que las similitudes sean mínimas y las diferencias muy marcadas. Especialmente en lo que se refiere al papel que desempeña el notario, fiel a la esencia de la función del notariado latino en España y muy aminorada en Francia, que ha preferido situar en el centro del sistema al abogado, consagrando un divorcio por acto de abogado y no un divorcio notarial. Esta diferente concepción, provoca dificultades en la práctica que en parte derivan de la calificación de este divorcio como «privado».*

**PALABRAS CLAVE**

*Divorcio-Divorcio notarial-Divorcio sin juez-Convenio regulador.*

## Divorce without a judge in Spanish and French Law: between divorce by a notary and divorce by a lawyer. Theoretical and practical difficulties

### ABSTRACT

*In France and Spain divorce is allowed by mutual agreement outside the court. However, the regulation that both legal systems have carried out makes the similitudes are minimal and the differences very marked.*

*Especially in regard to the role played by the notary, faithful to the essence of the role of the Latin notary in Spain and greatly diminished in France, which has preferred to place in the center of the system the lawyer, consecrating a divorce by act of attorney and not a notarial divorce. This different conception, causes difficulties in practice that partly derive from the qualification of this divorce as «private».*

### KEY-WORDS

*Divorce, Notarial divorce, Divorce outside the court, Regulatory agreement.*

**SUMARIO:** *Introducción.—I. El divorcio notarial: el «fantasma» al que se refirió el profesor Pérez Gallardo, cruza el Atlántico y después atraviesa los Pirineos.—II. Naturaleza jurídica del divorcio sin juez, ¿un divorcio privado? II.1. Denominación. II.2. Ordenación sistemática. II.3. La pretendida naturaleza contractual del divorcio sin juez.—III. Condiciones exigidas para el divorcio extrajudicial. III.1. Acuerdo de los cónyuges: capacidad exigida. III.2. Existencia de hijos menores ¿impedimento para el divorcio sin juez?—IV. Tramitación del divorcio. IV.1. Intervención notarial. IV.1.1. Cuestiones de competencia. IV.1.2. La formalización del divorcio ¿documento público o privado? IV.2. Intervención de abogados: la revolución cultural francesa. IV.3. Intervención personal o por representante. IV.4. Reglas de procedimiento.—V. El post-divorcio: las consecuencias de la calificación. V.1. El carácter irreversible del divorcio. V.2. La revisión y la impugnación de la convención de divorcio. V.3. La ejecución de la convención de divorcio. V.3.1. Ámbito interno. V.3.2. Ámbito internacional.—VI. A modo de conclusión sobre este «divorcio a la francesa». Bibliografía.*

### INTRODUCCIÓN

Si el divorcio fuera de sede judicial en un principio despertó el rechazo de una parte de la doctrina, tanto en España como en Fran-

cia, poco a poco ha ido ganando adeptos y ha terminado por introducirse en ambos ordenamientos jurídicos superando algunas de las reticencias iniciales, pero haciendo surgir otras. Ahora bien, no podemos pensar que esta «propagación» de instituciones jurídicas implique que el divorcio por mutuo acuerdo francés y español sean instituciones equivalentes. Al contrario. Como veremos, el divorcio «por acto de abogado» vigente en Francia, está en las antípodas del divorcio notarial español y ello genera numerosas dificultades, conceptuales y prácticas.

Divorciarse en España, cuando existe mutuo acuerdo, es más sencillo y ágil tras la regulación del divorcio notarial llevada a cabo por la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Pero esta vía está vetada cuando existen hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente, posibilidad, como veremos, expresamente contemplada por el *Code*. Ante tal diferencia, la pregunta que surge inmediatamente es si dos españoles con hijos menores podrán divorciarse en Francia, con arreglo al Derecho francés fuera de sede judicial.

Adelantando parte del contenido de este trabajo, nada impide que se puedan acoger a esta regulación dos cónyuges que quieren divorciarse cuya nacionalidad no es francesa ni tienen su residencia habitual en Francia. Y no porque el legislador galo haya pretendido hacer de la libre circulación el principio inspirador de su reforma sino, muy al contrario, por su falta de visión del alcance internacional de este divorcio sin juez<sup>1</sup>.

Ahora bien, esta posibilidad plantea numerosos interrogantes sobre si el divorcio así obtenido, y los acuerdos sobre las consecuencias del mismo, son reconocibles y ejecutables en España y viceversa. Para tratar de dar respuesta a esta y otras cuestiones, hay que realizar una labor de calificación de este «divorcio a la francesa<sup>2</sup>» y del divorcio notarial español para determinar si estamos en presencia o no de un «divorcio privado». Tal calificación<sup>3</sup> determi-

---

<sup>1</sup> DEVERS, A., «Le divorce sans juge en droit international privé», *Droit de la Famille*, enero de 2017, dos. 5, p. 1: «Mais, comme pour la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité, il est regrettable de constater que le législateur s'est totalement désintéressé des aspects de droit international privé du nouveau divorce».

<sup>2</sup> Esta expresión es una licencia de la autora haciendo un guiño a la mítica película «Divorcio a la italiana» de los años 60 del siglo pasado, interpretada por Marcelo Mastroianni.

<sup>3</sup> GODECHOT-PATRIS, S., «Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes», *Revue critique de droit international privé*, 2010, p. 271, p. 2: «D'emblée un constat s'impose: en droit interne comme en droit international privé l'équivalence repose sur une comparaison des concepts en présence. C'est donc à une comparaison de l'institution étrangère et de l'institution du for constitutive du présupposé de la règle de droit à appliquer qu'il convient de se livrer. C'est dire par conséquent que l'équivalence va être sollicitée préalablement à la qualification du rapport litigieux et que du résultat du jugement d'équivalence dépendra la détermination de la règle de droit applicable. Mais nécessaire cette vérification est-elle suffisante? A la supposer admise l'équivalence ne risque-t-elle pas de rompre la dialectique que le législateur a entendu

nará cuál es el régimen de este nuevo divorcio que se abre paso en nuestros ordenamientos jurídicos en aquellos aspectos en los que el legislador no lo ha dotado de su propia regulación, y tendrá importantes repercusiones sobre la libre circulación y el reconocimiento automático en otros países de la Unión Europea teniendo en cuenta que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 (C-372/16) ha determinado que los «divorcios privados» no están sometidos al Reglamento Roma III ni al Reglamento Bruselas II *bis*.

## I. EL DIVORCIO NOTARIAL: EL «FANTASMA» AL QUE SE REFIRIÓ EL PROFESOR PÉREZ GALLARDO CRUZA EL ATLÁNTICO Y DESPUÉS ATRAVIESA LOS PIRINEOS

La Ley de Jurisdicción Voluntaria, entre otras medidas de mayor calado<sup>4</sup>, aprueba el divorcio notarial que ha sido la más mediatizada y, quizás, una de las de mayor envergadura desde el punto de vista conceptual. Sigue con ello la estela de otros ordenamientos jurídicos del ámbito iberoamericano. Especialmente del Derecho cubano que, en esta materia, ha hecho camino al andar.

Cuba ha sido pionera en la desjudicialización del divorcio y, seguimos las palabras del profesor y notario Pérez Gallardo<sup>5</sup> al decir que el « fantasma » del divorcio notarial que recorre Latinoamérica desde hace décadas, ha llegado a España<sup>6</sup> en 2015. Antes había conquistado otros países<sup>7</sup> que han abierto la vía al divorcio fuera de sede judicial: Colombia, Ecuador, Brasil o Perú<sup>8</sup>, mientras

---

établir entre la catégorie juridique et la conséquence de la règle? Or si substitution il y a, elle ne peut se faire que dans le respect de la cohérence du for. Se dessine ainsi la nécessité de procéder à un second jugement d'équivalence. C'est alors à une comparaison des résultats de l'application de la règle de droit selon qu'il est procédé ou non à la substitution qu'il faut s'astreindre».

<sup>4</sup> Sobre el tema, ver FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., «Ley 12/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: racionalización de competencia y procedimiento judicial», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 56, 2016, pp. 13-67.

<sup>5</sup> PÉREZ GALLARDO, L. B., «Un "fantasma" recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial», *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXVII, 2009, p. 329-371, La Habana.

<sup>6</sup> PÉREZ GALLARDO, L. B., «Separación y divorcio notarial a la española: una visión desde el Derecho comparado», en *Separación y divorcio ante notario*, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (Dir.), Reus 2016, pp. 19-46.

<sup>7</sup> Realiza un completo y detallado estudio del panorama MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J., «La implantación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario en España», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, julio-agosto 2012, pp. 137-166.

<sup>8</sup> En Perú, la ley núm. 29227/2008 de 16 de mayo, ha introducido un procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio que se puede tramitar en las Municipalidades y en las Notarías. Ver CABELLO MATAMALA, C. J., «El divorcio en el Derecho

que algunos como Argentina, se resisten a su incorporación<sup>9</sup> y otros como Nicaragua lo han incorporado recientemente<sup>10</sup>.

En 2015 le ha llegado el turno al Derecho español. Pero no podemos decir que haya existido una influencia directa del divorcio notarial cubano en la regulación española ya que, como analizaremos posteriormente, son muy diferentes las condiciones y premisas exigidas en ambas legislaciones.

Sin embargo, la regulación cubana y otras que la han seguido, y precedido a la española, han servido de modelo o guía al legislador español para realizar las opciones que definen los caracteres propios de nuestro divorcio notarial: si es o no obligatorio, si es posible o no en presencia de menores, si se precisa o no la intervención de abogado, cual es el papel del notario. Cuestiones todas ellas que dibujan la esencia y naturaleza del divorcio fuera de sede judicial.

Unos meses más tarde, el «fantasma», al que se refería el profesor Pérez Gallardo, ha cruzado los Pirineos. El legislador francés ha abordado igualmente una reforma en la materia y ha regulado el divorcio fuera de sede judicial y que, sin embargo, por las razones que a continuación expondremos, nadie osa llamar divorcio notarial. La novedad se ha introducido, tras observar también las modificaciones legislativas realizadas en otros ordenamientos jurídicos, mediante la Ley 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016 de Modernización de la Justicia del Siglo XXI.

Y es que, como veremos con más detalle, la característica común de la regulación francesa, española y de algunas de las del continente americano es que el divorcio se puede producir fuera de sede judicial, pero las similitudes son, en algunos casos, escasas. Se trata de divorcios muy diferentes en los que sus presupuestos, tramitación y naturaleza no se asemejan. Especialmente problemática es la regulación que ha llevado a cabo el legislador francés y que ha provocado una demanda ante la Comisión Europea de varios abogados franceses junto al profesor Nourissat<sup>11</sup>, por violación del Derecho europeo, al considerar que la regulación aprobada vulnera las reglas de competencia europea, impide la libre circulación del

---

peruano», en *El divorcio en el Derecho Iberoamericano*, Acedo Penco, A., y PÉREZ GALLARDO, L. B., Temis 2009, pp. 525-550.

<sup>9</sup> CULACIATI, M. M., «Razones y sinrazones que demoran la desjudicialización del divorcio en Argentina», *IUS*, núm. 36, julio-diciembre de 2015, pp. 389-417.

<sup>10</sup> PÉREZ GALLARDO, L. B., «Divorcio por mutuo consentimiento ante notario en el nuevo Código de Familia de Nicaragua: la fábula de la zorra y el cangrejo de mar», *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXXI, 2014, pp. 429-457, La Habana.

<sup>11</sup> NOURISSAT, C., BOICHÉ, A., Eskenazi, D., Meier-Bourdeau, A., Thuan Dit Dieu-donné, G., «Divorce par consentement mutuel: plainte contre la France!», *AJ Famille*, 2017, p. 266.

acuerdo de divorcio y supone una violación de los derechos fundamentales del niño.

La regulación del divorcio sin juez en Francia abre numerosos interrogantes, tanto en el ámbito interno como internacional. ¿Es el divorcio por mutuo acuerdo francés una institución equivalente al divorcio notarial español? ¿Será ejecutable en España? ¿Entra en el ámbito de aplicación del Reglamento 1259/2010 sobre ley aplicable divorcio? ¿Y en el del Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental?

Su régimen jurídico, en vigor desde el 1 de enero de 2017, genera la duda de si es ejecutable en España esta convención de divorcio que, como veremos, se admite incluso en presencia de hijos menores, y en el que la intervención del notario es residual, por no decir inexistente. Un amplio sector de la doctrina francesa muestra su perplejidad por la reforma y algunos se sienten incluso «consternados» y «siderados» ante lo que consideran una falta de responsabilidad del legislador a quien acusan de haber legislado precipitadamente<sup>12</sup> y de haber olvidado que Francia es un Estado miembro de la Unión Europea y está obligada por los reglamentos europeos en materia de divorcio, responsabilidad parental y alimentos, provocando que la doctrina<sup>13</sup> se pregunte si el legislador no ha querido hacer de Francia una especie de «Las Vegas del divorcio».

Este malestar inicial, se mantiene tras un año de aplicación y la doctrina<sup>14</sup> demanda a los poderes públicos su reforma debido a las insuficiencias, dificultades de interpretación de los textos y desacuerdos profundos sobre el fondo de la regulación<sup>15</sup>. Sin pretender realizar una valoración de política-legislativa, lo cierto es que algunas de las opciones del legislador francés sorprenden. Como la que se refiere a la imposición de este divorcio sin juez como obligatorio, incluso en presencia de hijos menores, o el «poder» que otorga a estos para judicializar el divorcio de los padres, pero también, y sobre todo, en lo referido al papel marginal que atribuye al notario. A estas cuestiones nos referiremos con más detalle porque conforman la esencia y naturaleza de este divorcio. Espe-

<sup>12</sup> BALLON-WIRTZ, N., «La déjudiciarisation précipitée du divorce par consentement mutuel. Libres propos», *La Semaine Juridique Édition Général*, núm. 23, 6 de junio de 2016, dos. 643.

<sup>13</sup> BOICHÉ, A., «Divorce 229-1: aspect de droit international privé et européen. La France, nouveau Las Vegas du divorce?», *AJ Famille*, 2017, p. 57.

<sup>14</sup> FERRÉ-ANDRÉ, S., «Un an de divorce sans juge: vade-mecum controversé d'un processus de divorcialité contractualisée», *AJ Famille*, 2018, p. 81.

<sup>15</sup> AVENA-ROBARDET, V., «La Justice dans tous ses états», *AJ Famille*, 2018, p. 3.: «Mais si nous pouvions émettre un vœux pour 2018 –un seul!–, ce serait que le législateur corrige et améliore les dispositions relatives au divorce par consentement mutuel sans juge».

cialmente preocupante es la que se refiere a la intervención del notario ya que se trata de una opción de política legislativa enmarcada en una tendencia ultraliberal del legislador francés que concede mayor protagonismo a los abogados, todo el protagonismo en realidad, y desnaturaliza por completo la labor del notario de tipo latino como garante de la seguridad jurídica preventiva. Como denuncian Stéphane David y Romain Brunet<sup>16</sup>, el legislador ha revalorizado el trabajo del abogado al precio de una desvalorización del trabajo de los notarios inaceptable para estos, «infantilizándolo» su intervención y convirtiendo este divorcio en un híbrido que renuncia a la idea tradicional del notario como «magistrado del amigable».

## II. NATURALEZA JURÍDICA DEL DIVORCIO SIN JUEZ, ¿UN DIVORCIO PRIVADO?

### II.1 DENOMINACIÓN

La regulación cubana lo denomina expresamente divorcio por mutuo acuerdo ante notario. Contrasta con la compleja denominación que el legislador francés ha utilizado: divorcio por mutuo acuerdo por acto privado refrendado por abogado y depositado en el protocolo de un notario («*divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire*»). ¿Traduce esta denominación una diferente naturaleza jurídica? ¿Podemos decir que en el caso español y cubano quien divorcia es el notario y en el francés no? ¿Quién pro-

<sup>16</sup> DAVID, S., y BRUNET, R., «Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel», *AJ Famille*, 2017, p. 31, p. 1: «Souvent qualifié de "magistrat de l'amiable", le notaire ne pouvait pas être exclu du nouveau divorce par consentement mutuel extrajudiciaire. Bien plus, il aurait certainement pu prétendre s'emparer, à la lumière de cette qualification, du rôle jusqu'alors dévolu au magistrat en matière de divorce par consentement mutuel "judiciaire". Il aurait alors opéré un contrôle substantiel de la convention de divorce et serait devenu ainsi l'acteur majeur du divorce du XXI<sup>e</sup> siècle. Il eût alors été question du "divorce devant notaire". Il en fut du reste question. Cette voie, on le sait, a été abandonnée. Soumis aux pressions corporatistes des uns et des autres, les pouvoirs publics ont finalement mis en place un système bancal où il n'est plus question d'un "divorce devant notaire" pas davantage qu'il ne s'agit d'ailleurs d'un simple "divorce constaté par les avocats". En réalité, le divorce nouveau est un hybride, le fruit d'un travail des deux professions, lesquelles, successivement et/ou conjointement, selon les cas, vont être destinées à conseiller les époux, à contrôler l'intégrité de leur consentement et l'équilibre des intérêts en présence, pour donner forme et force juridique à leurs accords, sans l'ombre tutélaire et sécurisante (pour tous) du magistrat».

nuncia el divorcio? Para tratar de dar respuesta a estos interrogantes vamos a analizar algunos aspectos de esta regulación.

La ley española (8) simplifica al máximo y, sin darle una denominación específica, lo incorpora con una reforma de mínimos a la regulación del divorcio del Código civil, aunque la doctrina parece haberse decantado por la denominación de divorcio notarial, lo que, en cierto modo, supone ya una previa calificación.

## II.2 ORDENACIÓN SISTEMÁTICA

La incorporación del divorcio sin juez a un ordenamiento jurídico puede hacerse por vía de legislación especial o bien mediante una reforma de la ley previa del divorcio a través de una reforma puntual o incluida en una ley de mayor alcance. Este último ha sido el camino seguido en Francia y en España ya que el legislador no le ha dedicado una ley especial, sino que lo ha introducido en el Código civil en una ley de contenido variado, la de Jurisdicción Voluntaria en España y la de Modernización de la Justicia del siglo XXI en Francia. Marcan así una primera diferencia con la precursora legislación cubana que aprobó un Decreto-Ley<sup>17</sup> sobre el divorcio por mutuo acuerdo ante notario.

Desde un punto de vista de ordenación sistemática, el Código civil español no dedica un capítulo o sección especial dentro de los que regulan el divorcio, sino que queda integrado en la regulación del divorcio en general suponiendo únicamente una posible vía de sustanciación. No ocurre así en el Código francés que consagra una sección (secc. 1.<sup>a</sup>, Capítulo I, Título VI, Libro I), al divorcio por mutuo acuerdo («*Divorce par consentement mutuel*»).

Además, a la reforma del *Code* han seguido otras normas de rango inferior. El Decreto<sup>18</sup> de 28 de diciembre de 2016 y la Circular<sup>19</sup> del Ministerio de Justicia de 26 de enero de 2017 que trata de aclarar algunas cuestiones controvertidas como la naturaleza de la intervención del notario y escenifica el procedimiento de divorcio sin juez.

<sup>17</sup> Decreto-Ley núm. 154/1994 de 6 de septiembre sobre el divorcio por mutuo acuerdo ante notario.

<sup>18</sup> Décret núm. 2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale, JORF núm. 0302 du 29 décembre 2016.

<sup>19</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi núm. 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle et du décret núm. 2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale, BOMJ núm. 2, 2017-06, du 30 juin 2017.

## II.3 LA PRETENDIDA NATURALEZA CONTRACTUAL DEL DIVORCIO SIN JUEZ

La sistemática y denominación aludidas ¿son reflejo de la naturaleza jurídica de este divorcio? El divorcio por mutuo acuerdo del Derecho francés ¿es de naturaleza contractual y el divorcio notarial cubano o español no lo es? O, visto desde otra perspectiva, ¿son los cónyuges los que se divorcian en el divorcio sin juez francés mientras que en el cubano y el español es el notario quien divorcia?

La mayor parte de la doctrina<sup>20</sup> califica el divorcio por mutuo acuerdo del *Code* como contrato a pesar de las dudas que ha suscitado<sup>21</sup> la referencia del legislador a la «convención de divorcio» y de alguna referencia original<sup>22</sup> a una especie de «proceso amistoso a seis manos». Sin embargo, como apunta ChénéDé<sup>23</sup>, si ponemos en relación la reforma del divorcio con la que se ha producido en materia de obligaciones y contratos mediante la *Ordonnance* de 10 de febrero de 2016, veremos que no tiene trascendencia la denominación de «convención» ya que la distinción entre convención y contrato ha sido abandonada. Se trata por tanto de un contrato pero, para este autor, de naturaleza particular: se trata de un acuerdo extintivo, categoría consagrada en el artículo 1101 del *Code*, al que se aplicarán las reglas de los contratos en todo lo que no esté expresamente regulado. Insiste Casey<sup>24</sup> en que no se puede considerar un contrato ordinario de Derecho común, sino que se trata de una convención *sui generis*,

---

<sup>20</sup> COUZIGOU-SUHAS, N., «Réflexions pratiques sur le divorce sans juge», *Deffrénois*, 30 de enero de 2017, núm. 2, p. 131: «Il s'agira d'un contrat aux termes duquel les époux pourront envisager leur séparation»; THOURET, S., «Le nouveau divorce par consentement mutuel ou le divorce sans juge», *AJ Famille*, 2016, p. 568, p. 2: «Il devient donc un contrat parmi d'autres». PICARD, J., «L'interdépendance des contrats dans le divorce sans juge», *Petites Affiches*, 6 de marzo de 2017, núm. 046, p. 6.

<sup>21</sup> POURE, V., «La convention de divorce par consentement mutuel: un contrat à part, mais un contrat tout de même», *Droit de la Famille*, núm. 3, marzo de 2018, dos. 5, p. 2: «Bien que l'utilisation du terme «convention» occasionne une certaine confusion au regard de la réforme opérée par l'ordonnance núm. 2016-131 du 10 février 2016, cette dernière semble malgré tout pouvoir être classée dans la quadrilogie du nouvel article 1101 du Code civil, en ce qu'elle n'est en aucun cas dénuée de tout effet obligationnel».

<sup>22</sup> CASEY, J., «Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair-obscur», *AJ Famille*, 2017 p. 14, p. 2: «Mieux même, le législateur a été assez habile pour laisser croire que le divorce amiable devenait contractuel, alors qu'il n'en est rien. C'est plutôt un «processus amiable à six mains» qui a été créé, lequel est rétif à toute classification connue, tenant un peu de la figure conventionnelle et beaucoup de la figure processuelle».

<sup>23</sup> CHÉNÉDÉ, F., «Divorce et contrat. À la croisée des réformes», *AJ Famille*, 2017, p. 26, p. 1: «Au vrai, il ne faut sans doute pas exagérer l'importance de cette question de qualification, qui apparaît, à certains égards, plus sémantique que technique. Il convient seulement de s'accorder sur l'essentiel. Or, une chose est certaine: le divorce prend sa source dans un accord de volontés (contrat, convention, acte *sui generis*, peu importe), qui ne pourra plus échapper, faute d'homologation judiciaire, non pas à l'ensemble, mais du moins à certains règles du nouveau droit des contrats».

<sup>24</sup> CASEY, J., «Le nouveau divorce par consentement mutuel...», *op. cit.* p. 8.

ya que, como argumentaba Larribau-Terneyre<sup>25</sup>, antes de la reforma, las convenciones de ruptura jamás son convenciones ordinarias.

Admitiendo esta premisa, son los cónyuges los que se divorcian y la intervención del notario o de cualquier otra autoridad es inexistente. Con toda claridad lo expone el profesor Beignier<sup>26</sup>: «*Qui prononce le divorce? Personne*» (¿Quién pronuncia el divorcio? Nadie). Podríamos decir que se trata de un mutuo disenso<sup>27</sup> que, indirectamente, contribuye también a subrayar el carácter contractual del matrimonio y, alerta Grimaldi<sup>28</sup>, «de la contractualización del divorcio a la del matrimonio el paso no es enorme».

Y es que la redacción que se ha dado al artículo 229-1 no deja lugar a dudas<sup>29</sup>: «cuando los cónyuges se entiendan sobre la ruptura del matrimonio y sus efectos, asistidos por sus abogados, constatarán su acuerdo en una convención que toma la forma de acto privado refrendado por sus abogados». A lo que añade el párrafo 2.º que esta convención se depositará en el protocolo de un notario. Refuerza su naturaleza contractual la reforma que propone el Proyecto de Ley de reforma de la justicia<sup>30</sup> que actualmente se tramita

<sup>25</sup> LARRIBAU-TERNEYRE, V., «Les conventions de rupture. État des lieux», *Droit de la Famille*, marzo de 2015, dos. 4, pag. 1: «Cette faveur pour la convention, ainsi comprise, est aujourd'hui une réalité. Les couples en rupture sont largement incités à s'entendre, à différents stades du processus de rupture, voire même avant, avec une gamme assez large de possibilités concernant les accords qu'ils sont autorisés ou incités à passer. Pour autant, il ne s'agit jamais dans ce domaine familial, d'en faire des contrats ordinaires; ils s'inscrivent nécessairement dans les limites d'un ordre public toujours présent en matière familiale, qui ne donne pas toute liberté, qu'il s'agisse des couples mariés ou des couples non mariés. La rupture du couple marié est la seule, il est vrai, à s'inscrire et à continuer à s'inscrire dans un processus et une procédure judiciaire, avec des règles strictes, qui cantonnent les processus conventionnels à ce que le législateur considère comme opportun. En ce qui les concerne, le développement des conventions s'inscrit donc plutôt dans un processus de libéralisation et de relâchement de l'ordre public».

<sup>26</sup> BEIGNIER, B., «Qui prononce le divorce sans juge? Qui Marie? Du droit civil au droit privé de la famille», *Droit de la famille*, núm. 4, abril 2017, repère 4.

<sup>27</sup> THOURET, S., «Le nouveau divorce par consentement mutuel...», *op. cit.* p. 1: «Mais surtout, ce nouveau divorce n'est plus prononcé par qui que ce soit: ni par le juge qui disparaît purement et simplement de son champ d'application, ni par les avocats dont le rôle est de rédiger la convention par laquelle les époux recourent à ce type de divorce, ni par le notaire dont le rôle est de recevoir le dépôt de cette convention au rang de ses minutes. Ce sont donc les époux qui se divorcent l'un et l'autre par consentement mutuel».

<sup>28</sup> GRIMALDI, M., «L'exit du juge dans le nouveau divorce», *Défrenois*, núm. 2, 30 enero de 2017, p. 115.

<sup>29</sup> Traducción de la autora. Artículo 229-1 del *Code*: «Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avoat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374.

Cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1.º à 6.º de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4.

Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et forcé exécutoire».

<sup>30</sup> Projet de Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, depositada el 20 de abril de 2018.

en la Asamblea Nacional francesa que autoriza la firma electrónica de la convención de divorcio en los mismos términos que cualquier otro contrato.

Es decir, en el Derecho francés, el divorcio por mutuo acuerdo ha pasado a ser un asunto privado en el que es el acuerdo de los cónyuges, cumpliendo determinadas formalidades, el que produce el divorcio. No existe intervención de una autoridad pública para pronunciarlo.

La doctrina española apenas se ha ocupado de la cuestión de la naturaleza jurídica del divorcio fuera de sede judicial pero la cubana ha afirmado que el divorcio no puede tener el mismo tratamiento que el mutuo disenso como causa de extinción del contrato porque el matrimonio «tiene un sentido ético y social diferente», incluso en los ordenamientos jurídicos que lo regulan como contrato<sup>31</sup>.

La cuestión está íntimamente relacionada con el papel del notario en este divorcio sin juez que, en el Derecho francés, se reduce al mínimo, cuestionándose incluso algunos autores<sup>32</sup> si el notario debe hacer una lectura de la convención de divorcio que no sea puramente formal, interesándose al fondo<sup>33</sup>. Posteriormente volveremos sobre la cuestión pero, para avanzar en la determinación de la naturaleza jurídica del divorcio sin juez, la pregunta que nos hacemos es: ¿cuál es la naturaleza de la intervención del notario? ¿Se limita a dejar constancia del acuerdo de divorcio de los cónyuges? ¿Debe el notario realizar un doble control de legalidad y de justicia o equidad?

Afirmativamente responde a esta pregunta para el Derecho cubano Pérez Gallardo<sup>34</sup> ya que, considera, existen intereses públicos en juego por lo que debe haber un control en la ruptura del vínculo. Del mismo modo, en el Derecho español, al afectar la ruptura del vínculo al estado civil, es complicado defender que se trata de un divorcio contractual aunque no han faltado autores que así lo califican<sup>35</sup>. Sin aclararlo expresamente, la Exposición de Motivos

<sup>31</sup> PÉREZ GALLARDO, L. B., «Un "fantasma" recorre Latinoamérica...», *op. cit.* p. 333; ORDELIN FONT, J. L., «Dos décadas de divorcio notarial en Cuba ¿hacia dónde vamos?», *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, núm. 4-5, 2015-2016.

<sup>32</sup> BLANCHARD, C., «La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 1, 6 janvier 2017, 1002; TORRICELLI-CHIRIF, S., «Divorce contractuel: le notaire doit-il fermer les yeux?», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 16, 21 avril 2017, 1159.

<sup>33</sup> CHAMPENOIS, G., «Le notaire doit-il lire la convention de divorce par consentement mutuel?», *Deffrénois*, 15 de abril de 2017, núm. 07, p. 1: «La seconde branche de l'alternative implique une lecture de la convention qui ne serait pas purement formelle. La question n'est pas anodine. Si la verification est une obligation, la responsabilité du notaire pourrait être engagée».

<sup>34</sup> PÉREZ GALLARDO, L. B., «Un "fantasma" recorre Latinoamérica...», *op. cit.* p. 333.

<sup>35</sup> NÚÑEZ IGLESIAS, A., «Apuntes sobre el divorcio ante notario y su naturaleza», *Revista de Derecho Civil*, vo. II, núm. 4, 2015, pp. 153-171.

de la Ley de Jurisdicción Voluntaria establece que la ley atribuye al notario «las funciones que correspondían al juez». Es en este sentido que reclamaba la doctrina<sup>36</sup>, antes de la reforma, el divorcio sin juez ya que, como subraya Carrión<sup>37</sup>, «la voluntad común de los cónyuges no puede ser suficiente por sí sola, sino que se debe exigir la intervención de una autoridad que declare y supervise la disolución del matrimonio».

Es decir, el divorcio no ha pasado a ser un asunto «privado» en el Derecho español. El notario interviene en su condición de funcionario público, revestido de autoridad y en un papel ciertamente diferente del suyo habitual o, al menos matizado, ya que como señalan Lora-Tamayo y Pérez Ramos, la LJV no supone una ruptura, aunque sí un cambio<sup>38</sup>. Las nuevas competencias acentúan su carácter de autoridad pública<sup>39</sup>. No sólo ha de realizar un control de legalidad sino también de equidad ya que el artículo 90.2 del Código civil dispone que si el notario considerase que los acuerdos pueden ser dañosos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o emancipados afectados, darán por terminado el expediente y los cónyuges deberán acudir al juez. Así lo subrayan Lora-Tamayo y Pérez Ramos<sup>40</sup>, notarios, para

<sup>36</sup> AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ DE, C., «Divorcio notarial y convenio regulador: examen de los conflictos que pueden surgir de su cumplimiento y propuestas de posible solución a los mismos», *Diario La Ley*, núm. 7838, 13 de abril de 2013, p. 2: «Lo que ya no está tan claro es cuál será el papel del notario en el aspecto relativo a la formalización del acuerdo, pues si éste se limita sin más a protocolizar el convenio en escritura, su función, en mi opinión, no servirá absolutamente para nada, por no mencionar que se contravendría lo dispuesto en el Reglamento del Notariado en cuanto a la labor desempeñada por aquél. Parece contradictorio acudir al colectivo notarial para que su intervención se circunscriba sencillamente a plasmar en escritura el convenio presentado por las partes».

<sup>37</sup> CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., «El divorcio ante notario», *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio 2012, núm. 43.

<sup>38</sup> LORA-TAMAYO, I., y PÉREZ RAMOS, C., «Prólogo», en la obra *Separaciones y divorcios ante notario*, Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.), Reus 2016.

<sup>39</sup> BARRIO DEL OLMO, C. P., «Función notarial y desarrollo práctico de la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 67 mayo-junio 2016, p. 3: «La función notarial sustancialmente no ha variado tras la LJV que lo que ha venido es a acentuar una de las facetas del notario. La Ley refuerza su condición de funcionario público inescindible de su naturaleza profesional (art. 1, II RN). El carácter de autoridad pública se ha fortalecido pero no se ha alterado la esencia de la función notarial. Por supuesto que las nuevas atribuciones suponen un cambio en nuestro quehacer diario, como ya estamos comprobando en nuestros despachos, y por tanto nos exigen un esfuerzo suplementario, y en muchos casos ser muy cuidadosos para adaptarnos a los nuevos expedientes, más cuando tratándose de nuevas competencias en muchos casos complejas y siempre con peculiaridades del legislador no ha regulado el procedimiento para su ejercicio».

<sup>40</sup> LORA-TAMAYO, I., y PÉREZ RAMOS, C., «Prólogo», *op. cit.* p. 11: «Puesto que hay determinados expedientes, como la aprobación del pago en metálico de la legítima, y especialmente el de la partición ejecutada por el contador-partidor dativo, o el examen del convenio regulador en el divorcio, en los que el Notario no sólo debe comprobar que se han cumplido todos los requisitos legales (atributos propios del control de legalidad), sino que además debe ir más allá y comprobar si se han respetado los derechos de los legitimarios excluidos del *pars bonorum*, o de los sucesores del causante, o que se ha guardado el equilibrio exigible en el convenio regulador. En definitiva, el Notario pasa a resolver sobre

quienes la LJV atribuye al notario competencias que van más allá del control de legalidad «entrando de lleno en el control de equidad». Se trataría de una especie de homologación del acuerdo de divorcio que realiza el notario, ya que, como señala Gómez Gállico<sup>41</sup>, las funciones de jurisdicción voluntaria que se atribuyen al notario son muy cercanas de las jurisdiccionales. El notario actúa como autoridad pública revestido de *imperium* ya que «la jurisdicción voluntaria que implica un juicio de equidad está equiparada a la jurisdicción voluntaria judicial».

Insiste en la misma idea Vela Fernández<sup>42</sup>, quien subraya que en el divorcio por mutuo acuerdo la función del notario y del Letrado de la Administración de Justicia es la misma: «controlar, homologar el cumplimiento de las mismas normas sustantivas, lo que lleva aparejado el control de lesividad».

La intervención del notario es la que perenniza la presencia del Estado en un acto que afecta al estado civil y que lo aleja sustancialmente del divorcio sin juez del Derecho francés en el que, como subraya Grimaldi<sup>43</sup>, se constata la desaparición del Estado. Y es que en el *Code* el divorcio por mutuo acuerdo se produce mediante contrato privado, refrendado por abogado, que es una especialidad del Derecho galo, pero que no tiene nada de documento público ni produce los efectos de estos. No existe otorgamiento de escritura pública ante notario y la intervención que le reserva la ley no convierte en público el convenio regulador privado pactado por las partes ya que el notario se limita a protocolizarlo y a verificar cuestiones formales: que el convenio contiene las menciones esenciales (las del artículo 229-3) y que se ha respetado el plazo de reflexión

---

cuestiones que hasta entonces eran propias de los jueces y que ahora, incluso, son compartidas, algunas de ellas, en sede judicial, con los Letrados de la Administración de Justicia; y en esa resolución se está desarrollando algo más que el control de legalidad: se está dirimiendo y declarando, en ciertos casos, sobre situaciones jurídicas».

<sup>41</sup> GÓMEZ GÁLIGO, J., «Naturaleza de las decisiones del notariado en su función de jurisdicción voluntaria», *El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre de 2017, p. 2: «Este carácter de funcionario público, de autoridad pública del Estado –aunque no funcionario administrativo– justifica la atribución al notario (igual que al juez, al letrado de la Administración de justicia y al registrador, que tampoco son funcionarios administrativos) funciones de jurisdicción voluntaria, muy cercanas como veremos a las jurisdiccionales por razón de su independencia y autonomía en la decisión. Notarios y registradores no son jueces, ni está integrados en la estructura del Poder Judicial, pero realizan funciones atributivas de derechos en el tráfico jurídico, de naturaleza cercana a la decisión judicial. Son para las partes de tanta importancia práctica que la que se pueda derivar de una sentencia, pues produce un efecto de legitimación en el tráfico jurídico».

<sup>42</sup> VELA FERNÁNDEZ, C., y BUSTILLO TEJEDOR, L., «Contenido y límites de la escritura notarial de separación/divorcio», en *Separaciones y divorcios ante notario... op. cit.* pp. 149-200, p. 157.

<sup>43</sup> GRIMALDI, M., «L'exit du juge dans le nouveau divorce...», *op. cit.* p. 1.

de 15 días. Con ello, el legislador ha aproximado la labor del notario francés, de tipo latino, al del *notary public* anglosajón<sup>44</sup>.

Ahora bien, si en el Derecho español el divorcio no se produce por el mero acuerdo de los cónyuges, no podemos obviar que el convenio de divorcio tiene una naturaleza contractual, ya que se basa en un acuerdo de las partes sobre la voluntad de divorciar y sobre las consecuencias del divorcio. Como señala Núñez Iglesias<sup>45</sup>, «la idea contractual late en los textos prelegislativos» y en el texto legal, por lo que lo califica como contrato de divorcio, haciendo un paralelismo con el contrato de matrimonio. No podemos ahora abordar la cuestión de la naturaleza del matrimonio, ni siquiera de forma incidental, pero no compartimos la idea<sup>46</sup> de que «en ese divorcio toda la eficacia procede del simple acuerdo de voluntades» ya que eso sería reducir el otorgamiento de la escritura pública a una mera formalidad y ya hemos expuesto que es más acorde con la intención del legislador considerar que el notario realiza una homologación por lo que no creemos que en el Derecho español se pueda hablar de contrato de divorcio.

La disolución no se produce por el acuerdo de los cónyuges, del mismo modo que en el divorcio judicial por mutuo acuerdo en el que los cónyuges sometían un convenio regulador al juez tampoco se producía el divorcio por ese acuerdo de los cónyuges, ni siquiera en los casos en los que el juez no modificaba una coma del convenio. Esta homologación que realiza el notario al autorizar la escritura pública de divorcio no es únicamente un requisito de forma. Si no hay escritura pública no hay divorcio. La escritura pública produce, por tanto, la disolución del matrimonio. Es, como subraya Gómez-Riesco<sup>47</sup>, constitutiva de un nuevo estado civil.

El límite de esta homologación que realiza el notario, al igual que la que realiza el Letrado de Administración de Justicia, es que

---

<sup>44</sup> PICARD, J., «Quel avenir pour le notaire français?», *Petites Affiches*, 1 de septembre de 2017, núm. 174-175, p. 5: «Le parallèle avec le notary public du système juridique de common law est intéressant: ces derniers ont pour fonction d'attester de la signature des parties à un contrat, donc plus généralement une mission d'authentification, bien qu'il puisse également participer à la rédaction de contrats.

La réforme opérée en matière de divorce est, pour le rôle du notaire, plus pernicieuse: certes, l'officier public devra procéder à l'authentification de la convention des époux, au même titre qu'un notary public. Mais l'obligation qu'il aura de vérifier que cette dernière respecte les exigences formelles établies à l'article 229-3 du *Code civil* permet de s'interroger quant au véritable rôle du notaire: ce faisant, ce dernier devient garant du formalisme d'un acte pour lequel il n'intervient pas».

<sup>45</sup> NÚÑEZ IGLESIAS, A., «Apuntes sobre el divorcio ante notario...», *op. cit.* p. 162.

<sup>46</sup> NÚÑEZ IGLESIAS, A., «Apuntes sobre el divorcio ante notario...», *op. cit.* p. 163.

<sup>47</sup> BUSTILLO TEJEDOR, L., y GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, J. M., «Eficacia de la escritura notarial de separación/divorcio», en *Separaciones y divorcios ante notario...*, *op. cit.*, pp. 201-248, p. 229.

no podrá, y así lo recuerda Vela Fernández<sup>48</sup>, como sí podía el juez, sustituir los acuerdos de los cónyuges que sean perjudiciales para uno de ellos por otras medidas. El notario debe dar por terminado el expediente sin que la ley le autorice a remitir la convenición a los cónyuges para que la revisen y la presenten de nuevo. Podría intentarse una interpretación en este sentido pero el tenor literal del segundo párrafo del artículo 90.2 creemos que lo impide: «los cónyuges solo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador».

Por todo lo expuesto, consideramos que el divorcio por mutuo acuerdo en el ordenamiento español, no es un contrato. O, al menos, no es solo un contrato. Es el primer y esencial efecto del otorgamiento de la escritura pública que se realiza en un expediente de jurisdicción voluntaria en el que se «homologan» los «acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias» del divorcio, teniendo en cuenta que, como subraya Gómez Gállego, «la decisión del notario en los actos de jurisdicción voluntaria es de naturaleza pública». Los «acuerdos de los cónyuges» sí tienen naturaleza contractual, a pesar de la especialidad que supone que tengan que ser homologados por el notario, como antes por el juez. Pero el objeto de estos acuerdos no es el divorcio, sino, tal y como determina el artículo 90.2, «regular las consecuencias del divorcio». No cambia esta percepción el hecho de que tenga que constar la voluntad inequívoca de divorciarse, por lo que no compartimos la interpretación de Núñez Iglesias<sup>49</sup>, para quien la disolución del vínculo es parte del contenido contractual. El contenido contractual del convenio regulador es, a nuestro modo de ver, y siguiendo lo que literalmente establece el artículo 90.2, la regulación de las consecuencias del divorcio y no el divorcio en sí, ya que esto afecta al estado civil y, como recuerda Cerdeira Bravo de Mansilla<sup>50</sup>, resulta indisponible privadamente. Una prueba más de que la voluntad del legislador va en este sentido es que no se ha aprobado un divorcio por acta notarial, porque no se pretende que el notario simplemente de fe de un hecho acontecido, sino por escritura pública y el notario, como nos recuerda Gómez-Riesco<sup>51</sup>, desarrollará la triple tarea «de

<sup>48</sup> VELA FERNÁNDEZ, C., y BUSTILLO TEJEDOR, L., «Contenido y límites de la escritura notarial...», *op. cit.* p. 155.

<sup>49</sup> NÚÑEZ IGLESIAS, A., «Apuntes sobre el divorcio ante notario...», *op. cit.* p. 164.

<sup>50</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Separaciones y divorcio por mutuo acuerdo ante notario, en España: entre su oportunidad político y su exigencia constitucional», en *Separaciones y divorcios...*, *op. cit.*, pp. 47-81, p. 59.

<sup>51</sup> BUSTILLO TEJEDOR, L., y GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, J. M., «Eficacia de la escritura notarial...», *op. cit.* p. 228.

redactar la escritura que formaliza el convenio regulador, de controlar la legalidad de todo su contenido y de autenticarla».

Este desdoblamiento se pone de manifiesto en el régimen jurídico aplicable al post-divorcio pues, como veremos en unas páginas, es posible la revisión de los acuerdos de los cónyuges pero no es posible revisar ni volver atrás sobre el divorcio en sí mismo. Éste es irreversible.

Por otra parte, estos acuerdos están sometidos a los límites del principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código civil y a otros límites propios de este tipo de negocio jurídico impuestos por el artículo 90.2: que no sea dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, de modo análogo a los límites propios de las capitulaciones matrimoniales que impone el artículo 1328 del Código civil. Es el juicio notarial de legalidad y equidad o lesividad el que permite verificar que dichos límites se respetan.

Este juicio es esencial y en él se juega no solo la naturaleza del divorcio sino también la supervivencia misma de la función notarial. Si el notario fuese un mero «constatador» del acuerdo, el paso siguiente será el divorcio por mutuo acuerdo ante abogado, como ha ocurrido en Francia, y, seguramente, el siguiente será el divorcio «*ante blockchain*». Y es que, a pesar de todas las imperfecciones, carencias y problemas que suscita el *blockchain* y que pone de manifiesto González-Meneses<sup>52</sup> si reducimos el papel del notario

---

<sup>52</sup> GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., «*Blockchain: ¿el notario del futuro?*», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 73, mayo-junio 2017: «Y después de esta sucinta explicación de cómo funciona *blockchain*, resulta procedente hacer algunas observaciones sobre su significado jurídico. Lo fundamental que hay que saber al respecto es que *blockchain* es una tecnología, un programa, una aplicación, una determinada forma de hacer algo, pero no es una empresa, ni una institución, ni una organización. *Blockchain* no pertenece a nadie, ni nadie es responsable de *blockchain*. Si llegase a funcionar mal, por lo que sea, y pierdo mi dinero en *Bitcoin*, no tengo nadie a quien reclamar. En segundo lugar, *blockchain* puede ser una herramienta muy segura como registro de una información frente a posibles manipulaciones o adulteraciones, pero no lo resulta tanto en cuanto a la forma de acceso de la información a dicho registro, a la forma en que se crea cada transacción registrable. Y ello porque todo el control de acceso de la información se hace descansar exclusivamente en la técnica criptográfica. Sólo quien conoce una determinada clave privada puede emplear como *input* de una nueva transacción registrable el *output* resultante de una transacción anteriormente registrada. Pero además, *de facto*, basta con la simple aplicación de esa clave privada para generar transacciones que una vez registradas devienen técnicamente irreversibles. Dicho de otra forma, la aplicación de la clave privada es condición necesaria o *sine qua non*, pero, al mismo tiempo, es condición suficiente para provocar una transferencia de valor registrable en el sistema y además técnicamente irreversible. Esto, evidentemente, plantea infinidad de cuestiones jurídicas, de las que el modelo, en principio, se desentiende: la cuestión ya aludida de las identidades reales que están detrás de las claves de encriptación; pero también, por supuesto, problemas de capacidad de obrar, de realidad del consentimiento, de uso ilegítimo de la clave por un tercero. Así, ¿nos parece realmente seguro un sistema en que toda nuestra fortuna dineraria depende del conocimiento confidencial de una o varias claves?»

al de mero «protocolizador» nada lo diferencia de la función que cumple el *blockchain*. Como ya hemos mencionado y posteriormente veremos con más detalle, este es el paso que ha dado el legislador francés, al relegar la labor del notario a la mera constatación del acuerdo de divorcio, atándole de pies y manos y desnaturalizando el carácter propio de su intervención.

No hay que despreciar el riesgo que provoca esta visión en un mundo globalizado en el que el Derecho se adapta a las evoluciones tecnológicas. En un ámbito diferente al del divorcio sin juez, el de las transmisiones de mini-bonos, el legislador francés<sup>53</sup> ha definido el *blockchain* como el dispositivo de registro electrónico compartido que permite la autenticación de las operaciones en condiciones de seguridad y determina, para los mini-bonos, que la transmisión de su propiedad resulta de la inscripción en dicho dispositivo electrónico. Es decir, que el registro o inscripción en el *blockchain* no es solo medio de prueba sino que produce la transmisión, tiene efectos sustantivos, lo que supone paso cualitativo importante.

Pues bien, si reducimos la labor del notario en el divorcio a la de mero «constatador», desposeyéndolo de la esencia de su función, lo convertimos en fungible, es decir, sustituible por este registro de transacciones único que autentifica. Precisamente, es esa esencia que el Derecho francés ha hecho desaparecer lo que, según Brancós<sup>54</sup>, hace de dique de contención para la sustitución del notario por el *blockchain*<sup>55</sup>. Este paso del legislador, en una direc-

---

<sup>53</sup> Artículo 223-12 del Código Monetario y Financiero en la redacción dada al mismo por la Ordenanza núm. 2016-520 de 28 de abril, relativa a los bonos de caja: «Sans préjudice des dispositions de l'article 223-4, l'émission et la cession de minibons peuvent également être inscrites dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant l'authentification de ces opérations, dans des conditions, notamment de sécurité, définies par décret en Conseil d'Etat». Y el artículo 223-13 del mismo Código: «Le transfert de propriété de minibons résulte de l'inscription de la cession dans le dispositif d'enregistrement électronique mentionné à l'article 223-12, qui tient lieu de contrat écrit pour l'application des articles 1321 et 1322 du code civil».

<sup>54</sup> BRANCÓS, E., «*Blockchain*, función notarial y registro», *El Notario del siglo XXI*, núm. 71, enero-febrero 2017, p. 2: «Como se deduce del mecanismo expuesto, el *blockchain* es un sistema de registro, pero nada aporta en la función de control jurídico y de legalidad e información del consentimiento que aporta el notario en el documento público. El *blockchain* es ciego. Desconoce si los otorgantes tienen o no capacidad, si un poder de representación es suficiente, si se cumplen las normas imperativas propias del Derecho civil, urbanístico, medioambiental, societario, etc. En definitiva, el *blockchain* podría sustituir al registro pero no la función del notario latino-germánico».

<sup>55</sup> ZOLYNSKI, C., «*Blockchain* et smart contracts: premiers regards sur une technologie disruptive», *Revue de Droit bancaire et financier*, núm. 1, enero de 2017, dossier 4, p. 2: «La véritable révolution pourrait en réalité porter sur une refondation des outils de la confiance. Traditionnellement, la confiance repose sur l'intervention d'un tiers, un certificateur ou une autorité centrale. Or, avec la *blockchain*, la confiance pourrait désormais reposer sur l'existence de ce livre ouvert, décentralisé et infalsifiable, dont la constitution repose sur le principe du consensus distribué. Le protocole *blockchain* permettrait par conséquent de ne plus recourir à un tiers pour assurer et garantir l'historique des transac-

ción que no es novedad en Francia, preocupa a la doctrina<sup>56</sup> y el notariado<sup>57</sup> que alertan de que hay que ser vigilantes para no sacrificar los valores fundamentales del notariado «sobre el altar de la modernidad». Si se respeta la esencia del ejercicio de la función del notario, el *blockchain* nunca lo sustituirá<sup>58</sup>.

### III. CONDICIONES EXIGIDAS PARA EL DIVORCIO EXTRAJUDICIAL

Son muchas las opciones por las que el legislador debe decantarse al regular el divorcio por mutuo acuerdo fuera de sede judicial. La primera es quién puede recurrir al mismo, cuál es la capacidad exigida y si puede o no llevarse a cabo cuando existen hijos

---

tions, ce qui laisse envisager la potentielle désintermédiation de tous les opérateurs ou autorités qui assureraient une telle fonction. À ce titre, la philosophie qui sous-tend les premiers développements de la blockchain est édifiante: prolongeant l'idéologie originelle du cyberspace «no borders, no banks», elle semble porter une doctrine ultra libérale – pour certains libertaires – reposant sur la volonté de passer outre les intermédiaires historiques, notamment les établissements bancaires ou l'État; on se souviendra que la première application de la blockchain a été le bitcoin né du projet de créer une monnaie sans État. L'objectif est donc de promouvoir un fonctionnement horizontal, de placer la confiance dans le pouvoir de la multitude et d'ériger des règles de gouvernance fondée sur le consensus du plus grand nombre. Outil de promotion de ce pouvoir d'agir globalement, la blockchain permettrait selon certains de faire autrement société ensemble, sur le modèle d'une société décentralisée décrite dans les travaux de Jérémy Rifkin.

<sup>56</sup> GUÉVEL, D., «La technologie: un danger pour le Droit continental?», *Recueil Dalloz*, 2017, p. 2145.

<sup>57</sup> VIX, O., «L'Assemblée de liaison s'interroge sur l'intelligence artificielle: dangers ou opportunités pour le notariat?», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 4, 26 de enero de 2018, pp. 5-6.

<sup>58</sup> MEKKI, M., «Les mystères de la blockchain», *Recueil Dalloz*, 2017 p. 2160, p. 5: «La *blockchain* est un précieux outil de conservation. Certains envisagent alors de se passer des tiers de confiance et prévoient même à terme la disparition de certaines professions. Tel est le cas du notariat et de l'acte notarié. Selon les défenseurs de la *blockchain*, l'authentification apportée par cette technologie permettrait de garantir la même sécurité que l'intervention d'un notaire. C'est d'ailleurs à cette fin qu'un amendement a été déposé le 13 mai 2016 afin que la *blockchain* soit pourvue de la même force qu'un acte notarié. Cet amendement a été rejeté et il ne pouvait pas en aller autrement. En effet, l'acte notarié est un acte authentique ayant date certaine, une force probante exceptionnelle (jusqu'à inscription de faux) et force exécutoire. La *blockchain* peut au mieux conférer à l'acte date certaine et rien de plus. Pourquoi une telle différence? Si l'acte notarié comporte de telles qualités, c'est parce que le notaire est un officier public délégataire de la puissance publique. C'est ce statut soumis à des règles déontologiques très contraignantes qui lui confère la qualité de témoin privilégié. Lorsque le notaire authentifie un acte il prodigue un conseil aux parties, il en vérifie la validité et en garantit la pleine efficacité juridique. L'acte notarié ne concerne pas seulement l'*instrumentum* mais aussi et surtout le *negotium*. Dans une *blockchain*, aucune vérification de ce type n'est opérée. La capacité des personnes, le consentement libre et éclairé, la prestation, le but poursuivi par les parties et la faisabilité du projet ne sont pas contrôlés. La *blockchain* ne peut absolument pas se substituer à la fonction notariale. Elle peut, en revanche, constituer un nouvel outil au service du notariat qui saura l'intégrer à ses pratiques et enrichir l'activité du notaire 3.0; mais en aucun cas un acte *blockchainé* ne pourra valoir acte notarié».

menores o respecto de los que se haya puesto en marcha una medida de protección. Junto a las que hemos abordado en el epígrafe anterior, son las que conforman la naturaleza y esencia del divorcio fuera de sede judicial y, como veremos, las coincidencias entre el Derecho francés y el español, son casi inexistentes.

### III.1 ACUERDO DE LOS CÓNYUGES: CAPACIDAD EXIGIDA

Como condición común a cualquier procedimiento de divorcio en el ordenamiento jurídico español, es necesario que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio.

La segunda condición que exige el Código civil es que exista acuerdo entre los cónyuges. Este acuerdo debe referirse tanto a la voluntad de divorciarse como a los efectos del divorcio, incluyendo, en su caso, la liquidación de régimen económico matrimonial preexistente, aunque no es esencial que la liquidación se realice en la misma escritura de divorcio. Es decir que solo se abre la posibilidad del divorcio notarial al divorcio por mutuo acuerdo y, aunque no se explicita, sólo cuando los cónyuges eligen esta vía ya que pueden elegir sustanciarlo judicialmente pero, eso sí, no ante el juez sino ante el Letrado de Administración de Justicia.

El Código civil francés también lo circunscribe al divorcio por mutuo acuerdo, pero no permite a los cónyuges elegir ya que, cuando existe mutuo acuerdo, la vía judicial no es posible, se impone el divorcio por «acto de abogado». Ahora bien, como veremos en unas líneas, sorprendentemente, la ley concede a los hijos menores del matrimonio la posibilidad de judicializar el divorcio de sus padres.

En la reforma francesa tampoco es posible recurrir al divorcio sin juez cuando uno de los cónyuges se encuentra bajo un régimen de protección de los previstos en el Capítulo II del Título XI del Libro I del *Code*. Es decir, cuando esté bajo salvaguardia de justicia, tutela, curatela, habilitación familiar o un mandato de protección futura.

### III.2 EXISTENCIA DE HIJOS MENORES ¿IMPEDIMENTO PARA EL DIVORCIO SIN JUEZ?

Una de las opciones de política legislativa que se deben realizar en la regulación del divorcio fuera de sede judicial se refiere a la cuestión de si se permite el divorcio por mutuo acuerdo fuera de sede judicial existiendo hijos menores. El Derecho francés lo permite y excluye la intervención del juez incluso en presencia de

hijos menores o con un régimen de protección pero, aunque parezca contradictorio, concede a esos hijos el «poder» de reconducir el divorcio de sus padres hacia un divorcio judicial.

Esta es también la opción del Derecho cubano y del colombiano que permiten su tramitación incluso en presencia de hijos menores o judicialmente incapacitados. Ahora bien, en estos dos ordenamientos jurídicos, ello es posible porque no se han excluido los instrumentos de control del interés superior del menor, en concreto, la intervención del Ministerio Fiscal. Se ha articulado lo que podríamos denominar un procedimiento mixto en el que interviene el Ministerio Fiscal<sup>59</sup>.

Así, la legislación cubana impone expresamente al notario un deber de vigilancia especial de las convenciones de los cónyuges que afecten al ejercicio de la autoridad parental y a la obligación de alimentos. En este deber de vigilancia, el notario realiza un juicio de valor similar al que realiza el juez en un procedimiento de divorcio que asegure que las medidas adoptadas no atentan contra el normal desarrollo y cuidado de los hijos comunes, la adecuada interrelación de los hijos con los progenitores, la satisfacción de las necesidades económicas de los hijos, el cumplimiento de los deberes que corresponden a los padres y la salvaguarda de los intereses de los hijos (artículo 4 del Decreto-Ley de 1994).

Si el notario detecta que los acuerdos de los cónyuges no respetan los criterios que hemos aludido, la ley pone en marcha un procedimiento en el que el notario debe dar traslado al Ministerio Fiscal de la solicitud de divorcio. El MF emitirá un dictamen sobre si los acuerdos respetan o no los intereses de los hijos. Si el dictamen es favorable, el notario podrá continuar la tramitación. Si es negativo, los cónyuges tendrán que modificar su propuesta en el sentido indicado por el informe. Si no lo hacen, el notario dará por finalizada la tramitación y se abrirá la vía judicial.

Este procedimiento para salvaguardar el interés superior del menor es el que permite la tramitación del divorcio ante notario en presencia de hijos menores en el Derecho cubano. Es similar al que se arbitra en el Derecho colombiano con la diferencia de que, es este, siempre que existen hijos menores es obligatorio para el notario notificar en todo caso los acuerdos al «defensor de familia», sin necesidad de hacer una valoración de los mismos.

No ha sido esta, sin embargo, la opción elegida por el legislador español. La Ley de Jurisdicción Voluntaria deja claro que no es posible la desjudicialización cuando se ven afectados los intereses de menores o de personas que deben ser especialmente protegidas.

---

<sup>59</sup> PÉREZ GALLARDO, L. B., «Un "fantasma" recorre Latinoamérica en los albores de este siglo...», *op. cit.* p. 335.

El legislador no ha optado por un procedimiento mixto en el que el notario solicita la intervención del Ministerio Fiscal para que éste dictamine acerca de si los acuerdos de los cónyuges respetan el interés superior del menor<sup>60</sup>.

Así, el divorcio notarial, sólo será posible cuando no existan hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente «que dependan de sus progenitores» lo que parece extensible al supuesto en el que la esposa esté embarazada al tiempo del divorcio<sup>61</sup>. Ahora bien, el texto del artículo 82 no se refiere expresamente a «hijos comunes», por lo que surge la duda de si será posible o no recurrir al divorcio notarial cuando existan hijos menores de uno solo de los cónyuges, posibilidad que niegan algunos autores pero que la práctica y la jurisprudencia aún no ha resuelto.

Sí será posible cuando existan hijos mayores, pero, en este caso, si las medidas acordadas por los progenitores les afectan, el artículo 82 del Código civil, exige que consientan las mismas, sin que se haya establecido claramente cuál es la consecuencia de una eventual negativa a consentir ¿pueden impedir que se otorgue la escritura pública de divorcio?

Ese es, precisamente, el poder que el *Code* atribuye a los hijos menores en el divorcio sin juez francés. El artículo 229-2 1.º) establece que cuando el menor, que ha sido informado por sus progenitores de su derecho a ser oído por el juez, solicite tal audición, se abre la vía judicial y no se permite continuar con la tramitación privada del divorcio. Es lo que la doctrina<sup>62</sup> denomina «pasarela» del divorcio consensual al judicial, que está vetada a los cónyuges. En caso de que el menor no desee hacer uso de este derecho, el artículo 229-3, 6.º), exige que conste expresamente la mención de que le menor ha sido informado por sus padres de su derecho y que no desea ejercitarlo<sup>63</sup>. La *Arrêté* de 28 de diciembre de 2016 ha aprobado el modelo de formulario de información que ha de entregarse a los hijos «capaces de discernimiento» y que exige la firma de estos.

La doctrina ha criticado<sup>64</sup> este «poder» que se concede al menor por las consecuencias nefastas que puede tener sobre el mismo

---

<sup>60</sup> La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia consagra en su artículo 2 qué se entiende por interés superior del menor, así como las garantías procesales que exige su respeto. Entre otras, el derecho a ser informado, oído y escuchado.

<sup>61</sup> GOMÁ, F., *Escritura de divorcio ante Notario de mutuo acuerdo*, [www.notarios-y-registradores.com](http://www.notarios-y-registradores.com), p. 2.

<sup>62</sup> CADIU, M., «Une passerelle à l'endroit... une passerelle à l'envers», *AJ Famille*, 2017, p. 45.

<sup>63</sup> La *Arrêté* de 28 de diciembre de 2016, JORF núm. 0304 du 31 décembre 2016.

<sup>64</sup> BURATTI, P., «Réflexion sur l'arrêté du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre du nou-

desde un punto de vista afectivo o psicológico, descargando sobre él la responsabilidad de que el divorcio de sus padres sea judicial o convencional, asociándolo a una decisión que, en realidad, no le concierne, sacrificando la protección de su interés superior por otras consideraciones y sin tener en cuenta el riesgo de instrumentalización<sup>65</sup>. Pero, además, son numerosas las dudas que plantea esta posibilidad: ¿quién aprecia si los hijos tienen o no «capacidad de discernimiento»? ¿Los padres? ¿Interviene el abogado? Así lo entiende Lienhard<sup>66</sup> para quien los abogados deberán asegurarse del discernimiento del menor y evitar que la demanda de audición del menor se pueda utilizar artificiosamente para obtener una «pasarela» hacia un divorcio judicial ya que, como decimos, en la nueva regulación el divorcio por mutuo acuerdo ha de hacerse obligatoriamente por acto de abogado.

veau divorce par consentement mutuel», *AJ Famille*, 2017, p. 30, p. 1: «Il nous apparaît dangereux de trop responsabiliser l'enfant... Ne faut-il pas se questionner sur la nécessité de le protéger de toute responsabilité précoce? Les adultes ne peuvent échapper à leur responsabilité en s'en remettant au choix de l'enfant ou à un formulaire qui, pour certains d'entre eux, peut avoir des conséquences psychologiques graves. C'est pourquoi, il eût été peut-être utile d'inclure dans les nouveaux textes le droit au silence».

<sup>65</sup> MALLEVAEY, B., «L'intérêt de l'enfant et la réforme du divorce par consentement mutuel», *Petites Affiches*, 29 de junio de 2017, núm. 129, p. 6, p. 11: «Si le pouvoir reconnu à l'enfant mineur par la réforme du divorce par consentement mutuel est important, la responsabilité qui pèse sur ses épaules l'est tout autant. Il a été dit que les parents pourraient tenter de dissuader l'enfant de demander à être entendu par le juge, en lui faisant part des conséquences néfastes qu'aurait pour eux une judiciarisation de leur divorce consécutive à sa demande d'audition. Il se peut néanmoins que l'enfant ne prenne pas réellement la mesure des conséquences d'une demande d'audition, que de ce fait il formule une demande en vue d'être entendu par le juge aux affaires familiales, et qu'ensuite ses parents le culpabilisent d'avoir manifesté son souhait d'être entendu, lequel a eu pour effet de judiciariser leur divorce. Le risque d'une culpabilisation de l'enfant par ses parents est encore plus vif lorsque le juge, estimant que les accords auxquels étaient parvenus les parents au sujet des modalités d'exercice de l'autorité parentale ne préservent pas suffisamment les intérêts des enfants mineurs, refuse d'homologuer la convention et de ne pas prononcer le divorce. Un autre risque pourrait être que l'un des parents, qui ferait mine d'accepter les accords envisagés par son époux dans le cadre des négociations portant sur la convention de divorce mais n'y trouverait pas réellement son compte et préférerait s'en remettre à un arbitrage du juge, instrumentalise l'enfant, de façon à ce qu'il demande son audition, dans le but que le divorce emprunte la voie judiciaire. L'instrumentalisation pourrait également être le fait des deux parents, qui souhaiteraient économiser les frais liés à la rémunération de deux avocats distincts et, partant, détermineraient leur enfant à demander son audition par le juge, de sorte qu'une procédure judiciaire pourrait être engagée, avec la possibilité pour les parents de se faire assister d'un seul avocat commun. Enfin, il ne faut pas négliger l'hypothèse dans laquelle les parents se seraient accordés pour des modalités d'exercice de l'autorité parentale parfaitement respectueuses de l'intérêt de leur enfant, mais où ce dernier ferait usage de la faculté qui lui est reconnue de demander son audition par le juge, simplement parce qu'il refuse que ses parents divorcent et souhaite retarder l'échéance fatidique».

<sup>66</sup> LIENHARD, C., «Nouveaux enjeux et nouvelle philosophie du rôle de l'avocat dans le divorce par consentement mutuel conventionnel», *AJ Famille*, 2017, p. 40, p. 2: «Les avocats auront également comme tâche d'accompagner l'expression de la demande d'audition, de s'assurer du discernement de l'enfant pour que l'information dont il va être destinataire puisse lui être donnée et comprise et, là encore, éviter tout dévoiement relatif à une utilisation artificielle d'une demande d'audition pour obtenir une sécurité judiciaire par voie d'homologation».

En realidad, bajo nuestro punto de vista, aunque parece que se concede un gran poder a los hijos menores<sup>67</sup>, la reforma los deja totalmente desvalidos ya que no es posible estar seguros de que los padres han informado a los hijos con suficiente discernimiento. Además, por si no era suficiente atribuir a los abogados la facultad de dar fe de las firmas de los cónyuges, también los padres se ven legitimadores de la firma del menor, son ellos quienes «dan fe» de la autenticidad de su firma en el formulario ya que son ellos quienes informan a los menores y transmiten el documento firmado. Realmente, esta es una de las partes más descabelladas de la reforma del *Code* y uno de los motivos que ha provocado la denuncia del profesor Nourissat<sup>68</sup> y otros abogados ante la Comisión Europea al considerar que no se ha protegido suficientemente el interés superior del menor.

## IV. TRAMITACIÓN DEL DIVORCIO

### IV.1 INTERVENCIÓN NOTARIAL

#### IV.1.1 Cuestiones de competencia

Antes de profundizar en el tema del papel que la ley ha reservado al notario en este nuevo divorcio, la primera cuestión que debemos abordar es la de cuál es el notario competente. En Cuba y Colombia se consagra la competencia universal del notario, de modo que los cónyuges pueden elegir libremente el que sea de su preferencia, lo que ha sido criticado por la falta de seguridad jurídica que puede provocar<sup>69</sup>. Más restrictivo es el ordenamiento jurídico

---

<sup>67</sup> MAUGER-VILPEAU, L., «Le divorce par consentement mutuel sans juge et l'enfant», *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes*, núm. 11, page 4: «La loi nouvelle a donc choisi de placer l'enfant au coeur du divorce par consentement mutuel».

<sup>68</sup> NOURISSAT, C., «Le divorce conventionnel à l'épreuve de l'ordre juridique de l'Union», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 20, 19 de mayo de 2017, act. 548, p. 2: «En second lieu et c'est beaucoup plus grave, s'agissant des droits de l'enfant, la loi française ne n'assure pas la sauvegarde de l'intérêt supérieur du mineur. D'une part, en application de l'article 41 du règlement Bruxelles II bis, pour qu'une décision relative au droit de visite d'un parent soit reconnue en Europe, il faut vérifier qu'elle ait été prise après l'audition de l'enfant, sauf s'il est jugé (par un tiers impartial) qu'elle n'est pas opportune. Or la nouvelle procédure de divorce écarte totalement l'intervention du juge, qui est ce tiers impartial. D'autre part, s'agissant du droit de l'enfant à « *entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents (...)* », prévu par l'article 24 § 3 de la Charte, aucune obligation ne pèse sur le notaire et les avocats des parties visant à s'assurer du respect et de la protection de ce droit, le notaire n'ayant aucune compétence en la matière».

<sup>69</sup> PÉREZ GALLARDO, L. B., «Un "fantasma" recorre Latinoamérica», *op. cit.* p. 346.

co peruano que limita la competencia al notario del lugar de celebración del matrimonio o al del último domicilio común.

En el Derecho español, para reforzar el carácter de su intervención como funcionario público, guardando paralelismo con la competencia judicial de los procedimientos judiciales de divorcio, se establecen criterios de competencia territorial. El artículo 54 de la Ley del Notariado establece que será competente el notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes. Dentro de los notarios competentes para actuar en esa circunscripción territorial, los cónyuges podrán elegir libremente.

Los puntos de conexión enumerados, señala García Pérez<sup>70</sup>, tienen carácter alternativo por lo que los cónyuges pueden elegir libremente cualquiera de ellos. El notario debe verificar de oficio su competencia y negar la autorización de la escritura pública si no se cumple un criterio de conexión. Sin embargo, como pone de manifiesto el mismo autor<sup>71</sup>, la ley no ha tenido en cuenta la posibilidad de que se inicie la tramitación del divorcio ante un notario cuando ya está siendo tramitado ante otro o ante Letrado de la Administración de Justicia.

El Derecho francés se aproxima más al cubano o colombiano, instalando una competencia universal en el más amplio sentido del término pues, como pone en evidencia Boiché<sup>72</sup>, no sin gran preocupación, se ha aprobado un texto que «permite obtener un divorcio convencional en Francia sin que en ningún momento se plantee o se deba verificar la competencia de las autoridades francesas». Como subraya Galliez<sup>73</sup>, la reforma no contiene norma alguna sobre la competencia territorial ni interna ni internacional, lo que lo convierte<sup>74</sup> en un «divorcio sin foro».

<sup>70</sup> GARCÍA PÉREZ, J. E., y DÍAZ PITA, M. P., «Tramitación de las separaciones y divorcios ante notario...», *op. cit.* p. 112.

<sup>71</sup> GARCÍA PÉREZ, J. E., y DÍAZ PITA, M. P., «Tramitación de las separaciones y divorcios ante notario, y sus posibles consecuencias procesales...», *op. cit.* p. 106.

<sup>72</sup> BOICHÉ, A., «Divorce 229-1: aspect de droit international privé et européen...», *op. cit.* p. 2: «En effet, à aucun moment dans le texte de la loi ou du décret, il n'est prévu que les parties devront justifier de la compétence de l'ordre juridique français pour divorcer en France. Le texte ne définit aucune règle de compétence *ratione loci*. Il ouvre donc la possibilité à tout couple marié quel que soit le lieu de sa résidence habituelle ou sa nationalité de divorcer conventionnellement en France. Aucun contrôle n'est exercé».

<sup>73</sup> GAILLEZ, L., «La reconnaissance du divorce par consentement mutuel en DIP», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 48, 1 de diciembre de 2017, pp. 26-30, p. 26: «Hormis les auteurs de la circulaire du ministère de la Justice du 26 janvier 2017, la plupart des commentateurs considèrent que le législateur a négligé d'intégrer la dimension internationale dans sa réforme du divorce par consentement mutuel. Sur le plan du droit européen, celle-ci semble laisser de côté les règles de territorialité, de détermination de la loi applicable et de reconnaissance transfrontalière établies par les règlements».

<sup>74</sup> HAMMJE, P., «Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé. Les aléas d'un divorce sans fore», *Revue Critique de droit international*

Los abogados no están sometidos a reglas de competencia por lo que nada impedirá que dos extranjeros, sin ninguna vinculación con Francia, recurran a divorciarse allí, por la rapidez o la facilidad para obtenerlo. Una vez firmado el acto de divorcio, cualquier notario es competente para su protocolización, aunque, de modo análogo a lo que ha previsto la reforma del Derecho español, no se atribuyen estas competencias a los consulados. Ahora bien, como evidencia Boiche<sup>75</sup>, nada exige que los abogados sean franceses, por lo que se podrá llevar a cabo por abogado extranjero y en otro idioma, como autoriza el artículo 1146 del Código de procedimiento civil, tras la redacción dada al mismo por el Decreto de 18 de noviembre de 2016. Posibilidad esta que autores como Labbé<sup>76</sup> consideran ilegal ya que, si no importa la nacionalidad del cliente, ni la del abogado, la Ley de 4 de agosto de 1994 impone, al menos, la redacción en francés de los actos y contratos para los que una persona privada ejecuta una misión de servicio público y, para él, el abogado realiza una misión de servicio público.

También en el ordenamiento jurídico español es posible que el notario autorice la escritura de divorcio de dos extranjeros pero, como subraya García Pérez<sup>77</sup>, es necesario que el notario sea territorialmente competente. Este requisito no se ha previsto en la reforma francesa por lo que nada impedirá que un notario francés protocolice el acto privado de divorcio de dos ciudadanos sin nacionalidad francesa, sin residencia ni domicilio en Francia, redactado por dos abogados extranjeros y en lengua extranjera, es decir, como advierte Devers<sup>78</sup>, sin ninguna conexión con Francia. Cuestión distinta, en la que ahora no procede detenerse, es la ley que se aplicará a ese divorcio, que tampoco tiene por qué ser la francesa.

#### **IV.1.2 La formalización del divorcio ¿documento público o privado?**

La intervención del notario al otorgar una escritura pública genera tres efectos íntimamente ligados a su ministerio: fecha cierta, fuerza ejecutiva y fuerza probatoria. Si la intervención de míni-

---

*privé*, 2017, p. 143.

<sup>75</sup> BOICHÉ, A., «Divorce 229-1: aspect de droit international privé et européen...», *op. cit.* p. 1.

<sup>76</sup> LABBÉE, X., «Jean-Jacques Urvoas face à François Ier et au divorce par consentement mutuel en langue étrangère», *Recueil Dalloz*, 2017, p. 358.

<sup>77</sup> GARCÍA PÉREZ, J. E., y DÍAZ PITA, M. P., «Tramitación de las separaciones y divorcios ante notario...», *op. cit.* p. 113.

<sup>78</sup> DEVERS, A., «Le divorce sans juge en droit international privé...», *op. cit.*, p. 1: «Après le spectre du "tourisme du mariage gay et lesbien", se profile aujourd'hui celui du divorce sans juge!».

mos que el legislador francés ha reservado al notario en el divorcio sin juez hace dudar de que estos tres efectos se produzcan por la mera protocolización, en el caso de la legislación española, como ya hemos visto, su intervención se ha diseñado de modo más acorde con su rol tradicional, aunque seguramente va a suponer una cierta adaptación o cambio de mentalidades en el ejercicio de la profesión. Como subrayan Lora-Tamayo y Pérez Ramos, «es muy difícil sostener que el notario sea un simple testigo de lo que manifiestan las partes». El notario no es un juez pero «pasa a resolver sobre cuestiones que hasta entonces eran propias de los jueces» y debe ir más allá. Como ya hemos expuesto, además del control de legalidad, debe comprobar «que se ha guardado el equilibrio exigible en el convenio regulador»<sup>79</sup>.

Expresamente niega esta posibilidad para el divorcio sin juez francés la Circular<sup>80</sup> del Ministerio de Justicia de 26 de enero de 2017 que limita la intervención del notario al juicio de legalidad excluyendo expresamente que pueda realizar un juicio de equidad. Sin embargo, vistas las atribuciones que se le conceden, autores como Torricelli-Chrifi<sup>81</sup> consideran que ni siquiera podrá llevar a cabo el control de legalidad ya que no se trata de un acto redactado por el notario sino únicamente protocolizado por él. Insiste Brenner<sup>82</sup>, «no hemos querido hacer del notario una autoridad de homo-

<sup>79</sup> LORA-TAMAYO, I., y PÉREZ RAMOS, C., «Prólogo», en la obra *Separaciones y divorcios ante notario...*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>80</sup> Circulaire de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle et du décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale, del 26 de enero de 2017, Ficha 6: «Si le notaire n'a pas à contrôler le contenu ou l'équilibre de la convention, il doit, avant de pouvoir effectuer le dépôt de la convention au rang de ses minutes, vérifier la régularité de celle-ci au regard des dispositions légales ou réglementaires. Pour autant, s'il est porté manifestement atteinte à l'ordre public (une clause qui évincerait les règles d'attribution de l'autorité parentale découlant de la filiation ou une clause de non-remariage par exemple), le notaire, en sa qualité d'officier public, pourra alerter les avocats sur la difficulté».

<sup>81</sup> TORRICELLI-CHRIFI, S., «Divorce contractuel: le notaire doit-il fermer les yeux?...», *op. cit.* p. 2: «Le contrôle de légalité se distinguerait-il de l'obligation de validité telle que conçue par la jurisprudence? Cette obligation signifie que le notaire doit procéder à certaines vérifications qui concernent les données de fait autant que les données de droit. Celles-ci visent les droits des parties mais aussi la conformité de l'acte au droit positif. Le notaire est donc le garant de la validité de l'acte, laquelle conditionne nécessairement son efficacité. Le contrôle de légalité semblerait alors se fondre dans cette obligation de validité. Le terme «légalité» aurait seulement l'inconvénient de n'appréhender le droit positif qu'à travers la loi, ignorant les autres sources du droit, au premier rang desquelles se situe la jurisprudence. Toutefois, ces obligations de validité et d'efficacité non concernent que les actes rédigés par le notaire. Or, si l'acte de dépôt est bien rédigé par lui, il n'en est pas ainsi de la convention de divorce. Seul le premier aurait pu être soumis à de telles obligations. Remarque cependant, en précisant que les époux ne sont pas reçus par le notaire, la circulaire rend cette éventualité fictive».

<sup>82</sup> BRENNER, C., «Le nouveau divorce par consentement mutuel: retour à l'an II?», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 8, 24 de febrero de 2017, p. 10: «Il

logación de la convención de divorcio reemplazando al juez». Y esto, en palabras del profesor Mekki<sup>83</sup>, convierte al notario en un mero registrador y pone en peligro el futuro de la profesión<sup>84</sup>.

En el divorcio sin juez del Derecho francés, aquel se produce por «acto de abogado» (*acte contresigné par avocat*). Se trata de una categoría creada por el legislador en el año 2011, regulada en los artículos 1372 a 1327 del *Code* consecuencia de los trabajos de la Comisión *Darrois*<sup>85</sup>. Este acto, como precisa el artículo 1374 del *Code*, da fe de la firma de las partes lo que, supone una fuerza probatoria superior al acto privado clásico, pero carece de fuerza ejecutiva<sup>86</sup>. Quizás ese es el único motivo por el que no se ha prescindido totalmente del notario, porque la protocolización le confiere fecha fehaciente y fuerza ejecutiva, lo que no impide que los abogados sugieran la posibilidad de conferir tal fuerza al acto de abo-

---

en résulte assurément que le notaire n'est pas habilité à vérifier l'équilibre de la convention, la liberté et le caractère éclairé du consentement des époux, non plus qu'à procéder à une vérification d'écriture et de signature ainsi qu'il procède à l'accoutumée en cas de dépôt authentifiant, puisque cette dernière vérification relève de l'office même de l'avocat dans l'acte contresigné par lui».

<sup>83</sup> MEKKI, M., «Divorce hors le juge: le notaire doit-il devenir un greffier?», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 19, 13 de mayo de 2016, Dos. 610, p. 6: «Les notaires deviennent dans cette hypothèse de simples chambres d'enregistrement! Cette dernière remarque permet alors de mieux cerner le choix politique discret mais bien réel opéré par le législateur».

<sup>84</sup> MEKKI, M., «Divorce hors le juge: le notaire doit-il devenir un greffier?...», *op. cit.* p. 6: «Cette réduction de la fonction notariale est très dangereuse pour la profession car elle présage une répartition future du travail rédactionnel des plus inquiétants. Le législateur fait mine d'oublier que l'authentification est un processus reposant sur trois étapes: dresser, vérifier, conserver (*L. Aynès (dir.), L'authenticité, La documentation française, 2013, p. 82 et s.*). Le notaire n'est pas une machine à enregistrer les actes. Il fabrique l'acte et il en garantit la véracité et la pleine efficacité. Le notaire n'est pas un *public notary*. Toute intervention du notaire est inextricablement liée à son statut. Par voie de conséquence, toute intervention du notaire pour instaurer une plus grande sécurité juridique suppose l'accomplissement d'un acte authentique. Si une répartition du travail entre avocat et notaire est envisageable, c'est à la condition qu'un véritable acte authentique vienne clore le processus du divorce, acte authentique qui engage pleinement la responsabilité du notaire. Cette valorisation du travail de l'avocat au prix d'une dévalorisation du travail du notaire n'est pas acceptable. D'autant, rappelons-le, que le but poursuivi par le Gouvernement, s'exprimant par la bouche de son ministre de l'Économie, Emmanuel Macron, a été de réformer les professions réglementées afin de réduire le coût des transactions et d'augmenter le pouvoir d'achat des ménages. En imposant l'intervention de deux avocats et en y ajoutant un notaire, ne va-t-on pas au contraire augmenter considérablement le coût pour les personnes souhaitant divorcer? Un seul acte devrait suffire».

<sup>85</sup> *Rapport sur les professions du droit*, Ministère de la Justice, accesible en [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr)

<sup>86</sup> COIFFARD, D., «Authenticité et force exécutoire. L'arbre et le fruit», *La Semaine Juridique Notariale Immobilière*, núm. 6, 9 de febrero de 2018, pp. 21-26, p. 22: «L'acte contresigné est donc doté d'une force probante accrue par rapport à l'acte sous seing privé classique (puisque il n'est pas possible de dénier sa signature), et son utilisation fait présumer que les parties ont été dûment conseillées par l'avocat (d'où l'éviction des mentions manuscrites destinées à protéger le consentement des signataires, par exemple en matière de cautionnement). Demeure hors de sa portée la force exécutoire, en cohérence avec l'absence de statut d'officier public reconnu à l'avocat lequel, au contraire, revendique une indépendance vis-à-vis de l'État».

gado<sup>87</sup>, que, a pesar de los efectos que despliega, sigue siendo un documento privado.

Ya hemos visto cómo en el Derecho español el notario no se limita a protocolizar. El divorcio no se produce por acto privado protocolizado por notario sino por escritura pública. Con ello, el legislador asume lo que era el sentir de la doctrina antes de la reforma<sup>88</sup>, sin reducir el papel del notario. Al contrario, su intervención será plena y conlleva las obligaciones y funciones habituales de la profesión. En concreto, la función de asesoramiento, el juicio de capacidad y el control de legalidad, además, como ya hemos señalado, debe realizar el juicio de equidad o lesividad, al que con gran acierto se refiere Gómez-Riesco<sup>89</sup> como «control de autoridad» que es, incluso, más extenso que el judicial.

El notario asume un papel relevante ya que debe realizar un juicio de valor sobre la forma y el fondo del convenio que presentan los cónyuges, de modo que puede, y debe, rechazar seguir con la tramitación del divorcio si considera que es perjudicial para uno de los cónyuges.

Ahora bien, esto ha sido interpretado en sentido de «mínima intervención» pues, como subraya Gomá<sup>90</sup>, el daño o perjuicio deben ser evidentes, no basta un mero desequilibrio aparente. En el mismo sentido se manifiesta Hijas Cid<sup>91</sup>, para quien el control de lesividad debe basarse en el principio de mínima intervención para evitar generar un conflicto donde las partes han alcanzado un acuerdo. Ahora bien, como señala Haro Grande, el notario debe asegurarse que el convenio no perjudica a uno de los cónyuges<sup>92</sup>. Vela Fernández no está de acuerdo con el principio de mínima intervención ya que no considera ajena a la labor del notario el control de lesivi-

<sup>87</sup> LIENHARD, C., «Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une révolution culturelle», *Recueil Dalloz*, 2017, p. 307, p. 2.

<sup>88</sup> AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Divorcio notarial y convenio regulador...», *op. cit.*, p. 2.: «Lo que no está tan claro es cuál será el papel del notario en el aspecto relativo a la formalización del acuerdo, pues si éste se limita sin más a protocolizar el convenio en escritura, su función, en mi opinión, no servirá absolutamente para nada, por no mencionar que se contravendría lo dispuesto en el Reglamento del Notariado en cuanto a la labor desempeñada por aquél».

<sup>89</sup> BUSTILLO TEJEDOR, L., y GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, J. M., «Eficacia de la escritura notarial...», *op. cit.*, p. 227: «Tales actos siguen sujetos en todo caso a límites de derecho necesario, habida consideración de la extraordinaria trascendencia personal, afectiva, ética, social y patrimonial del matrimonio. Por esas mismas razones sigue siendo preciso un control de autoridad, que debe entenderse reforzado cuando se opta por la actuación notarial, la cual no contrae sus efectos a los mínimos extremos del artículo 90 CC sino a toda la extensión del convenio, es decir, de la propia escritura –pues el convenio se instrumenta en escritura».

<sup>90</sup> GOMÁ, F., «Escritura de divorcio ante Notario...», *op. cit.* p. 2.

<sup>91</sup> HIJAS CID, E., «El convenio regulador en la separación y divorcio notariales: naturaleza, contenido y límites», *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio 2016.

<sup>92</sup> HARO GRANDE, E., *El notario y las nuevas competencias matrimoniales tras la aprobación de la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: un paso más hacia la autonomía de la voluntad*, 5 noviembre 2016, [www.noticias.juridicas.com](http://www.noticias.juridicas.com).

dad, pero si propugna su utilización con prudencia<sup>93</sup>. Más drástico se muestra Cerdeira Bravo de Mansilla<sup>94</sup>, para quien una interpretación reduccionista del artículo 90.2 «no será otra cosa que hacer apología de la rebeldía al mandato legal» y, entendemos nosotros, facilitaría la supresión, en una futura reforma, de la intervención del notario, siguiendo la senda emprendida por el legislador francés.

Las dificultades pueden surgir si un notario, en su juicio de legalidad o de equidad, considera que el acuerdo es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges y rechaza continuar la tramitación. Esta denegación del notario ¿puede ser impugnada? Señala Gómez Gállico<sup>95</sup> que cabe recurso de queja y «podrá valorarse si tiene razón o no el notario desde el punto de vista procedimental o de interpretación normativa, pero nunca podrá revocarse la decisión sustantiva de la falta de equidad de la medida que se solicita».

El problema es que la Ley no ha previsto la constancia de tal circunstancia en ningún registro por lo que los cónyuges podrán dirigirse a otro notario quien, con un criterio diferente, considere el acuerdo válido y no perjudicial y proceda al otorgamiento de la escritura pública. Aunque la práctica<sup>96</sup> está decantando la inclusión de una declaración en la escritura de divorcio por la que los cónyuges manifiestan que «el convenio no ha sido anteriormente presentado a otro notario o secretario judicial que lo haya rechazado por las razones contenidas en el artículo 90.2 del Código civil», no existe garantía de que dicha declaración falte a la verdad, ni modo de verificarlo.

#### IV.2 INTERVENCIÓN DE ABOGADOS: LA REVOLUCIÓN CULTURAL FRANCESA<sup>97</sup>

En los ordenamientos que admiten el divorcio sin juez, la ley ha buscado otros profesionales del Derecho como protagonistas del nuevo divorcio que, en ningún caso, se convierte en un asunto a resolver sólo «entre cónyuges». En el Derecho francés ese protagonismo lo asumen los abogados de los que, como subraya Blanchard<sup>98</sup>, su papel se ha visto incrementado cuantitativa y cualitati-

<sup>93</sup> VELA FERNÁNDEZ, C., y BUSTILLO TEJEDOR, L., «Contenido y límites de la escritura notarial...», *op. cit.* p. 159.

<sup>94</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario, en España...», *op. cit.*, p. 72.

<sup>95</sup> GÓMEZ GÁLIGO, J., «Naturaleza de las decisiones del notariado...», *op. cit.*, p. 5.

<sup>96</sup> LÓPEZ CANO, J., «Formularios notariales: Ley de Jurisdicción Voluntaria, subastas notariales y concordancia entre el Catastro y el Registro», *La Ley*, 2015.

<sup>97</sup> Esta es la expresión que utiliza LIENHARD, C., «Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une révolution culturelle...», *op. cit.*

<sup>98</sup> BLANCHARD, C., «La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé...», *op. cit.*, p. 1.

vamente. El abogado se ha convertido, en metáfora de Lienhard, en director de orquesta<sup>99</sup>.

En las demás legislaciones referidas, como hemos visto, el papel principal ha sido atribuido al notario, pero esto no supone la no intervención de abogados. Ahora bien, esa intervención puede estar impuesta por la ley o articularse como optativa.

Habitualmente la intervención de notario hace innecesaria la intervención de abogados, teniendo en cuenta su labor de asesoramiento y su obligación de velar por los intereses de la parte débil. Ello no impide que, si las partes lo desean, puedan estar asistidas de un abogado. En materia de divorcio se puede seguir esta regla general, y eso es lo que ha hecho el legislador cubano, que en el artículo 2 del Decreto-ley de 1994 establece como optativa, pero no obligatoria, la asistencia de abogado.

En Perú y Ecuador, sin embargo, se exige que la solicitud esté firmada por abogado, pero el divorcio no es un «acto de abogado» como en el Derecho francés. En España, como ya hemos indicado, la filosofía que subyace en la reforma es que el notario sustituye al juez y no a los abogados por lo que el papel de estos será el mismo que en sede judicial, de asesoramiento de su cliente. La ley impone su intervención como obligatoria y, aunque de la redacción de la ley no queda claro, autores como Haro Grande<sup>100</sup> han interpretado que es posible que estén asistidos de un solo abogado ya que así se permite para el divorcio de mutuo acuerdo en sede judicial.

Nada de esto ha ocurrido en el Derecho francés. La reforma constituye una «revolución» en cuanto al papel del abogado<sup>101</sup>. La primera constatación es que son necesarios dos abogados. Pero, sobre todo, lo que ha cambiado es la naturaleza de la intervención del abogado ya que, como hemos visto, el legislador ha desposeído al notario de parte de sus competencias tradicionales para atribuírselas a aquél a través de este «acto privado refrendado por abogado». Tradicionalmente, los abogados velan por los intereses de sus clientes pero, además, en esta ocasión, serán ellos los que tendrán que realizar un juicio de capacidad de los cónyuges y vigilar que se respete el interés superior de los menores. Incluso, son los abogados los que autentifican la firma de los cónyuges lo que muestra, como indica Lienhard<sup>102</sup> su potencia y densidad en el divorcio sin

<sup>99</sup> LIENHARD, C., «Nouveaux enjeux et nouvelle philosophie du rôle de l'avocat...», *op. cit.* p. 2: «Les avocats sont désormais les femmes et les hommes chefs d'orchestre du divorce; ce qui leur offre l'opportunité de mettre en valeur et en évidence leurs compétences».

<sup>100</sup> HARO GRANDE, E., «El notario y las nuevas competencias matrimoniales...», *op. cit.*

<sup>101</sup> FULCHIRON, H., «Divorce sans juge. A propos de la loi núm. 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI siècle», *JCPG*, 2016, 1267.

<sup>102</sup> LIENHARD, C., «Le nouveau divorce par consentement mutuel...», *op. cit.*, p. 1: «Il appartient aux seuls avocats de bâtir et de sécuriser la convention des époux qui divor-

juez, ya que el legislador «ha transferido las funciones de control y protección» del juez a los abogados. Y, lo que es más inquietante, se le atribuye fuerza ejecutiva, por la simple protocolización, sin que el notario haya intervenido ni de lejos ni de cerca en la redacción de la convención, ni haya legitimado las firmas, ni haya verificado, simplemente, la capacidad de los cónyuges. Posteriormente volveremos sobre esta cuestión.

### IV.3 INTERVENCIÓN PERSONAL O POR REPRESENTANTE

Una de las cuestiones más debatidas en el nuevo divorcio notarial del Derecho español es la necesidad o no de que los cónyuges comparezcan personalmente. El tenor literal del artículo 82 del Código civil establece que «los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal». Este artículo no parece ser lo suficientemente claro ya que para algunos autores<sup>103</sup> no existe justificación para limitar la posibilidad de que los cónyuges comparezcan por representación. No es el criterio seguido por otros<sup>104</sup> que estiman que los cónyuges deben estar presentes y a la vez.

Es en este sentido que se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en una resolución de 7 de junio de 2016<sup>105</sup>, que exige la intervención personal y simultánea de los cónyuges<sup>106</sup>, alejándose así de la solución del Derecho cubano en el que el Decreto-ley contempla expresamente la posibilidad de solicitar el divorcio ante notario mediante representante. Además, si la representación es por abogado, podrá uno sólo representar a ambos cónyuges.

---

cent, avec le concurs *in fine* du notaire qui sera dépositaire de la convention au rang de ses minutes après un contrôle formel encadré».

<sup>103</sup> PÉREZ HEREZA, J., *Divorcio notarial: problemas prácticos*, www.elnotario.es, p. 2: «En definitiva, no parece que exista una justificación a esta limitación habida cuenta que, ya sea en el otorgamiento de la escritura de poder o en el otorgamiento de la escritura de divorcio el cónyuge prestará su consentimiento ante la misma autoridad (el notario) y que, si se quiere limitar la representación por la importancia del acto, bastaría con rodear al otorgamiento del poder de los mismos requisitos que se exigen a la escritura de divorcio (asistencia letrada e incorporación del convenio regulador).

<sup>104</sup> GOMÁ, F., «Escritura de divorcio ante Notario...», *op. cit.* p. 1: «Los cónyuges deben estar presentes y a la vez, sin que sea admisible poder o representación verbal por mandatario u otorgamientos sucesivos».

<sup>105</sup> Resolución consulta de 7 de junio de 2016 de la DGRN (accesible mediante consulta ante el Ministerio de Justicia ya que no es objeto de publicación en el «BOE» ni en la página del Ministerio).

<sup>106</sup> PÉREZ HEREZA, J., «Divorcio notarial: problemas prácticos...», *op. cit.* p. 2: «Es verdad que se trata de una mención incidental, pues la Resolución fue dictada con ocasión de una consulta formulada sobre cuestiones de Derecho Internacional Privado, y que los argumentos utilizados para tan importante declaración son escasos, pero el tenor literal del precepto y la inseguridad sobre los requisitos que deberían rodear al poder obligan a adoptar una posición prudente».

En el *Code*, no se hace referencia a la comparecencia de los cónyuges, por lo que, el notario procederá a la protocolización de la convención de divorcio, sin que los cónyuges ni sus abogados, comparezcan ante él. Tampoco se le asigna la misión de legitimar las firmas, por lo que, como afirman David y Brunet<sup>107</sup>, el legislador ha consagrado un procedimiento de depósito ante notario *sui generis*, que no encaja ni en el depósito simple, que es aquel que no implica reconocimiento de firmas por lo que sus efectos son limitados, ni tampoco en el depósito «autenticante» que es el que confiere autenticidad y fuerza ejecutiva pero exige reconocimiento de firmas.

#### IV.4 REGLAS DE PROCEDIMIENTO

La forma tan escueta en la que la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha regulado el divorcio notarial hace que nos preguntemos si existe un verdadero procedimiento de divorcio sin juez en el Derecho español. Únicamente se ha reformado el artículo 54 de la Ley del Notariado que hace referencia a la solicitud, tramitación y otorgamiento de la escritura pública con arreglo a lo dispuesto en la propia Ley del Notariado. Ni siquiera se contempla un plazo de reflexión obligatorio como en la legislación francesa.

Tampoco se exigen especiales requisitos de la solicitud de la que García Pérez<sup>108</sup> considera que no se trata formalmente de una verdadera solicitud sino que la ley se refiere a que la intervención del notario es rogada por lo que las partes la deben solicitar, ya que la idea de solicitud es desconocida en la ley notarial.

Los cónyuges solicitan y los cónyuges consienten. Pero, si las medidas propuestas por los cónyuges afectan a los hijos mayores o emancipados que carezcan de ingresos propios y convivan en el domicilio familiar, el artículo 82 exige su consentimiento, por lo que deberán comparecer ante el notario para prestarlo, al igual que los cónyuges. Ya nos hemos referido a la duda que suscita la redacción del precepto sobre si han de acudir personalmente o no. Nosotros nos inclinamos por su obligatoriedad por la trascenden-

<sup>107</sup> DAVID, S., y BRUNET, R., «Le rôle du notaire dans le nouveau divorce...», *op. cit.* p. 10: «Techniquement, l'article 229-1, al. 2, c. civ. consacre un dépôt *sui generis*, qui procure date certaine et surtout force exécutoire à la convention de divorce sans reconnaissance d'écriture et de signature, et donc sans la rendre authentique. En d'autres termes, l'acte notarié constatant le dépôt aura la valeur d'un acte authentique, mais l'acte déposé, en l'occurrence la convention de divorce, sera dépourvu d'authenticité. Aux yeux du législateur, la force exécutoire devient donc indépendante de l'opération d'authentification, laquelle implique un contrôle substantiel du contenu de l'acte. À l'évidence: l'authenticité n'en sort pas grande».

<sup>108</sup> GARCÍA PÉREZ, J. E., y DÍAZ PITA, M. P., «Tramitación de las separaciones y divorcios ante notario...», *op. cit.* p. 109.

cia del acto, que afecta al estado civil, y porque es el único modo de que el notario pueda cumplir su obligación de asesoramiento y realizar un juicio de capacidad para asegurarse de que los cónyuges emiten un consentimiento libre y consciente. Así lo afirma Fernández Tresguerres<sup>109</sup>, para quien la comparecencia personal de ambos cónyuges es obligatoria en el divorcio sin que se pueda acudir a una representación, ni siquiera a un mero *nuntius*, «dada la especial valoración que se debe realizar de los intereses concurrentes». Entendemos que lo mismo se puede predicar respecto a la comparecencia de los hijos mayores, cuya capacidad y libre consentimiento debe valorar el notario.

En el divorcio sin juez francés, el legislador sí ha puesto en marcha un procedimiento que se contiene en parte en el *Code* y se desarrolla en la Circular del Ministerio de Justicia de 26 de enero de 2017<sup>110</sup>. Así, en esta Circular, se diferencian las fases de la elaboración de la convención, el periodo de reflexión, la firma de la convención y la transmisión al notario.

La elaboración de la convención de divorcio corresponde a los cónyuges, asistido cada uno por su abogado. Dicha convención debe contener las menciones del artículo 229-3 del *Code*, entre ellas, la de que los hijos han sido informados de su derecho a ser oídos por el juez y que no desean hacer uso de esta facultad, debiendo aportarse para ello el formulario aprobado al efecto por la *Arrêté* de 28 de diciembre de 2016. Además, se debe mencionar el nombre del notario que va a protocolizarla.

Una vez redactada la convención, esta debe ser comunicada por correo certificado con acuse de recepción a cada cónyuge por su abogado y, según el artículo 229-4 del *Code*, se abre un periodo de reflexión de 15 días desde la recepción, durante el cual no se puede firmar, bajo sanción de nulidad<sup>111</sup>. Transcurrido el plazo de reflexión la convención puede ser firmada y, como confirma la circular, los abogados deben asegurarse de la firma personal de cada cónyuge.

Así, la convención quedará establecida por «acto de abogado», firmado por las partes y refrendado por los abogados, con lo que atestatan el consentimiento libre y consciente (*éclairé*) de su cliente. De

<sup>109</sup> FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., *¿Novedades sobre el matrimonio o divorcio notarial?*, 21 de julio de 2017, [www.notariatresguerres.es](http://www.notariatresguerres.es)

<sup>110</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n.º 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle et du décret n.º 2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale, BOMJ n.º 2, 2017-06, du 30 juin 2017.

<sup>111</sup> Sobre las implicaciones de este plazo de reflexión en relación a la liquidación de la comunidad conyugal, ver PIGNARRE, L. F., «Délai de réflexion et divorce sans juge: du bon usage de la condition», *Recueil Dalloz*, 2018, p. 32.

acuerdo con el artículo 1145 del Código de procedimiento civil, la firma de los cónyuges y de los abogados debe hacerse en un solo acto.

Una vez firmado en tres ejemplares, se envía al notario que va a proceder a la protocolización en un plazo máximo de 7 días. El centro de gravedad de este procedimiento reside, como venimos analizando, en la intervención de los abogados, que son quienes llevarán el peso de la redacción de la convención, además de la labor de asesoramiento de los cónyuges, que es esencial y consustancial<sup>112</sup> a los efectos que la ley atribuye al «acto de abogado». Pero, es precisamente lo que se refiere a los efectos que despliega este divorcio por acto de abogado, uno de los aspectos más controvertidos y de mayor dificultad técnica de la regulación francesa.

## V. EL POST-DIVORCIO: LAS CONSECUENCIAS DE LA CALIFICACIÓN

La calificación que se realice del divorcio sin juez condiciona, evidentemente, el régimen jurídico aplicable al mismo. Y ello en diferentes ámbitos. Calificarlo como contrato determina la aplicación supletoria del régimen de las obligaciones y contratos en aquellas cuestiones que el legislador no ha regulado. Y son muchas, tanto en el Derecho francés como en el español, lo que plantea numerosos interrogantes: ¿podrá impugnarse el divorcio en sí mismo considerado? ¿Podrá impugnarse el convenio regulador por un vicio del consentimiento de los cónyuges? ¿Y por vicio del consentimiento de los hijos? ¿Será rescindible por lesión?

### V.1 EL CARÁCTER IRREVERSIBLE DEL DIVORCIO

La primera cuestión a la que debemos dar respuesta es la de si el divorcio en sí mismo puede ser impugnado o no. Y, rápidamente, se pone de manifiesto en este punto la diferente naturaleza jurídica del divorcio sin juez en Francia y en España. Ya hemos visto como en el régimen del *Code* la intervención del abogado y del notario, tal y como han sido concebidas, no sustituyen la intervención del juez, por lo que no purgan el acto de sus eventuales vicios, lo que parece que provoca que no se produzca el efecto de cosa juzgada<sup>113</sup>.

<sup>112</sup> BACACHE, M., y LEROYER, A. M., «Loi núm. 2011-331 du 28 mars 2011 du modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées», *RTDC*, 2011 p. 403.

<sup>113</sup> FULCHIRON, H., «Le divorce sans juge, c'est maintenant. Et après?», *Droit de la Famille*, enero de 2017, pp. 1-4, p. 2: «Il ne purge donc pas l'acte de ses vices éventuels et il ne lui donne en rien l'équivalent de l'autorité de la chose jugée».

Para el Derecho español, Gómez Gállico<sup>114</sup>, teniendo en cuenta la especial naturaleza de la intervención del notario, considera que la escritura pública de divorcio producirá el efecto de cosa juzgada, al menos en lo que se refiere al divorcio en sí mismo considerado, que se convertirá en irreversible. No es seguro que sea esa la respuesta del ordenamiento jurídico francés ya que, alerta Fulchiron<sup>115</sup>, a pesar de que sería desastroso permitir el cuestionamiento del divorcio, el legislador no ha puesto los medios para evitar que así ocurra<sup>116</sup>.

Esto no significa que no sea posible una revisión del convenio regulador, es decir, de las consecuencias del divorcio sobre las que han pactado los cónyuges, cuestión a la que nos referimos a continuación.

## V.2 LA REVISIÓN Y LA IMPUGNACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE DIVORCIO

Casi nada establece la legislación española sobre el post-divorcio. Una vez más, la falta de previsión provoca dudas sobre las implicaciones del divorcio notarial. Su carácter contractual se refuerza por la previsión de que podrá ser modificado por un nuevo acuerdo de los cónyuges. Así lo admite el artículo 90. 3 del Código. Y hasta ahí llega la previsión del legislador. Pero, ¿qué ocurre si un cónyuge pretende modificarlo y el otro se niega? ¿Podrá recurrir al juez para solicitar una revisión? ¿Qué ocurre si hay un cambio de circunstancias? ¿Tendrá alguna trascendencia que los cónyuges incorporen una cláusula *rebus sic stantibus*? ¿Se podrá hacer? ¿Y someter alguno de los efectos pactados a una condición? ¿Será imposible revisar judicialmente una pensión compensatoria pactada en convenio regulador si no hay un nuevo acuerdo de los cónyuges?

<sup>114</sup> GÓMEZ GÁLIGO, J., «Naturaleza de las decisiones del notariado en su función de jurisdicción voluntaria...», *op. cit.* p.

<sup>115</sup> FULCHIRON, H., «Le divorce sans juge, c'est maintenant...», *op. cit.*, p. 2: «À l'évidence, il serait désastreux de permettre la remise en cause du divorce lui-même... et pourtant, malgré les mises en garde répétées de la pratique et de la doctrine, rien n'a été prévu par le législateur».

<sup>116</sup> En el mismo sentido, FILOSA, D., «L'articulation du contrat collaboratif et agrégatif de divorce par consentement mutuel», *AJ Famille*, 2018 p.85, p. 5: « Si l'on admet qu'en *consentement mutuel*, l'accord sur le principe du divorce est donné en contemplation des modalités du règlement de ses conséquences, il paraît alors difficile d'affirmer que la rupture du mariage devrait toujours demeurer acquise. Rien ne dit au reste que la nullité spéciale de la convention de divorce, aménagée par l'article 229-3, al. 2, doive systématiquement en laisser subsister les effets extinctifs ou résiliatoires.

Certes, un anéantissement complet du contrat de divorce serait à l'évidence extrêmement nuisible aux tiers, et en particulier aux nouveaux conjoints de ceux qui seraient fraîchement divorcés en vertu d'une convention de l'article 229-1 c. civ., et dont le remariage se trouverait vicié de nullité pour bigamie en cas d'annulation du contrat de divorce».

Por otra parte, ¿qué ocurre en cuanto a la posible impugnación de la convención? ¿Se somete a las reglas de ineficacia de los contratos en general siendo, por ejemplo, anulable si concurre un vicio del consentimiento? Creemos que no existe obstáculo para así admitirlo y, una vez producido el divorcio, que tiene carácter inmutable, nada impide a uno de los cónyuges impugnar los acuerdos alegando, por ejemplo, dolo del otro cónyuge, aunque autores como Amunátegui<sup>117</sup> consideran que los tribunales deberán juzgar con el «máximo rigor la alegación de motivos de nulidad del convenio «para impedir que el ejercicio de esta acción se convierta en «la vía para atacar los acuerdos formalizados notarialmente cuando no exista posterior ánimo de cumplimiento»».

El *Code* no contempla expresamente la posibilidad de modificar la convención de divorcio pero nada impide, como señala Thouret<sup>118</sup>, que se pueda hacer aunque, paradójicamente, sólo se podrá por vía judicial, con independencia de que los cónyuges estén o no de acuerdo sobre la modificación ya que esa es la solución prevista por el legislador para las cuestiones más «sensibles»: la revisión de la prestación compensatoria y la de las medidas relativas al ejercicio de la patria potestad y los alimentos a los hijos<sup>119</sup>.

La duda que surge, en el Derecho francés, es si se mantiene vigente la regla que imperaba antes del divorcio sin juez de la indivisibilidad de la convención de divorcio y la decisión judicial que pronunciaba el divorcio homologando la convención. Para Egea<sup>120</sup> es inaplicable a este nuevo divorcio, lo que permite impugnar o revisar el convenio sin afectar al divorcio en sí, mientras que Picard<sup>121</sup> se pregunta si la noción de indisociable no ha

<sup>117</sup> De AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Divorcio notarial y convenio regulador...», *op. cit.*, p. 6.

<sup>118</sup> THOURET, S., «L'après-divorce conventionnel: vers le retour du juge!», *AJ Famille*, 2017, p. 42.

<sup>119</sup> FULCHIRON, H., «Le divorce sans juge, c'est maintenant...», *op. cit.*, p. 2: «La loi est peu explicite sur ce point. La situation est pour le moins paradoxale: dans un divorce par consentement mutuel judiciaire, les époux peuvent toujours soumettre au juge une nouvelle convention en vue de son homologation. Dans le «divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire» (pour reprendre la longue formule de l'article 229 du Code civil), le parallélisme des formes disparaît: il n'est pas imaginable que les époux fassent enregistrer une nouvelle convention modifiant la précédente. Aucune disposition de la loi ne l'envisage, ce qui est tout à fait compréhensible: l'incertitude la plus totale régnerait sinon sur la situation patrimoniale des époux, sauf à imaginer la création d'un fichier recensant les conventions modificatives avec mention de l'étude dans laquelle celles-ci ont été enregistrées et interconnexion entre les fichiers. Certes, on pourrait préterdre que ce qui est fait est fait, de façon irréversible; mais il ne s'agit que d'un simple contrat, et nulle autorité de la chose jugée ne s'oppose à ce que les époux reviennent sur leur accord...»

<sup>120</sup> EGEA, V., «Droit de la famille», *LexisNexis*, 2016, p. 147.

<sup>121</sup> PICARD, J., «L'interdépendance des contrats dans le divorce sans juge...», *op. cit.*, p. 2: «Qu'advierait-il en cas de remise en question de la convention de divorce ou de l'état liquidatif (lorsque ce dernier existe en vertu de l'article 229- 5.º de Code civil)? La

sido sustituida por la de contratos interdependientes, de modo que no se puede separar el divorcio en sí de la convención que regula sus efectos.

En cualquier caso, dejando a un lado la cuestión de si afecta o no al divorcio en sí mismo considerado, la doctrina considera que será posible la impugnación de la convención de divorcio por concurrir un vicio del consentimiento como el dolo. El supuesto más habitual, será aquel en el que uno de los cónyuges haya ocultado bienes al otro o haya mentido sobre su situación personal o financiera para provocar que el otro acepte el divorcio en términos menos ventajosos para él.

Y no serán las únicas causas posibles de impugnación<sup>122</sup>, pero la ausencia de una regulación adaptada hace que existan dudas sobre el alcance de una eventual impugnación por los cónyuges o por un tercero. Autores como Casey<sup>123</sup> ponen de manifiesto la inadaptación del régimen general de la acción de nulidad al divorcio por razones sustantivas y procesales, lo que provoca una gran inseguridad jurídica, en cuestiones como si la nulidad ha de predicarse de toda la convención o solo de la cláusula dañosa, cuál será el

---

jurisprudence avait posé le principe de l'indissociabilité entre le jugement prononçant le divorce des époux et la convention liquidant leur régime matrimonial lorsque cette dernière avait été homologuée par le juge. Mais lorsque le contrat constitue la base du divorce, cette indissociabilité demeure-t-elle? La réforme du droit des obligations a créé l'article 1186 du Code civil relatif aux contrats indivisibles: l'interdépendance (ou indivisibilité) peut-elle désormais supplanter l'indissociabilité?»

<sup>122</sup> THORUET, S., «Quelles voies de recours dans le nouveau divorce par consentement mutuel?», *Droit de la famille*, núm. 7-8, julio de 2016, dos. 30, p. 2: «Ainsi, elle devrait pouvoir faire l'objet d'une action en nullité pour vice du consentement (l'article 229-3 nouveau du Code civil dispose même expressément que le consentement au divorce et à ses effets ne se présume pas), pour irrégularité formelle (à titre d'illustration, l'article 229-4 nouveau du Code civil impose, à peine de nullité, un délai de réflexion d'une durée de quinze jours), voire pour atteinte à l'ordre public... Elle devrait également pouvoir faire l'objet d'une action en complément de part en cas de contestation de valorisation d'un élément d'actif ou de passif... Ces recours nouveaux qui s'offriront aux époux sont autant d'occasions de remettre en cause l'accord qu'ils auront signé. Ils vont incontestablement créer une insécurité dans les rapports juridiques entre époux, sans parler de la question de la responsabilité de leurs conseils».

<sup>123</sup> CASEY, J., «Le dol ou l'illusion contractualiste dans la remise en cause de la prestation compensatoire», *AJ Famille*, 2018, p. 95, p. 3: «Que la convention de divorce relève du droit des obligations, nul n'en disconvient. C'est d'ailleurs une forme de truisme car, que l'on considère la convention de divorce comme un véritable contrat ou comme une convention *sui generis*, dans tous les cas, il reste un acte juridique passible, comme tel, du droit des obligations. Par conséquent, affirmer l'applicabilité du droit des obligations n'avance pas à grand chose, puisque celle-ci est évidente. Nul n'a du reste jamais affirmé, et heureusement, que le dol ne pourrait pas sanctionner le mensonge de l'une des parties à la convention. Ce qui importe, en revanche, c'est de mesurer ce à quoi conduit l'application du dol, ses avantages et ses inconvénients. Ce sont donc les résultats concrets de l'action qui importent, non la possibilité de cette action, laquelle est acquise mais pas forcément souhaitable. Tout au plus peut-on se demander si la nullité encourue est une nullité relative, ce qui est usuel en matière de dol, ou une nullité absolue. Il n'existe cependant aucun élément justifiant d'évidence une nullité absolue, la question n'intéressant que les parties et non la société dans son ensemble».

procedimiento a seguir o cuál es el juez competente. Preguntas a las que, por el momento, no es posible dar respuesta pues solo la práctica indicará el camino a seguir.

### V.3 LA EJECUCIÓN DE LA CONVENCIÓN DE DIVORCIO

#### V.3.1 **Ámbito interno**

No plantea especiales problemas en el ordenamiento jurídico español ya que el artículo 90.2 equipara el convenio regulador en escritura pública al aprobado judicialmente, abriendo para ambos la vía de apremio para exigir su cumplimiento. Sin embargo, en el divorcio francés, ya hemos visto que el papel del notario es residual y que no ha de verificar el equilibrio de la convención, pero su intervención es esencial para que tenga fuerza ejecutiva. Aunque los pasos que da el legislador francés desde el año 2011 parecen impulsar el «acto de abogado» hacia una equiparación con el *acte notarié*, por el momento el legislador no ha querido, o no se ha atrevido, a ir tan lejos y la fuerza ejecutiva la reserva a la intervención del notario, aunque sea esta intervención marginal, limitándose, como recuerda Couzigou-Suhas<sup>124</sup>, a la protocolización, previo un mero control formal.

La decisión del Consejo Constitucional francés de 17 de noviembre de 2016 admitió su conformidad con la Constitución, sobre la idea, entre otras, de que la fuerza ejecutiva está asegurada por la intervención del notario. Esto, al menos de momento, supone un freno a las ansias de que se dote de fuerza ejecutiva al acto de abogado lo que, alerta Coiffard<sup>125</sup>, teniendo en cuenta que cada abogado defiende los intereses de su cliente, sería como dar fuerza ejecutiva a la parte más fuerte del contrato. Pero esta constatación del Consejo Constitucional no suprime las dificultades prácticas de lo que Lauvergnat<sup>126</sup> denomina «desmembra-

<sup>124</sup> COUZIGOU-SUHAS, N., «Réflexions pratiques sur le divorce sans juge...», *op. cit.* p. 6.

<sup>125</sup> COIFFARD, D., «La force exécutoire est indissociable des notions d'autorité et de délégation de service public», *Gazette du Palais*, 30 de enero de 2018, núm. 4, p. 9: «La force exécutoire est un acte de souveraineté, et est indissociable des notions d'autorité et de délégation de service public. Comment donner la force exécutoire à un avocat, sachant que chaque avocat représente sa partie ? Cela reviendrait à donner l'exécution forcée à la partie la plus forte au contrat. Le notaire, lui, n'est pas le notaire des parties et doit veiller à l'équilibre des conventions. Son obligation de conseil s'impose de la même manière à l'égard de toutes les parties.»

<sup>126</sup> LAUVERGNAT, L., «Retour sur l'exécution de la convention de divorce par consentement mutuel», *AJ Famille*, 2018, p. 144, p. 1: «Au vrai, la difficulté majeure se retrouve dans la forme du titre exécutoire qui sera remis à l'huissier de justice en vue de son exécution. La doctrine l'avait pressenti: le notaire peut-il apposer la formule exécutoire? Le particularisme du processus de construction de ce titre exécutoire impose la pruden-

miento de la autenticación», con las graves dificultades que ello provoca para la ejecución.

Sin embargo, los abogados quieren más<sup>127</sup>. Con ocasión del primer aniversario de la entrada en vigor del divorcio sin juez, el Consejo General de la Abogacía de Francia ha celebrado una jornada, en enero de 2018, en la que se ha dado a conocer el resultado de una encuesta realizada para valorar la puesta en marcha de este divorcio y, sin sorpresa, la valoración de los abogados ha sido muy positiva en todos los aspectos salvo, también sin sorpresa, lo que se

---

ce. En effet, la convention de divorce par consentement mutuel est l'oeuvre des époux et de leurs avocats respectifs: c'est un accord sous seing privé contresigné par les avocats. Le notaire, en tant que déléataire de la puissance publique, n'intervient que lors du dépôt de la convention. Ce dernier n'authentifie pas l'accord, la loi cantonnant son rôle à un simple contrôle formel et d'expiration du délai de réflexion de l'article 229-4 c. civ. La chose n'est pas sans rappeler la place du greffier dans la procédure d'injonction de payer où ce dernier ne tamponnera l'injonction de payer de la formule exécutoire qu'une fois s'être assuré de l'expiration du délai d'un mois suivant la signification de l'ordonnance. Le notaire n'a ici pas à reconnaître les écritures et signatures des parties».

<sup>127</sup> MULON, E., «L'acte d'avocats», *Droit de la Famille*, enero de 2017, dos. 11, p. 2: «Nous regrettons évidemment que le législateur ne soit pas allé plus loin en confiant à l'avocat la charge de ce nouveau divorce. Ce sont certes les avocats qui recueillent le consentement des époux sur le principe de la rupture du mariage et les effets de celle-ci. Ce sont certes eux qui vont conseiller les époux sur ces effets. Ce sont certes encore eux qui vont rédiger la convention de divorce. Puis, eux ensuite, qui vont transmettre celle-ci au notaire et, après que l'acte a été déposé au rang des minutes de ce dernier, qui vont faire procéder aux formalités de transcription du divorce. Mais ce ne sont pas eux qui donneront toute sa force à l'acte. Le notaire conserve le sceau de l'exécution. C'est lui qui va conférer à l'acte sa force exécutoire après avoir procédé à un contrôle formel du travail déjà effectué par l'avocat. Ce contrôle a-t-il du sens puisque l'avocat engage sa responsabilité sur chacune des mentions portées ou sur celles qui auraient pu être oubliées ? Cependant, le législateur pouvait-il faire autrement que de prévoir cette vérification strictement formelle dès lors qu'il confiait au notaire la charge de déposer l'acte au rang de ses minutes pour lui conférer date certaine et force exécutoire ? En dépit de nos regrets exprimés sur l'infantilisation apparente pour l'avocat d'un tel contrôle, pouvait-il, en effet, demander au notaire de déposer un acte, de prendre le risque d'engager sa responsabilité sur celui-ci sans même s'assurer qu'à minima les mentions obligatoires s'y trouvent.

C'est donc sur cette nécessité de passer par l'enregistrement de l'acte par le notaire que nous nous interrogeons. Nous ne rentrerons pas dans un duel de compétences entre les deux professions, composées chacune de personnes de qualité et animées de la même volonté de bien faire. Nous nous interrogeons seulement sur la nécessité pour le justiciable de subir la charge d'une partition à quatre mains alors qu'elle pourrait être jouée par les avocats seuls (sauf en cas d'existence d'un bien immobilier qui nécessite un état liquidatif notarié). Il ne fait pas vraiment débat – nous semble-t-il – que la charge de gérer les conséquences du divorce doit leur revenir comme ils l'ont depuis des siècles. Les avocats sont formés pour conseiller les parties sur les modalités les plus à même, tant sur le plan extrapatrimonial que patrimonial, de satisfaire leurs besoins et leurs objectifs. Ils sont également, et surtout, les plus à même d'anticiper les difficultés judiciaires qui pourraient naître de telle ou telle modalité et la réponse qui pourrait y être apportée par le juge. Qu'est ce qui s'oppose dès lors à ce que l'étape ultime, la reconnaissance du caractère exécutoire de leurs actes, soit franchie ? La question se pose d'autant plus qu'en l'état, la convention de divorce va disposer d'un statut pour le moins hybride. En effet, à première vue, on pourrait penser que dès lors qu'elle est déposée au rang des minutes d'un notaire, la convention de divorce se voit conférer la qualité d'acte authentique, ce qui lui décerne sa force exécutoire. C'est d'ailleurs l'effet que lui confère le texte. Et, c'est bien parce que l'acte d'avocat ne bénéficie pas aujourd'hui d'une telle force, qu'il est apparu nécessaire au législateur de faire entrer le notaire dans la boucle».

refiere a la intervención del notario<sup>128</sup>. Y es que, como ha subrayado la presidenta del Consejo General de la Abogacía de Francia, «la profesión ha demostrado su capacidad para obtener la fuerza ejecutiva del acto de abogado», lo que les permitiría prescindir de la intervención del notario<sup>129</sup>.

No ha tardado más que unos días en responder el presidente del Consejo Superior del Notariado francés, quien ha recordado<sup>130</sup> que la fuerza ejecutiva es uno de los atributos esenciales del acto auténtico notarial que no tiene nada de un azar de la historia ni procede de un pensamiento místico ni irracional, sino que está fundado en la cualidad de funcionario público del notario. El problema es que la ley, al minimizar su papel, ha creado una dificultad en relación a la ejecución ya que, como alerta Gijsbers, el notario es ajeno a la convención de divorcio por lo que la «fórmula de ejecución» se extenderá sobre el acto de protocolización pero no sobre los anexos, como es la convención de divorcio, y, recuerda, la protocolización no confiere autenticidad a la convención<sup>131</sup>. No es fácil encontrar una solución para solventar las dificultades que esto plantea, y este autor propone<sup>132</sup>, después de rechazar otras, que los cónyuges comparezcan ante el notario reconociendo ante él el origen y el

<sup>128</sup> GARNERIE, L., «Divorce sans juge: un succès malgré des difficultés», *Gazette du Palais*, 6 de febrero de 2018, núm. 05, p. 8: «Or, près de 67% des avocats interrogés déclarent que les justiciables ont trouvé compliquée la dissociation entre le traitement du dossier, la conclusion du divorce par avocat et son enregistrement par notaire. Du côté de la perception par les avocats de leur relation avec les notaires, le mécontentement est encore plus prononcé. Si 81% des avocats déclarent que la nouvelle procédure induit des difficultés pour eux, les 2/3 les attribuent à la coordination avec le notaire. Un résultat qui trouve notamment son explication dans le débat sur la nature – formelle ou plus poussée – du contrôle de l’acte d’avocat par les notaires qui a agité les deux professions durant les premières semaines de mise en œuvre de la réforme.»

<sup>129</sup> GARNERIE, L., «Divorce sans juge: un succès malgré des difficultés», *Gazette du Palais*, 6 de febrero de 2018, núm. 05, p. 8.

<sup>130</sup> COIFFARD, D., «Authenticité et force exécutoire...», *op. cit.* p. 22: «L’attribution de la force exécutoire aux actes notariés n’a rien d’un simple «Hasard de l’histoire», ni d’une injustice faite aux autres professionnels du droit et qu’il conviendrait aujourd’hui de réparer en étendant le domaine de cette prérogative. Et ce n’est pas parce qu’elle repose sur l’emploi d’une «formule exécutoire», qu’elle procède d’une pensée mystique ou relève du domaine de l’irrationnel. Elle est, au contraire, un effet parfaitement fondé et légitime de la qualité d’officier public reconnue au notaire, un corollaire des obligations qui lui incombent à ce titre et l’objet d’une mission qui lui est confié par l’État. La notaire est, à la différence de l’avocat, privé de sa liberté d’installation, puisqu’il doit être nommé par le garde des Sceaux; il est tenu d’instrumenter les actes dont il est requis et ne peut dès lors pas choisir ses clients; il est soumis à un tarif; il doit conserver l’original des actes qu’il dresse pendant 75 ans avant de les verser aux archives, etc. Toutes choses qui montrent l’existence d’un véritable service public notarial.»

<sup>131</sup> GIJSBERS, C., «Divorce sans juge: le notaire peut-il apposer la formule exécutoire?», *Deffrénois*, 14 de septiembre de 2017, núm. 18, p. 27.

<sup>132</sup> GIJSBERS, C., «Divorce sans juge: le notaire peut-il apposer...», *op. cit.* p. 3: «Une voie plus constructive nous semble dès lors possible. Elle consisterait tout simplement à renouer avec la mécanique de l’authenticité qui, pour faire éclore la force exécutoire, implique nécessairement que l’engagement des parties soit exprimé –ou réitéré– devant le notaire.»

contenido de la convención de divorcio, es decir, deberían realizar una especie de «depósito autenticante».

Ahondando en la misma idea, Boulanger<sup>133</sup> considera que los problemas que pueden surgir por no ser un documento auténtico la convención de divorcio se pueden superar si el notario recomienda a los cónyuges realizar un depósito «autenticante». Sin embargo, no es esta la fórmula que el legislador ha retenido. La pregunta que nos hacemos es: ¿por qué el legislador no impuso este tipo de depósito para evitar problemas?

### V.3.2 **Ámbito internacional**

Si de la eficacia en el ámbito interno pasamos al internacional, el panorama se complica. Como nos recuerda Bustillo Tejedor<sup>134</sup>, si la escritura de divorcio ha sido autorizada por un notario de la Unión Europea, se aplica el sistema del reconocimiento automático del Reglamento Bruselas II *bis*. Es lo que ocurrirá con las escrituras de divorcio españolas cuando hayan de surtir efectos en un tercer estado, que serán reconocidas salvo que sean manifiestamente contrarias al orden público del estado requerido o si fuese inconciliable con una resolución anterior dictada en ese u otro estado (artículo 24 del Reglamento).

No es evidente que esta sea la suerte que espera al divorcio sin juez francés. Al no producirse por escritura pública sino por «acto de abogado», no es aplicable el reconocimiento automático del Reglamento europeo y tampoco la Ley 29/2015 de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIC) ya que no se trata ni de una resolución judicial ni de una resolución adoptada en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria ni de un documento público extranjero (art. 41 de la ley 29/2015), por lo que será complicado que se lleve a cabo el procedimiento de exequátur. No se cumple la exigencia de que la «escritura de divorcio» esté asimilada a una sentencia judicial lo que, como recuerda Carrascosa González<sup>135</sup>, es esencial para que se apliquen los textos internacionales.

<sup>133</sup> BOULANGER, D., «Divorce extrajudiciaire et extraterritorialité: faut-il s'inquiéter?», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 8, 24 de febrero de 2017, p. 263, p. 14: «Nous estimons qu'il n'est pas insurmontable! Le notaire requis de proceder au dépôt va alerter les parties de cette portée limitée du dépôt de la convention de divorce. Il leur conseillera de proceder à un dépôt permettant l'acquisition de caractère authentique pour la convention de divorce».

<sup>134</sup> BUSTILLO TEJEDOR, L., y GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, J. M., «Eficacia de la escritura notarial...», *op. cit.*, p. 222.

<sup>135</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo», *Anales de la Academia*

Se trata, sin más, de un divorcio privado, en documento privado<sup>136</sup> y, como tal, de difícil o imposible reconocimiento y ejecución por estas vías y para los que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Sanhyouni*, de 20 de diciembre de 2017<sup>137</sup>, ha establecido que no procede aplicar el Reglamento 1259/2010 en relación con el Reglamento 2201/2003 ya que el legislador comunitario tuvo en mente los divorcios pronunciados «por un órgano jurisdiccional estatal o bien por una autoridad pública o bajo el control de ésta» y no a los divorcios que se basan en una declaración de voluntad [unilateral]<sup>138</sup> de carácter privado<sup>139</sup>. Y es que en esta «eficacia transnacional» dos son los problemas a los que se enfrenta el divorcio sin juez del *Code*.

Por una parte, al no tratarse de un divorcio pronunciado por autoridad pública, ya hemos visto, cómo queda fuera del ámbito de aplicación de los Reglamentos europeos. Por otra, las dificultades que derivan de la combinación de la regulación de este divorcio con las normas propias de la técnica notarial. Y es que, consecuencia de la intervención al final del proceso del notario, lo que tiene carácter auténtico es el «acto de depósito» para la protocolización y no la convención en sí misma pues, como hemos visto, el notario no la «autentifica», luego difícilmente el acuerdo de divorcio podrá circular<sup>140</sup>.

Incluso la mera inscripción en un Registro español planteará problemas ya que no encaja en el artículo 59 de la LCJIC al no

---

*Matritense del Notariado*, T.57, 2016, pp. 189-322, p. 279: «En lo que se refiere al reconocimiento y ejecución en terceros Estados de escrituras notariales españolas de divorcio, debe indicarse que las escrituras de divorcio autorizadas por notario español pueden surtir efectos en otros países con arreglo a los Tratados y convenios internacionales firmados entre España y el país en el que se hacen valer tales escrituras. Para ello es preciso que el convenio internacional en cuestión incluya la materia del «divorcio» en su ámbito de aplicación material y que considere, igualmente, que la escritura de divorcio está asimilada a una «sentencia judicial».

<sup>136</sup> HAMME, P., «Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire...», *op. cit.* p. 3: «Néanmoins, c'est sans doute une seconde approche qui risque de l'emporter, selon laquelle le divorce conventionnel français constitue un divorce privé. C'est la convention des époux qui constate le divorce: le notaire n'exerce qu'un rôle purement réceptif, en ce qu'il ne doit exercer, aux termes de l'article 229-1 du Code civil, qu'un simple contrôle formel, non de légalité. L'on serait en présence d'un acte quasi-public, en l'absence de fonction décisionnelle du notaire. Dans cette lecture, ce divorce par consentement mutuel extrajudiciaire ne relèverait pas du champ d'application matériel des différents règlements européens posant des règles de compétence directe dans les domaines visés».

<sup>137</sup> CJUE, Ire ch., 20 déc 2017, núm. C-372/16, *Sahyouni c/ Mamisch*.

<sup>138</sup> En el asunto resuelto se trataba de un divorcio por declaración unilateral ante una autoridad religiosa.

<sup>139</sup> ROTH, C., «Circulation hors l'Union des conventions de divorce: des signaux contradictoires en provenance du Maghreb», *AJ Famille*, 2018, p. 148.

<sup>140</sup> BOICHÉ, A., «Divorce 229-1: aspect de droit international privé et européen...», *op. cit.*, p. 3: «Qu'est-ce qui circule: l'acte de dépôt ou la convention?. Pire encore, à la lecture de l'article 509-3, al. 4, il est impossible de dire que l'acte est censé de circuler dans l'Union européenne».

ser una resolución judicial, pero tampoco en el artículo 60 porque no se trata de un documento público extranjero pues, como vemos, el notario no autentifica la convención de divorcio. Además, la intervención del notario ha sido desnaturalizada hasta tal punto que, aunque se llegase a considerar, que no vemos cómo, que se trata de un documento público, no se cumple lo exigido por el artículo 60 de la LCJIC para la inscripción: «siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate». ¿Será suficiente el acta de protocolización para hacer prueba del divorcio e inscribirlo en el Registro Civil español o en otro registro<sup>141</sup> si fuese necesario?

Para paliar en parte estas dificultades, el Decreto de aplicación de 28 de diciembre de 2016 ha atribuido al notario la competencia para emitir el certificado previsto en el artículo 39 del Reglamento Bruselas II *bis*, que permite su reconocimiento y su inscripción en el Registro civil de otros estados de la Unión Europea. Pero no han faltado autores que se cuestionan, incluso, sobre la pertinencia de la emisión de tal certificado por el notario<sup>142</sup>.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN SOBRE ESTE «DIVORCIO A LA FRANCESA»

Con este estudio hemos tratado de dar respuesta a alguna de las preguntas que formulábamos en las primeras páginas y a otras que han surgido al hilo de nuestra exposición: ¿podrán dos españoles, con residencia habitual en España y sin vínculo especial con Francia, divorciarse en Francia? Como hemos visto, al no

<sup>141</sup> Hay que tener en cuenta que, si en la liquidación del régimen económico matrimonial existe un bien sujeto a publicidad *foncière* (Registro de la Propiedad), la intervención del notario es necesaria ya que la liquidación deberá hacerse en forma auténtica, tal y como establece el artículo 229-3 5.º) del *Code*: «L'état liquidatif du régime matrimonial, le cas échéant en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière, ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation». Sobre esta cuestión, ver CASTILLO-WYSZOGRODZKA, S., «Aspects de droit patrimonial du divorce sans juge», *Hebdo*, édition privée núm. 699 de 18 de mayo de 2017.

<sup>142</sup> VIGANOTTI, E., «Rome III et le divorce sans juge», *Gazette du Palais*, 20 de febrero de 2018, núm. 07, page 27: «En effet, compte tenu des différents aspects de la désunion, l'on peut se poser différentes questions cruciales: quid de la transcription à l'état civil dans un autre État de l'UE? Désormais, en effet, on peut s'interroger sur le point de savoir si le dernier paragraphe de l'article 509-3 du CPC introduit par le décret de réforme (D. núm. 2016-1907, 28 déc. 2016, relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du Code civil et à diverses dispositions en matière successorale: JO, 29 déc. 2016) est encore applicable: le notaire a-t-il encore le droit de délivrer le certificat article 39 de Bruxelles II bis qui permet la transcription du divorce à l'état civil dans les autres États de l'UE ?».

exigirse ni imponerse reglas de competencia ni criterios de conexión específicos, podrán hacerlo.

Y, lo que es más increíble, podrán, incluso, si hay hijos menores ya que así lo permite el Derecho francés. La duda que surge es si se podrá reconocer y ejecutar en España este divorcio. Hemos visto las dificultades que plantea la ausencia de acto auténtico. Pero, si se llegan a superar todas las dificultades que plantea la cuestión de la autenticación y el carácter ejecutivo, aún surgirá otra ¿no es contrario al orden público<sup>143</sup> español la ejecución de un acuerdo de divorcio referido a menores en el que no existe intervención de la autoridad judicial?

Son muchas las dificultades que se presentan y, seguramente, otras nuevas surgirán que aún no se han manifestado pues como nos alertó Portalis si es posible, en una institución nueva, calcular las ventajas que nos ofrece la teoría, no lo es conocer todos los inconvenientes que sólo la práctica puede descubrir<sup>144</sup>. La práctica y la jurisprudencia nos dirán cómo se resuelven pero debemos tener presente que la respuesta que se da para el supuesto planteado se aplicará también para el caso de una pareja mixta de español y francés y para una pareja extranjera, sean o no franceses. Y es que, como reflexiona Hammje<sup>145</sup>, con una gráfica expresión, con este divorcio sin foro, quizás Francia se va a convertir en «el paraíso de los matrimonios cojos».

Si hemos tratado de buscar respuesta para algunos interrogantes quedan, sin embargo, demasiadas preguntas sin respuesta en un divorcio que empieza a dar sus primeros pasos, del que el futuro nos dirá si precisa de contornos más precisos que llevarán a una nueva reforma o, al menos, a un nuevo decreto de aplicación, para evitar que Francia se convierta, también, en el «paraíso de los divorcios cojos» sin más valor fuera de Francia que un matrimonio en Las Vegas.

<sup>143</sup> HAMMJE, P., «Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire...», *op. cit.* p. 6: «Tout d'abord, l'obtention du certificat de l'article 39 ne garantira pas aux époux que les dispositions relatives à la responsabilité parentale de leur convention bénéficieront de la force exécutoire dans l'État membre de la résidence habituelle de l'enfant, puisque celle-ci devra y être sollicitée. Or l'absence de toute intervention judiciaire en amont pourrait y faire obstacle du point de vue de l'ordre public de l'État requis».

<sup>144</sup> Portalis, J. E. M., *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801.

<sup>145</sup> HAMMJE, P., «Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire...», *op. cit.*, p. 1: «La France compte-t-elle devenir le paradis des mariages boiteux? On est en droit de se poser la question au vu des implications en droit international privé des récentes réformes relatives au droit du mariage, lesquelles tendent à attirer en France les couples pour qu'ils s'y marient ou y divorcent, sans aucun égard à l'accueil qui sera ensuite réservé à l'étranger à l'union conclue ou rompue».

## BIBLIOGRAFÍA

- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ DE, C., «Divorcio notarial y convenio regulador: examen de los conflictos que pueden surgir de su cumplimiento y propuestas de posible solución a los mismos», *Diario La Ley*, núm. 7838, 13 de abril de 2013.
- AVENA-ROBARDET, V., «La Justice dans tous ses états», *AJ Famille*, 2018, p. 3.
- BACACHE, M., Y LEROYER, A. M., «Loi núm. 2011-331 du 28 mars 2011 du modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées», *RTDC*, 2011 p. 403.
- BALLON-WIRTZ, N., «La déjudiciarisation précipitée du divorce par consentement mutuel. Libres propos», *La Semaine Juridique Édition Général*, núm. 23, 6 de junio de 2016, dos. 643.
- BARRIO DEL OLMO, C. P., «Función notarial y desarrollo práctico de la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 67 mayo-junio 2016.
- BEIGNIER, B., «Qui prononce le divorce sans juge? Qui Marie? Du droit civil au droit privé de la famille», *Droit de la famille*, núm. 4, abril 2017, repère 4.
- BLANCHARD, C., «La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 1, 6 janvier 2017, 1002.
- BOICHÉ, A., «Divorce 229-1: aspect de droit international privé et europeen. La France, nouveau Las Vegas du divorce?», *AJ Famille*, 2017, p. 57.
- BOULANGER, D., «Divorce extrajudiciaire et extraterritorialité: faut-il s'inquiéter?», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 8, 24 de febrero de 2017, p. 263.
- BRANCÓS, E., «Blockchain, función notarial y registro», *El Notario del siglo XXI*, núm. 71, enero-febrero 2017.
- BRENNER, C., «Le nouveau divorce par consentement mutuel: retour à l'an II?», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 8, 24 février 2017, p. 10.
- BURATTI, P., «Réflexion sur l'arrêté du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre du nouveau divorce par consentement mutuel», *AJ Famille*, 2017, p. 30.
- BUSTILLO TEJEDOR, L., Y GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, J. M., «Eficacia de la escritura notarial de separación/divorcio», en *Separaciones y divorcios ante notario*, Cerdeira Bravo de Manislla (dir.), Reus, 2016, pp. 201-248.
- CABELLO MATAMALA, C. J., «El divorcio en el Derecho peruano», en *El divorcio en el Derecho Iberoamericano*, Acedo Penco, A., y Pérez Gallardo, L. B., Temis 2009, pp. 525-550.
- CADIU, M., «Une passerelle à l'endroit... une passerelle à l'envers», *AJ Famille*, 2017, p. 45.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T.57, 2016, pp. 189-322.
- CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., «El divorcio ante notario», *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio 2012, núm. 43.
- CASEY, J., «Le dol ou l'illusion contractualiste dans la remise en cause de la prestation compensatoire», *AJ Famille*, 2018, p. 95.
- «Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair-obscur», *AJ Famille*, 2017, p. 14.

- CERDEIRA BRAVO DE LA MANSILLA, G., «Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en Cuba: una propuesta de futuro para España», *Revista de Derecho Privado*, núm. 95, 2011, pp. 3-56.
- «Separaciones y divorcio por mutuo acuerdo ante notario, en España: entre su oportunismo político y su exigencia constitucional», en *Separaciones y divorcios ante notario*, Cerdeira Bravo de Manisilla (dir.), Reus, 2016, pp. 47-81.
- CHAMPENOIS, G., «Le notaire doit-il lire la convention de divorce par consentement mutuel?», *Defrénois*, 15 de abril de 2017, núm. 07.
- CHÉNÉDÉ, F., «Divorce et contrat. À la croisée des réformes», *AJ Famille*, 2017, p. 26.
- COIFFARD, D., «Auhtenticité et force exécutoire. L'arbre et le fruit», *La Semaine Juridique Notariale Immobilière*, núm. 6, 9 de febrero de 2018, pp. 21-26.
- «La forcé exécutoire est indissociable des notions d'autorité et de délégation de service public», *Gazette du Palais*, 30 de enero de 2018, núm. 4.
- COUZIGOU-SUHAS, N., «Réflexions pratiques sur le divorce sans juge», *Defrénois*, 30 de enero de 2017, núm. 2.
- CULACIATI, M. M., «Razones y sinrazones que demoran la desjudicialización del divorcio en Argentina», *IUS*, núm. 36, julio-diciembre de 2015, pp. 389-417.
- DAVID, S., Y BRUNET, R., «Lo rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel», *AJ Famille*, 2017, p. 31.
- DEVERS, A., «Le divorce sans juge en droit international privé», *Droit de la Famille*, enero de 2017, dos. 5.
- EGEA, V., «Droit de la famille», *LexisNexis*, 2016.
- FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., «Ley 12/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: racionalización de competencia y procedimiento judicial», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 56, 2016, pp. 13-67.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A., «¿Novedades sobre el matrimonio o divorcio notarial?», 21 de julio de 2017, [www.notariatresguerras.es](http://www.notariatresguerras.es).
- FERRÉ-ANDRÉ, S., «Un an de divorce sans juge: vade-mecum controversé d'un processus de divorcialité contractualisé», *AJ Famille*, 2018, p. 81.
- FILOSA, D., «L'articulation du contrat collaboratif et agrégatif de divorce par consentement mutuel», *AJ Famille*, 2018 p. 85.
- FULCHIRON, H., «Divorce sans juge. À propos de la loi núm. 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI siècle», *JCPG*, 2016, p. 1267.
- «Le divorce sans juge, c'est maintenant. Et après?», *Droit de la Famille*, enero de 2017, pp. 1-4.
- GAILLEZ, L., «La reconnaissance du divorce par consentement mutuel en DIP», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 48, 1 de diciembre de 2017, pp. 26-30.
- GARCÍA PÉREZ, J. E., Y DÍAZ PITA, M. P., «Tramitación de las separaciones y divorcios ante notario, y sus posibles consecuencias procesales», en *Separaciones y divorcios ante notario*, Cerdeira Bravo de Manisilla (dir.), Reus, 2016.
- GARNIERE, L., «Divorce sans juge: un succès malgré des difficultés», *Gazette du Palais*, 6 de febrero de 2018, núm. 05, p. 8.
- GIJSBERS, C., «Divorce sans juge: le notaire peut-il apposer la formule exécutoire?», *Defrénois*, 14 de septiembre de 2017, núm. 18, p. 27.
- GODECHOT-PATRIS, S., «Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes», *Revue critique de droit international privé*, 2010, p. 271.
- GOMÁ, F., *Escritura de divorcio ante Notario de mutuo acuerdo*, [www.notarios-registradores.com](http://www.notarios-registradores.com).

- GÓMEZ GÁLIGO, J., «Naturaleza de las decisiones del notariado en su función de jurisdicción voluntaria», *El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre de 2017.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., «Blockchain: ¿el notario del futuro?», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 73, mayo-junio 2017.
- GRIMALDI, M., «L'exit du juge dans le nouveau divorce», *Défrenois*, núm. 2, 30 enero de 2017, p. 115.
- HAMMJE, P., «Le divorces par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé. Les aléas d'un divorce sans fore», *Revue Critique de droit international privé*, 2017, p. 143.
- HARO GRANDE, E., *El notario y las nuevas competencias matrimoniales tras la aprobación de la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: un paso más hacia la autonomía de la voluntad*, 5 noviembre 2016, [www.noticias.juridicas.com](http://www.noticias.juridicas.com).
- HIJAS CID, E., «El convenio regulador en la separación y divorcio notariales: naturaleza, contenido y límites», *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio 2016.
- LABBÉE, X., «Jean-Jacques Urvoas face à François Ier et au divorce par consentement mutuel en langue étrangère», *Recueil Dalloz*, 2017, p. 358.
- LARRIBAU-TERNEYRE, V., «Les conventions de rupture-État des lieux», *Droit de la Famille*, marzo de 2015, dos. 4.
- LAUVERGNAT, L., «Retour sur l'exécution de la convention de divorce par consentement mutuel», *AJ Famille*, 2018, p. 144.
- LIENHARD, C., «Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une révolution culturelle», *Recueil Dalloz*, 2017, p. 307.
- «Nouveaux enjeux et nouvelle philosophie du rôle de l'avocat dans le divorce par consentement mutuel conventionnel», *AJ Famille*, 2017, p. 40.
- LÓPEZ CANO, J., «Formularios notariales: Ley de Jurisdicción Voluntaria, subastas notariales y concordancia entre el Catastro y el Registro», *La Ley*, 2015.
- LORA-TAMAYO, I., Y PÉREZ RAMOS, C., «Prólogo», en la obra *Separaciones y divorcios ante notario*, Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.), Reus 2016.
- MALLEVAEY, B., «L'intérêt de l'enfant et la réforme du divorce par consentement mutuel», *Petites Affiches*, 29 de junio de 2017, núm. 129, p. 6.
- MAUGER-VILPEAU, L., «Le divorce par consentement mutuel sans juge et l'enfant», *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes*, núm. 11.
- MEKKI, M., «Divorce hors le juge: le notaire doit-il devenir un greffier?», *La Semaine Juridique Notarial et Immobilière*, núm. 19, 13 de mayo de 2016, Dos. p. 610.
- «Les mystères de la blockchain», *Recueil Dalloz*, 2017 p. 2160.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J., «La implantación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario en España», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, julio-agosto 2012, pp. 137-166.
- MULON, E., «L'acte d'avocats», *Droit de la Famille*, enero de 2017, dos. p. 11.
- NOURISSAT, C., «Le divorce conventionnel à l'épreuve de l'ordre juridique de l'Union», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 20, 19 de mayo de 2017, act. 548.
- NOURISSAT, C., BOICHÉ, A., ESKENAZI, D., MEIER-BOURDEAU, A., THUAN DIT DIEUDONNÉ, G., «Divorce par consentement mutuel: plainte contre la France!», *AJ Famille*, 2017, p. 266.
- NÚÑEZ IGLESIAS, A., «Apuntes sobre el divorcio ante notario y su naturaleza», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 4, 2015, pp. 153-171.

- PÉREZ GALLARDO, L. B., «Divorcio por mutuo consentimiento ante notario en el nuevo Código de Familia de Nicaragua: la fábula de la zorra y el cangrejo de mar», *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXXI, 2014, pp. 429-457, La Habana.
- «Separación y divorcio notarial a la española: una visión desde el Derecho comparado», en *Separación y divorcio ante notario*, Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (Dir.), Reus 2016, pp. 19-46.
- «Un "fantasma" recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial», *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXVII, 2009, pp. 329-371, La Habana.
- PÉREZ HEREZA, J., *Divorcio notarial: problemas prácticos*, www.elnotario.es.
- PICARD, J., «L'interdépendance des contrats dans le divorce sans juge», *Petites Affiches*, 6 de marzo de 2017, núm. 046, p. 6.
- «Quel avenir pour le notaire français?», *Petites Affiches*, 1 de septiembre de 2017, núm. 174-175.
- PIGNARRE, L. F., «Délai de réflexion et divorce sans juge: du bon usage de la condition», *Recueil Dalloz*, 2018, p. 32.
- POURE, V., «La convention de divorce par consentement mutuel: un contrat à part, mais un contrat tout de même», *Droit de la Famille*, núm. 3, marzo de 2018, dos. p. 5.
- ROTH, C., «Circulation hors l'Union des conventions de divorce: des signaux contradictoires en provenance du Maghreb», *AJ Famille*, 2018, p. 148.
- THOURET, S., «Le nouveau divorce par consentement mutuel ou le divorce sans juge», *AJ Famille*, 2016, p. 568.
- TORRICELLI-CHRIFI, S., «Divorce contractuel: le notaire doit-il fermer les yeux?», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 16, 21 avril 2017, p. 1159.
- VELA FERNÁNDEZ, C., Y BUSTILLO TEJEDOR, L., «Contenido y límites de la escritura notarial de separación/divorcio», en *Separaciones y divorcios ante notario... op. cit.* pp. 149-200.
- VIGANOTTI, E., «Rome III et le divorce sans juge», *Gazette du Palais*, 20 de febrero de 2018, núm. 07.
- VIX, O., «L'Assemblée de liaison s'interroge sur l'intelligence artificielle: dangers ou opportunités pour le notariat?», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 4, 26 de enero de 2018, pp. 5-6.
- ZOLYNSKI, C., «Blockchain et smart contracts: premiers regards sur une technologie disruptive», *Revue de Droit bancaire et financier*, núm. 1, Janvier 2017, dossier 4.

# La recuperación de la regla venta quita renta en los arrendamientos de vivienda<sup>1</sup>

**LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA**

Profesor Contratado Doctor de Derecho civil  
Universidad de Navarra

## RESUMEN

*La regla venta quita renta expresa una posible solución al conflicto trilateral que surge cuando, durante la vigencia de un arrendamiento, el propietario-arrendador lleva a cabo un acto de disposición del bien arrendado a favor de un tercero. Conforme a ella, el adquirente puede no estar obligado a respetar el arrendamiento celebrado por el transmitente. Una de las principales modificaciones incluidas en la Ley de Arrendamientos Urbanos por la Ley 4/2013, de 4 de junio es, precisamente, la relativa a la enajenación de la vivienda arrendada a un tercero. De este modo, para los contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma, la oponibilidad del arrendamiento frente a terceros se vincula a su constancia registral. El presente trabajo examina el fundamento jurídico de la regla venta quita renta, su nacimiento, su crisis y su recuperación en los arrendamientos de vivienda a través de la relación entre los artículos 7.2 y 14 LAU con el artículo 1571 CC. En concreto, se propone una reinterpretación del artículo 14.2 LAU que exige una nueva delimitación de su ámbito de aplicación y la revisión de los requisitos que se le exigen al adquirente para que pueda dar por concluido el arrendamiento no inscrito.*

## PALABRAS CLAVE

*Arrendamiento, tercero, oponibilidad, inscripción, resolución, relatividad de los contratos.*

---

<sup>1</sup> Quisiera agradecer al profesor Javier Fajardo Fernández su disponibilidad para leer una versión previa de este trabajo y sus comentarios, observaciones y sugerencias para mejorarlo. En cualquier caso, los defectos y deficiencias de los que pudiera adolecer el texto son exclusivamente responsabilidad mía. Este trabajo se enmarca en el proyecto «Derecho y vivienda» del Plan de Investigación de la Universidad de Navarra.

## Recovery of the rule sale breaks hire in housing leases

### ABSTRACT

*The rule sale breaks hire shows a possible legal resolution to the trilateral conflict that arises when, during a lease, the owner-lessor carries out an act of disposition of the leased property in favour of a third party. According to this rule, the transfer of the leased property to a third party may result in the termination of the contract if the lease concluded by the transferor does not bind the purchaser. Precisely, one of the main amendments included in the Urban Lease Act by Act 4/2013, of June 4<sup>th</sup>, is related to the transfer of the leased property to a third party. Specifically, for the contracts concluded after the entry into force of the reform the enforceability of the lease against third parties is related to its registration. This paper examines the legal basis of the rule sale breaks hire, its origins, its crisis and its recovery in housing leases through the relationship between articles 7.2 and 14 LAU and article 1571 CC. In particular, it is proposed a reinterpretation of article 14.2 LAU, a new delimitation of its scope and a review of the requirements that the purchaser must meet to terminate the unregistered lease.*

### KEYWORDS

*Lease, third party, enforceability, registration, termination of contract, contractual relativity.*

**SUMARIO:** I. *Planteamiento.*—II. *Nacimiento y crisis de la regla venta quita renta.* 1. Introducción. 2. Génesis romana y su recepción medieval. 3. Derecho civil codificado y Leyes especiales. 3.1. La Ley Hipotecaria. 3.2. El Código civil. 3.3. La legislación especial arrendaticia.—III. *La enajenación de vivienda arrendada tras la Ley 4/2013.* 1. El nuevo paradigma del arrendamiento de vivienda. 2. Contenido normativo de la reforma. 2.1. Introducción. 2.2. Exégesis coordinada de los artículos 7.2 y 14 LAU-2013.—IV. *Análisis crítico de la reforma en el marco de la seguridad jurídica.* 1. Introducción. 2. El equívoco artículo 14.1 LAU-2013. 3. Los requisitos de aplicación de la regla venta quita renta: reinterpretación del artículo 1571 CC. 3.1. La buena fe del adquirente. 3.2. La necesaria inscripción del adquirente. 3.3. La onerosidad de la adquisición.—V. *Conclusión.*—Bibliografía.

### I. PLANTEAMIENTO

El ordenamiento está llamado a resolver los posibles conflictos jurídicos que puedan surgir. Especial interés generan aquellos que

se pueden denominar trilaterales porque dos partes pugnan por el reconocimiento de derechos subjetivos recíprocamente incompatibles fruto de una conducta irregular de un tercero. Así ocurre, por ejemplo, en los casos de doble venta, de venta de cosa ajena o los pagos realizados al acreedor aparente. También habría que incluir en este grupo las situaciones en las que el propietario de un inmueble arrendado lo enajena a un tercero que ignora la existencia del arrendamiento. En estos casos, corresponde al legislador decidir qué derecho —el arrendamiento o el dominio— debe ser protegido y en qué relación jurídica el arrendador-transmitente incurre en incumplimiento.

La presente constituye una materia caracterizada por los cambios de criterio en función de los intereses que, en diversos momentos, han influido en la creación normativa del Derecho en la que la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas constituye el último eslabón. En relación a este trabajo, la principal novedad que presenta la reforma de 2013 se compendia en uno de los puntos de su preámbulo:

«Asimismo, es preciso normalizar el régimen jurídico del arrendamiento de viviendas para que la protección de los derechos, tanto del arrendador como del arrendatario, no se consiga a costa de la seguridad del tráfico jurídico, como sucede en la actualidad».

Con este objetivo, varios preceptos proponen tácitamente la necesidad de inscribir el arrendamiento en el Registro de la Propiedad, pues sólo así el arrendatario estará plenamente seguro del mantenimiento de su derecho en caso de enajenación de la vivienda a un tercero. Aunque la inscribibilidad del arrendamiento no es una novedad, la Ley 4/2013 aspira a ser un punto de inflexión en la praxis arrendaticia que, con carácter general, se desenvuelve al margen de los libros tabulares.

El presente trabajo examina la recuperación de la regla venta quita renta y los requisitos necesarios para su aplicación. Tras este apartado introductorio se aludirá a la evolución histórica de los cauces de protección jurídica del arrendatario y la relevancia de la regla venta quita renta (II). Con posterioridad se examinarán las consecuencias de la enajenación de una vivienda arrendada tras la Ley 4/2013 y el nuevo paradigma diseñado por la reforma (III). Por último, se llevará a cabo un análisis crítico de su contenido (IV) y se presentarán una serie de conclusiones (V).

## II. NACIMIENTO Y CRISIS DE LA REGLA VENTA QUITA RENTA

### 1. INTRODUCCIÓN

La regla venta quita renta expresa gráficamente una posible solución al conflicto trilateral que surge cuando, durante la vigencia de un arrendamiento, el propietario-arrendador lleva a cabo un acto de disposición del bien arrendado a favor de un tercero. Conforme a ella, el adquirente no estará obligado a respetar el arrendamiento celebrado por el transmitente.

En el presente apartado se pretende, sin ánimo de exhaustividad, mostrar los principales hitos de la evolución histórica de esta regla jurídica desde su génesis romana. Esta breve exposición resultará suficiente para evidenciar el diverso tratamiento que ha merecido la regla venta quita renta que ha pasado de ser una consecuencia pacíficamente admitida en el Derecho romano, aunque de aplicación en ciertos casos excepcionada, a ser rechazada por la legislación especial arrendaticia.

### 2. GÉNESIS ROMANA Y SU RECEPCIÓN MEDIEVAL

El origen histórico de la regla venta quita renta se encuentra en el Derecho romano. Su formulación latina *–emptio tollit locatum–* se debe a textos de Gaio, Ulpiano y a una Constitución imperial de Alejandro Severo que más tarde fueron recopilados por Justiniano en el *Corpus Iuris Civilis*<sup>2</sup>.

La regla *emptio tollit locatum* es coherente con la configuración del arrendamiento (*locatio-conductio*) como fuente de obligaciones tuteladas por acciones personales que, como tales, carecen de eficacia frente a quienes no sean el deudor y, por otro lado, con el carácter absoluto del dominio.

En época clásica, la *locatio-conductio rei* constituía un acto de administración que no producía la desmembración del dominio, en el que el arrendador (*locator*) conservaba la facultad de disposición y el arrendatario (*conductor*) era un mero detentador (*possessor naturalis*) que requería la subsistencia del derecho del arrendador. Por consiguiente, su pérdida por enajenación a título singular podía implicar la extinción del arrendamiento a instancia del nuevo pro-

---

<sup>2</sup> Los textos de GAIO y ULPIANO aparecen en Digesto 19.2.25 y 19.1.13.30, respectivamente. Por su parte, la Constitución de Alejandro Severo se incluyó en el Código de Justiniano 4.65.9.

pietario y, en tal caso, el incumplimiento contractual del arrendador respecto del arrendatario<sup>3</sup>.

Con base en lo anterior cabe destacar que la enajenación no extinguía *ipso iure* el contrato de *locatio-conductio* porque sus efectos de despliegan en un plano distinto a los de la *emptio-venditio*. Sin embargo, la superioridad del derecho del *emptor* podía ocasionar la resolución de la *locatio-conductio* si el *locator* incumplía su obligación de garantizar la *possessio naturalis* al *conductor*. Por tanto, no es la mera transmisión del objeto lo que determina la extinción del arrendamiento sino la incompatibilidad y superioridad del *dominium* respecto de la *possessio naturalis*<sup>4</sup>. Si el *conductor* llegaba a perder la *possessio naturalis* por la reivindicación del adquirente podría exigir al *locator* la indemnización *id quod interest* correspondiente a través de la *actio ex conducto*, ya que como titular de un *ius personalem* no podía dirigirse frente al *emptor*.

El nacimiento de la regla también se justifica por el marcado carácter bilateral de los contratos que excluye la extensión de sus efectos a terceros. Por otro lado, la regla *emptio tollit locatum* concuerda con la facultad del propietario de expulsar al *conductor* sin necesidad de respetar el plazo pactado<sup>5</sup>. Es patente, por tanto, la endeble posición jurídica de *conductor* no sólo frente a terceros sino también frente al *locator*.

El contexto socio-económico en el que surge la regla *emptio tollit locatum* dista mucho de la realidad actual del arrendamiento. Así lo apunta López Pedreira según la cual la *locatio-conductio rei* se vinculaba con contratos sobre esclavos o animales, de modo que cuando se extendió a inmuebles se replanteó la conveniencia de la

<sup>3</sup> Cfr. POVEDA BERNAL, M. I.: *La inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1997, p. 33; D'ORS, Á.: *Derecho privado romano*, 10.<sup>a</sup> ed., Eunsa, Pamplona, 2006, p. 593 y ZIMMERMAN, R.: *The Law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 379. LÓPEZ PEDREIRA, A. (*Emptio tollit locatum: la venta de cosa arrendada en el Derecho romano*, Edisofer, Madrid, 1996, p. 104) concluye que el arrendatario «ante el incumplimiento del contrato por parte del *locator* que se había obligado a procurarle el disfrute del bien por un tiempo señalado, podrá reclamar contra éste por medio de una *actio bonae fidei*, la *actio conducti*, exigiéndole el *id quod interest*, el resarcimiento de los daños y perjuicios que ello le ocasione».

<sup>4</sup> Mientras tanto, el *conductor* seguía obligado a abonar la renta (*merces*) al *locator* toda vez que no había subrogación o novación subjetiva entre el *locator* y el *emptor* que, por tanto, no sería acreedor de la *merces*, pero estaba facultado para solicitar ser puesto en posesión de la cosa. No obstante, LÓPEZ PEDREIRA, A. (*Emptio tollit locatum: la venta de cosa arrendada en el Derecho romano*, p. 123) apunta que la inclusión del pacto *perfrui sive habitare licere* obligaba al adquirente «a respetar la relación arrendaticia (...) siendo él quien a partir de ese momento percibirá las pensiones inicialmente pactadas». Esto implica una suerte de subrogación para lo que cita los textos de Próculo y Labeón en Digesto 18.1.68 y 19.2.58 que sí se reconoce en época postclásica pero, en principio, no en la clásica.

<sup>5</sup> Aunque en estos casos se le podía exigir al *locator* la compensación económica, el *conductor* no podría defender su posesión o regresar al inmueble. Cfr. LÓPEZ PEDREIRA, A.: *Emptio tollit locatum: la venta de cosa arrendada en el Derecho romano*, pp. 70 y 136.

regla *emptio tollit locatum* y surgieron algunas excepciones que pretendían atenuar su eficacia<sup>6</sup>. Por tanto, se podría esbozar que el carácter fungible del objeto del contrato y su aprovechamiento excluyente pudieron desempeñar cierto papel en el nacimiento de la regla *emptio tollit locatum* y que la generalización y extensión del contrato a otros ámbitos ocasionó el replanteamiento de su justicia material.

La principal vía para mitigar los efectos extintivos del arrendamiento fue el pacto *perfrui sive habitare licere* suscrito entre el *locator* y el *emptor* como una cláusula de su contrato en la que se acordaba el mantenimiento del *conductor*. Sin embargo, a pesar de dicho acuerdo la posibilidad de expulsar al *conductor* subsistía por la superioridad conceptual del *ius in rem* respecto del *ius in personam*. En caso de incumplimiento del pacto, el *emptor* obtenía el uso y el disfrute inmediato del objeto del contrato y el *conductor* podía dirigirse frente al *locator* que, a su vez, podía exigirle responsabilidad al *emptor* a través de la *actio venditi*<sup>7</sup>.

Otro intento de evitar la aplicación de la regla *emptio tollit locatum* fue reconocer un *ius in rem* a favor del arrendatario. En época postclásica, la vulgarización del Derecho y las necesidades agrarias condujeron a generalizar ciertas figuras que por ofrecer una mayor estabilidad y protección al detentador pasaron a considerarse *iura in rem*<sup>8</sup>. De esta manera, en caso de colisión con un nuevo propietario, estas figuras gozaban de preferencia conforme a la regla *prior in tempore, potior in iure*.

Se observa, en definitiva, que el nacimiento de la regla *emptio tollit locatum* no es una conclusión directamente querida por la jurisprudencia romana sino una consecuencia de una serie de presupuestos esenciales de su Derecho de obligaciones. Por otro lado,

<sup>6</sup> Cfr. LÓPEZ PEDREIRA, A.: *Emptio tollit locatum: la venta de cosa arrendada en el Derecho romano*, p. 105. Esta autora señala que fue tardía la utilización del contrato de *locatio-conductio* para el arrendamiento de tierras. Para fincas urbanas, el contrato se empleó por las clases altas ante la necesidad de alojamiento de quienes llegaban a Roma por razones comerciales sin posibilidad de asumir la inversión de adquirir una vivienda.

<sup>7</sup> La relajación formal para la transmisión de acciones en época postclásica permitió reconocer al *conductor* la facultad de dirigirse directamente contra el *emptor* que incumplía el pacto a través de la subrogación o acciones útiles. Cfr. LÓPEZ PEDREIRA, A.: *Emptio tollit locatum: la venta de cosa arrendada en el Derecho romano*, pp. 123 y 129. Este pacto era implícito en las adquisiciones de inmuebles arrendados por el fisco con base en Digesto 49.14.15. Con ello se pretendía evitar que, en estos casos, el *conductor* pudiera tener acción contra el *locator*.

<sup>8</sup> Así ocurre con los arrendamientos perpetuos y a largo plazo, la *conductio ager vectigalis* y el *ius emphyteuticum*. Cfr., entre otros, PAVEDA BERNAL, M. I.: *La inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad*, pp. 35-38; BENAVENTE MOREDA, P.: *La venta de la cosa arrendada*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, p. 39 y D'ORS, Á.: *Derecho privado romano*, p. 595. Estas figuras que desnaturalizan el significado clásico de la *locatio-conductio* terminaron por desgajarse del concepto original y gozar de plena autonomía jurídica y normativa.

el contrato de *locatio-conductio* surgió vinculado a objetos fungibles y cuando se extendió a inmuebles se buscaron las vías oportunas para evitar la expulsión del *conductor*.

La Compilación de Justiniano supuso el punto de partida para el análisis medieval de la enajenación de inmuebles arrendados en nuestro Derecho histórico<sup>9</sup>. Por ello se aceptó la regla *emptio tollit locatum* y, al mismo tiempo, se admitieron ciertas excepciones a través de vías análogas a las planteadas en la época postclásica del Derecho romano. De este modo, en las Partidas se reconoció el carácter obligacional del arrendamiento y se admitió la subsistencia de ciertos arrendamientos tras la enajenación. Así ocurría cuando arrendador y adquirente hubieran acordado el mantenimiento del arrendamiento o fueran arrendamientos pactados de por vida<sup>10</sup>.

Por otro lado, resulta interesante destacar la posición defendida por Bartolo de Saxoferrato para quien en los arrendamientos celebrados por más de 10 años se cedía el *dominium utile* y se atribuía al arrendatario un derecho real oponible frente a terceros. Tampoco procedía la expulsión del arrendatario cuando su posición estuviera garantizada a través de una hipoteca sobre el inmueble<sup>11</sup>.

La distinción entre arrendamientos reales y personales en función de su duración y el empleo de la hipoteca anexa al arrendamiento son construcciones artificiales y técnicamente insatisfactorias. Sin embargo, resultan complementarias y obedecen a la voluntad de limitar la eficacia de la regla *emptio tollit locatum* como consecuencia inmediata del carácter personal del arrendamiento.

<sup>9</sup> BENAVENTE MOREDA (*La venta de la cosa arrendada*, pp. 40-41) recoge varios textos normativos medievales con preceptos relativos a la venta de cosa arrendada en los que se evidencia la asimilación de las pautas marcadas por el Derecho romano.

<sup>10</sup> Partida V, título VIII, ley 19: «Auiendo arrendado algund ome, o algoado a otro, casa, o heredando, a tiempo cierto, si el señor della vendiere ante que el plazo sea cumplido, aquel que la del comprar, bien puede echar della al que la tiene alogada; (...) Pero dos casos son, en que el arrendador de la cosa arrendada, non podría ser echado della maguer se vendiesse. El primero es si fizo pleyto con el vendedor quando gela vendió que non le pudiesse echar della al que la touiesse logada, fasta que el tiempo fuesse cumplido, á que la logo. El segundo es, quando el vendedor lo ouiesse logada, para en toda su vida, de aquel a quien la logara, o para siempre, también del, como de sus herederos (...)». En torno a su interpretación, cfr. ESCRICHE, J.: «Arrendamiento», *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Nueva edición reformada y considerablemente aumentada*, tomo I, Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, 1874, pp. 716-717.

<sup>11</sup> BARTOLO DE SAXOFERRATO: *Commentaria in secundam Digesti Veteris partem*, Venetiis, 1590, tom. VI, fo. 125. Citado por SCHRAGE, E. J. H.: «Sale breaks hire – Or does it? Medieval foundations of the Roman-Dutch concept», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Revue d'Histoire du Droit/The Legal History Review*, vol. LVI, núm. 2, 1986, p. 292.

La posición de BARTOLO en torno a la utilidad de la hipoteca vinculada al arrendamiento fue rápidamente acogida en nuestro Derecho por Gregorio LÓPEZ (*Las Siete partidas. Quinta partida*, Imprenta de Andrea de Portonariis, Salamanca, 1555, p. 44. Edición facsímil editada por «Boletín Oficial del Estado», Madrid, 1974. La obra original también se puede consultar en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, tomo III, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1848, p. 656) y, posteriormente, por ESCRICHE, J. («Arrendamiento», p. 717).

miento<sup>12</sup>. De esta manera, si el contrato fuera superior a 10 años el arrendatario estaría protegido porque su derecho se consideraba real. En cambio, si el plazo pactado fuera menor de 10 años el derecho personal se podía vincular con una *hypotheca* que garantizaba la obligación de mantener al arrendatario en su pacífica posesión, de modo que en caso de enajenación el arrendatario podía aducir que ostentaba un derecho real preferente al del adquirente<sup>13</sup>.

Además de lo anterior, los comentaristas y glosadores rechazaron la facultad de expulsar al arrendatario en las adquisiciones derivadas de procesos de ejecución en los que se mitigaba el efecto traslativo y cuando el arrendamiento hubiera sido otorgado por el fisco o la Iglesia. Ello evidencia la existencia de otros intereses y elementos de valoración a fin de evitar que el arrendatario despojado pudiera exigir la indemnización a ciertos arrendadores especialmente protegidos<sup>14</sup>.

Del análisis precedente se deduce que el arrendamiento origina únicamente derechos de tipo personal y, precisamente por ello, para los casos de enajenación surge la máxima *emptio tollit locatum*. Por otro lado, se atisba cierta tendencia a excluir la regla a través del acuerdo entre el arrendador y el adquirente y de ciertas construcciones jurídicas que vinculan el arrendamiento con un derecho real de garantía o atribuyen tácitamente carácter real al derecho del arrendatario.

### 3. DERECHO CIVIL CODIFICADO Y LEYES ESPECIALES

#### 3.1 La Ley Hipotecaria

Dadas las dificultades para completar la codificación civil se impulsó la aprobación de aquellas normas que contaban con mayor consenso social y político, como fue el caso de la Ley Hipotecaria

<sup>12</sup> Cfr. SCHRAGE, E. J. H.: «Sale breaks hire – Or does it? Medieval foundations of the Roman-Dutch concept», p. 292 y DU PLESSIS, P. J.: «Historical evolution of the maxim "sale breaks hire"», en C. van der Merwe/A. L. Verbeke (eds.), *Time-limited interests in land*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 25.

<sup>13</sup> Lo planteado por BARTOLO sobre la hipoteca puede encontrar su origen en la propuesta romana según la cual el arrendamiento se podría asegurar con una prenda para hacer nula la enajenación del *dominus*. Para LÓPEZ PEDREIRA, A. (*Emptio tollit locatum: la venta de cosa arrendada en el Derecho romano*, p. 116) no es sostenible la inclusión de una prohibición de disponer por parte del *locator* «a menos que se realice como un pacto añadido y consentido por ambas partes, y garantizado con un derecho de prenda, puesto que si el *locator*, no obstante el pacto enajenase la cosa, el contrato sería nulo y no podría producir el efecto traslativo de la propiedad».

<sup>14</sup> Cfr. SCHRAGE, E. J. H.: «Sale breaks hire – Or does it? Medieval foundations of the Roman-Dutch concept», pp. 290-291 y BENAVENTE MOREDA, P.: *La venta de la cosa arrendada*, pp. 45-46.

sancionada el 8 de febrero de 1861. Uno de los aspectos más relevantes que introdujo en su artículo 23 fue la inoponibilidad de los derechos no inscritos en el Registro de la Propiedad que, por ese motivo, no podían perjudicar a tercero<sup>15</sup>. A través de la inoponibilidad el legislador pretendía, por un lado, mitigar el reconocimiento de cargas y gravámenes ocultos y, por otro, dotar de mayor seguridad al incipiente mercado inmobiliario e hipotecario. En coherencia con lo anterior, los artículos 2.5.º y 2.6.º LH-1861 admitieron la inscripción registral del arrendamiento siempre que tuviera una duración superior a seis años o se hubieran adelantado las rentas correspondientes a, al menos, tres años<sup>16</sup>.

La exposición de motivos de la Ley Hipotecaria llevó a cabo una importante declaración al reconocer que «las circunstancias particulares que concurren en estos arrendamientos (...) exigen que acerca de este punto se modifique el derecho antiguo (...). La comisión no debe ocultarlo: en ellos ha establecido implícitamente un verdadero derecho real». La naturaleza presuntamente real de esos arrendamientos es confirmada por Gómez de la Serna que considera que producen la «desmembración de la propiedad». Y concluye que «la comisión ha dicho con sobrada razón que por la inscripción se ha convertido en estos casos el derecho personal implícitamente en derecho real»<sup>17</sup>.

Lo decisivo de la Ley Hipotecaria de 1861 y la regulación sustantiva previa al Código civil es su giro conceptual en torno a la

---

<sup>15</sup> Con anterioridad, la Ley de 9 de abril de 1842, sobre arrendamientos de casas y demás edificios urbanos no se opuso a lo apuntado en las Partidas sobre la aplicación de la regla venta quita renta. En relación a esta norma QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (*Comentarios al Código civil*, tomo XXIV-1, 2.ª ed., Reus, Madrid, 1952, p. 645) criticó que el legislador mantuviera «un criterio dualista no muy justificado» porque la Ley de 8 de junio de 1813 proponía para los arrendamientos rústicos su mantenimiento durante el plazo pactado. Sin embargo, la SAP de Madrid, de 30 de enero de 2001 (JUR 158387) se refiere a que para la STS de 8 de julio de 1885 (JC 307) «lo dispuesto en las Partidas regía tanto para las fincas urbanas como para las rústicas». Posiblemente ello obedece a la exclusión tácita de los principios que inspiran la Ley de 1813 por parte de la Ley Hipotecaria de 1861.

<sup>16</sup> Las limitaciones objetivas impuestas por la Ley de 1861 a la inscripción de los arrendamientos fueron criticadas por PANTOJA, J. M. y LLORET, A. M. (*Ley Hipotecaria comentada y explicada*, tomo I, Librería de Leocadio López, Madrid, 1861, pp. 191-192) porque dejaban desprotegidos a los arrendatarios que no podían inscribir por no cumplir los requisitos legalmente exigidos. La reforma hipotecaria de 1869 amplió los arrendamientos inscribibles al admitir la inscripción siempre que «hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban».

<sup>17</sup> Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *Ley hipotecaria: comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, Imprenta Revista Legislación, Madrid, 1862, p. 302. En el mismo sentido, MANRESA Y NAVARRO, J. M.ª: «Artículos 1571 y 1572», *Comentarios al Código civil*, tomo X, 3.ª ed., Reus, Madrid, 1919, p. 656. Tras la aprobación del Código civil, la STS de 25 de enero de 1913 (JC 37) sostuvo la naturaleza real del arrendamiento inscrito: «no sólo se trata de un derecho real que por virtud de inscripción surte efectos contra tercero, (...), sino que además le impide [al adquirente] utilizar el que otorga el artículo 1571 del Código».

regla venta quita renta: ya no es el carácter personal o real el que permite al adquirente dar por concluido el contrato o el que, por el contrario, ordena su continuación, sino que esas consecuencias se asocian a la inscripción o no del arrendamiento en el Registro de la Propiedad. Es decir, de la dicotomía entre arrendamientos reales y personales se pasa a la distinción entre inscritos y no inscritos. Por ello, los arrendamientos no inscritos resultaban inoponibles a un adquirente singular.

Como se ha apuntado, la inscripción de los arrendamientos obedece a la aspiración de armonizar el tráfico inmobiliario y la estabilidad del arrendamiento en caso de enajenación. A través de la inscripción se permitió que ciertos arrendamientos pudieran gozar de efectos *erga omnes* pero no por ser o convertirse en un derecho real sino con base en los principios tabulares de prioridad y oponibilidad<sup>18</sup>. En definitiva, la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 incurrió en una confusión de planos, ya que para dotar de protección al arrendamiento acudió a la figura del derecho real cuando bien podía haber recurrido a la oponibilidad de lo inscrito<sup>19</sup>.

Aunque la Ley Hipotecaria de 1861 era proclive a la aplicación de la regla venta quita renta con base en la inoponibilidad de lo no inscrito, no se puede decir que la extinción del arrendamiento extratabular fuera un efecto directo y automático de la transmisión. La legislación hipotecaria carecía, en este punto, de eficacia sustantiva pues se debía compaginar con la normativa entonces vigente. Si conforme a la Partida V, título VIII, ley 19 «*si el señor della vendiere ante que el plazo sea cumplido, aquel que la del comprare, bien puede echar della al que la tiene alogada*» hay que entender que la enajenación no actuaba como causa de extinción automática del arrendamiento<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> GORDILLO CAÑAS, A. («El principio de inoponibilidad: El dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral», *ADC*, vol. LVII, núm. 2, 2004, pp. 502) apunta, en relación con la inscripción de arrendamiento y del derecho de retorno arrendaticio, que «se recurre a un mismo instrumento para lograr un mismo resultado: la admisión al Registro de la Propiedad de un derecho de naturaleza no real para permitirles traspasar el ámbito *inter partes* de su natural desenvolvimiento y revestirlos de oponibilidad *erga omnes*».

<sup>19</sup> En el mismo sentido, POVEDA BERNAL, M. I. (*La inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad*, pp. 97-107) para quien «la Ley Hipotecaria no pretendió transformar la naturaleza del derecho del arrendatario, cambiándolo bruscamente con la inscripción de derecho personal en real (...) nunca se propuso dar carácter real al establecer la registración, sino tan sólo resolver por medio de ésta el problema de la subsistencia del derecho del arrendatario frente a cualquier propietario de la finca arrendada». También, DE PABLO CONTRERAS, P.: *Curso de Derecho civil*, tomo II, vol. II, 4.ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, p. 162. Sin embargo, Díez PICAZO, L. (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. IV, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 273) mantiene que «el derecho arrendaticio es un derecho personal o de crédito que solo adquiere la consideración de derecho real o eficacia *erga omnes* cuando se inscribe en el Registro de la Propiedad».

<sup>20</sup> Cfr. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo IV, 2.ª ed., Librería Sánchez, Madrid, 1871, p. 442.

### 3.2 El Código civil

El Código civil regula el contrato de arrendamiento en los artículos 1542 a 1603 CC<sup>21</sup>. La naturaleza personal del arrendamiento –admitida ahora de modo, prácticamente, unánime– concuerda con el artículo 1571 CC que acoge la regla venta quita renta al señalar que «el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria»<sup>22</sup>. El citado precepto está estrechamente vinculado con el artículo 1549 CC según el cual «con relación a terceros, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad». Ambos preceptos concuerdan, a su vez, con el artículo 1257 CC que expresa que «los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos».

Ahora bien, no es que la naturaleza personal del arrendamiento sea consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1571 CC sino, más bien, al revés; dado que el arrendamiento genera derechos cuya eficacia es únicamente *inter partes* la enajenación del bien arrendado debe suponer, como regla general, la extinción de la relación arrendaticia. Sin embargo, la regla venta quita renta tampoco es de aplicación directa o automática sino una facultad del adquirente, ya que «es requisito indispensable que el comprador manifieste su voluntad de no acatar el contrato concertado por su causante en el dominio» (STS de 28 de febrero de 1913 [JC 82])<sup>23</sup>.

Conforme al artículo 1571 CC, la extinción del arrendamiento es una facultad resolutoria que el adquirente puede ejercitar judicial o extrajudicialmente<sup>24</sup>. De ello se deduce que, en primer término, hay un asomo de subrogación tras la enajenación por-

<sup>21</sup> Es precisó rechazar la teoría unitaria del arrendamiento, heredera del Derecho romano, que aún en la figura del arrendamiento el de cosas, obras y servicios. Cfr., por todos, Díez PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. IV, p. 258.

<sup>22</sup> El artículo 1571 CC –como señala OCAÑA GÁMIZ, J. (*La eficacia frente a terceros de los derechos reales y los derechos de crédito*, Comares, Granada, 2016, p. 319)– se extiende por analogía «a todos los supuestos de adquisición por parte de un tercero de un bien en relación con el cual existe un derecho obligacional».

Para arrendamientos rústicos, el párrafo segundo del precepto admite la subsistencia del arrendamiento hasta la finalización del año agrícola a fin de que el arrendatario pueda recoger la cosecha. Conforme al artículo 1572 CC el comprador con pacto de retraer no podrá desahuciar al arrendatario hasta que haya concluido el plazo del retracto.

<sup>23</sup> Cfr., también, SSTS de 22 de diciembre de 1915 (JC 155) y 24 de septiembre de 1983 (RJ 4676). La STS de 28 de julio de 1993 (RJ 6393) reconoce la subrogación mientras el comprador no ejercite su derecho a terminar el arrendamiento. Para la STS de 29 de septiembre de 1997 (RJ 6665) «el efecto extintivo de la relación arrendaticia no se produce por el solo otorgamiento del contrato de compraventa».

<sup>24</sup> El ejercicio de la facultad resolutoria que recoge el artículo 1571 CC no estaba condicionado a la previa inscripción registral del adquirente. Así lo reconocieron las SSTS de 22 de diciembre de 1915 (JC 155) y, en *obiter dictum*, de 4 de julio de 1921 (JC 7).

que, salvo que el adquirente manifieste lo contrario, se presume la subsistencia del arrendamiento y, en un segundo plano, que el artículo 1571 CC complementa al 1569 CC y recoge una nueva causa de desahucio<sup>25</sup>. Esta demanda de desahucio no se debe incluir entre los asuntos que, conforme al artículo 250.1.1.º LEC, se deciden a través de un juicio verbal, ya que no se reclaman rentas impagadas y aunque persigue privar de la posesión al arrendatario su fundamento no es, como se desprende de ese precepto, el impago de rentas. Por el contrario, resulta razonable incluir el ejercicio de la regla venta quita renta entre los procesos ordinarios dada la referencia genérica a los arrendamientos del artículo 249.1.6.º LEC<sup>26</sup>.

Si el arrendatario es finalmente desahuciado, el artículo 1571 CC le reconoce el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que se le causen fruto del incumplimiento del artículo 1554.3.º CC según el cual el arrendador se compromete «a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato»<sup>27</sup>. Aunque la redacción del artículo 1571. II CC parece circunscribir ese derecho a los supuestos de fincas rústicas, la STS de 27 de septiembre de 1905 (JC 52) señaló que «dicho artículo lo mismo se refiere a los predios rústicos que a los urbanos».

La facultad de extinguir el arrendamiento está explícitamente excluida por el artículo 1571 CC en dos situaciones. La primera es el pacto entre quienes celebran el contrato traslativo<sup>28</sup>. Más que una renuncia por el adquirente al ejercicio de la facultad resolutoria se trata de una cesión de contrato que origina la subrogación volun-

<sup>25</sup> Cfr. MANRESA Y NAVARRO, J. M.ª: *Comentarios al Código civil español*, p. 639 y MORALES MORENO, A. M.: «Prólogo», en P. Benavente Moreda, *La venta de cosa arrendada*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, p. 17. En la jurisprudencia, cfr. STS de 17 de octubre de 1958 (RJ 3102) y SSAP de Sevilla, de 3 de abril de 1993 (AC 419) y de Castellón, de 2 de mayo de 2007 (JUR 261850).

<sup>26</sup> Cfr. QUICIOS MOLINA, M.ª S.: «Comentario al artículo 1571», *Comentarios al Código civil*, tomo VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 11118 y REBOLLEDO VARELA, A. L.: «Compraventa de finca arrendada: continuidad o extinción», en Á. Carrasco Perera (dir.), *Tratado de compraventa*, tomo II, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, p. 1033.

<sup>27</sup> En el mismo sentido, cfr. PÉREZ GARCÍA, M. J.: *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005, p. 266.

<sup>28</sup> Cfr. PÉREZ UREÑA, A. A.: *Consecuencias jurídicas de la enajenación voluntaria de la finca urbana arrendada*, Imprenta Chana, Granada, 2003, p. 18. La STS de 28 de febrero de 1913 (JC 82) se refiere a un pacto suscrito entre el arrendatario y la adquirente que obligaba a esta última a respetar el arrendamiento, ya que si «el nuevo dueño del predio revela con actos explícitos su intención de que el referido contrato continúe en vigor, no puede después ejercitar, por la causa especial fijada en dicho precepto [artículo 1571 CC], la acción de desahucio». Para la recta comprensión de este acuerdo es preciso recordar la subsistencia del arrendamiento tras la enajenación y la necesaria realización por el adquirente de un acto expreso para concluir el arrendamiento. La celebración de este acuerdo implica la voluntad de la adquirente de subrogarse en la posición del arrendador.

taria del adquirente (cesionario) en la posición contractual del arrendador (cedente)<sup>29</sup>. Este pacto tiene una eficacia mayor que la propia *inter partes*, ya que si tras el acuerdo el adquirente solicita la extinción del arrendamiento, el arrendatario podrá oponer directamente el pacto entre arrendador y adquirente<sup>30</sup>. Así se deriva, a diferencia del precedente romano, de su posible inclusión entre las estipulaciones a favor de tercero<sup>31</sup>.

En su segunda excepción el artículo 1571 CC se remite a la Ley Hipotecaria, conforme a la cual la inscripción del arrendamiento determina su oponibilidad, su subsistencia a pesar de la enajenación y, por tanto, la subrogación del adquirente. Por su parte, el artículo 1549 CC excluye, en concordancia con el artículo 1571 CC, la regla venta quita renta cuando el arrendamiento esté inscrito.

A los efectos de dar por concluido el arrendamiento resulta irrelevante la buena o mala fe del adquirente pues «no basta que el comprador conozca la existencia del arrendamiento para que quede privado de la facultad de resolver el contrato»<sup>32</sup>. Es importante destacar que la inexigibilidad de la buena fe al adquirente se debe a que el factor decisivo para admitir la regla venta quita renta es la eficacia *inter partes* del arrendamiento por su condición de derecho personal.

<sup>29</sup> Cfr. DE PABLO CONTRERAS, P.: *Curso de Derecho civil*, tomo II, vol. II, p. 160. Admitir que se trata de una cesión de contrato exige un convenio trilateral en el que el consentimiento del arrendatario (cedido) es necesario para que la cesión sea plenamente eficaz. De lo contrario el arrendatario estará facultado a dar por concluido el contrato sin que, en este caso, sea preciso que indemnice al arrendador originario o al adquirente. En caso de estar inscrito el arrendamiento se estima que existe un consentimiento tácito a la cesión. Sobre este particular, cfr. LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentario al artículo 1571», *Comentario del Código civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1139-1140; Díez PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo IV, p. 276 y REBOLLEDO VARELA, Á. L.: «Compraventa de finca arrendada: continuidad o extinción», p. 1033.

Por otro lado, el referido pacto tendrá como consecuencia que el arrendatario-transmisor se asegura que no tendrá que asumir la indemnización a la que el arrendatario tendría derecho en caso de extinción del arrendamiento.

<sup>30</sup> Cfr. BENAVENTE MOREDA, P.: *La venta de cosa arrendada*, pp. 71-73.

<sup>31</sup> Cfr. Díez PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. IV, p. 275; QUICIOS MOLINA, M.<sup>a</sup> S.: «Comentario al artículo 1571 CC», p. 11120 y JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: «Ejecución hipotecaria y arrendamiento, tras la Ley 4/2013, de 4 de junio», *RCDI*, núm. 749, 2015, p. 1645. En contra, MANRESA Y NAVARRO, J. M.<sup>a</sup> (*Comentarios al Código civil español*, pp. 658-659) que sostiene que no se cumple lo dispuesto en el artículo 1257. II CC que en los contratos con estipulación a favor de tercero exige su aceptación y porque presume que hay una representación tácita del arrendatario por parte del arrendador cuando se pacta que el comprador respetará el arrendamiento. Sin embargo, ambas justificaciones conducen a la subrogación del adquirente en la posición de arrendador.

<sup>32</sup> MORALES MORENO, A. M.: «Prólogo», p. 21. También, cfr. PÉREZ GARCÍA, M. J.: *La protección aquiliana del derecho de crédito*, pp. 268-271; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, tomo II-2, 5.<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 2013, p. 120 y OCAÑA GÁMIZ, J.: *La eficacia frente a terceros de los derechos reales y de crédito*, p. 271. En la jurisprudencia, cfr. STS de 28 de julio de 1993 (RJ 6393) y SAP de Castellón, de 2 de mayo de 2007 (JUR 261850).

### 3.3 La legislación especial arrendaticia

Aunque la conexión entre el Derecho romano y el Derecho civil codificado podría aparentar la asunción pacífica y sin fisuras de la regla *emptio tollit locatum*, el Proyecto de Código civil de 1851 estableció en el artículo 1502 la continuación del arrendamiento cuando constara en escritura pública o en contrato privado con fecha legalmente cierta<sup>33</sup>. García Goyena criticó el rigorismo de la solución romana y relacionó la redacción del Proyecto con cierta desmembración del dominio porque el arrendador no puede transmitir a un tercero el uso y el goce de una finca si está arrendada. El fundamento último de su posición es dotar de estabilidad al arrendamiento, de modo que se favorezca la inversión en áreas rústicas y la generación de riqueza<sup>34</sup>.

El artículo 1571 CC también fue criticado por Manresa y Navarro que lo tildó de «una especie de privilegio concedido al capital sobre el trabajo, ya que el cambio de dueño, faculta a éste para dar por terminado el arriendo (...). El tiempo ha de ir poniendo cada vez más de relieve doctrina tan anómala, dando a cada interesado al fin, los derechos que legítimamente a cada uno de ellos corresponden»<sup>35</sup>.

Frente a la escasa protección de los arrendatarios no inscritos también reaccionó el legislador que propuso un cambio de paradigma que ha pervivido hasta la entrada en vigor de la Ley 4/2013, de 4 de junio. En concreto, desde el Real Decreto de 21 de junio de 1920 hasta la reforma de 2013 se han sucedido una serie de normas especiales que tutelan –aunque no siempre con idéntica intensidad– la posición del arrendatario no inscrito frente al adquirente, incluso cuando con buena fe ignorara el arrendamiento.

Aunque el objetivo principal del Real Decreto de 21 de junio de 1920 fue establecer el sistema de prórroga forzosa obligatoria, en el artículo 9 señaló que «lo dispuesto en el presente Decreto será aplicable aun en el caso de que los inmuebles *variasen de dueño*

<sup>33</sup> Esta solución está influida por el Código civil francés cuyo artículo 1743 establece que el adquirente no podrá expulsar al arrendatario que tenga un contrato auténtico o cuya fecha sea cierta. En este punto, el Código francés se separa de la opinión de POTHIER, R. J. (*Tratado de la locación conducción*, trad. Sociedad de amigos colaboradores, Imprenta J. Roger, Barcelona, 1841, pp. 129-132) que admitió la facultad de expulsar al arrendatario, salvo que hubiera un pacto de continuación o se tratara de inmuebles adquiridos al fisco que, en caso de estar arrendados, generaban la obligación de soportar el arrendamiento al adquirente.

<sup>34</sup> Cfr. GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, vol. III, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, Madrid, 1852, pp. 463-464.

<sup>35</sup> MANRESA Y NAVARRO, J. M.<sup>º</sup>: *Comentarios al Código civil español*, pp. 665-666. También rechazan la consecuencia del artículo 1571 CC, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo IV, p. 444 y VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español*, tomo III, Talleres tipográficos Cuesta, Valladolid, 1926, p. 471.

por cualquier título traslativo del dominio»<sup>36</sup>. De esta manera, el legislador rompió con la legislación entonces vigente e impuso la subrogación de todo adquirente con la consiguiente exclusión de la regla venta quita renta de los arrendamientos urbanos<sup>37</sup>.

Más adelante, el artículo 70 LAU-1946 estableció que «sea cual fuere la fecha de su edificación u ocupación, y tanto en viviendas como en locales de negocio, *aunque cambie el dueño o titular del arrendamiento*, llegado el día del vencimiento pactado en el contrato de arrendamiento, éste se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, sin alteración de ninguna de las cláusulas, todas las cuales se reputarán vigentes»<sup>38</sup>.

El nuevo paradigma abandona la autotutela del arrendatario a través de la inscripción e impone, en todo caso, su defensa. Esta protección *extra tabulas* del arrendatario prácticamente relegó al artículo 1571 CC al ostracismo, supuso la crisis de la regla venta quita renta y desincentivó la inscripción de los arrendamientos<sup>39</sup>.

Con ocasión de la Ley de Arrendamientos de Urbanos de 1994 se aprecia la búsqueda de un mayor equilibrio para la tutela conjunta del adquirente, del arrendador y del arrendatario. Así se limitó la subrogación legal a «los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurren en él [adquirente] los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria» (artículo 14.1 LAU-1994). De este modo se propició cierta revitalización de la regla venta quita renta y de la inscripción como mecanismo de protección del arrendamiento por encima del plazo de protección absoluta, ya que conforme al artículo 14. II LAU-1994 «si la duración pactada fuera superior a cinco años, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada, salvo que concurren en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria»<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> En torno a la génesis de esta norma, cfr. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, pp. 368-373.

<sup>37</sup> Idéntico contenido aparece en el artículo 11 del Real Decreto-ley de 17 de diciembre de 1924; el artículo 12 del Real Decreto-ley de 21 de diciembre de 1925 y del Decreto de 29 de diciembre de 1931. Esta sucesión normativa obedece a la eficacia temporal de dichas normas que se sucedieron unas a otras.

<sup>38</sup> Una norma similar aparecía en los artículos 57 LAU-1956 y LAU-1964 que, por consiguiente, ordenaban la subrogación «aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones».

<sup>39</sup> A ello habría que añadir que la posible falta de constancia registral del dominio y de inmatriculación de la finca impiden la inscripción del arrendamiento. En la medida en que hasta avanzada la segunda mitad del siglo XX no se ha generalizado la inmatriculación es lógica la escasa inscripción de los arrendamientos, por lo que la acción legislativa protectora del arrendatario se llevó a cabo a través de la subrogación *ex lege*.

<sup>40</sup> De la revitalización de la inscripción como medio de protección se hizo eco MÉNDEZ SERRANO, M.<sup>a</sup> M.: *El contrato de arrendamiento y su protección registral*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, pp. 121-124 y 270. Citado por DÍAZ VALES, F.: *La subrogación legal en la Ley de arrendamientos urbanos*, Montecorvo, Madrid, 2001, p. 46.

Por último, hay que aludir a la remisión que se lleva a cabo al artículo 34 LH. Aunque la referencia a esta norma contaba con el precedente de la regulación de los arrendamientos rústicos mereció la crítica generalizada de la doctrina por remitir a la fe pública registral un problema de oponibilidad. Sin embargo, ello puede deberse a que del precepto arrendaticio se deduce cierto matiz monista sobre la interpretación de los artículos 32 y 34 LH, toda vez que el legislador exigía al tercero todos los requisitos del artículo 34 LH, siendo insuficientes los derivados del artículo 32 LH. Por ello, siendo verdaderamente un conflicto propio del artículo 32 LH, la mención al artículo 34 LH resultaba acorde con el monismo hipotecario<sup>41</sup>.

Bajo esta óptica, la Ley de 1994 ofrecía al arrendatario no inscrito una posición mucho más favorable que el artículo 1571 CC, ya que su protección era absoluta durante el plazo mínimo y sólo quien gozara de los requisitos del precepto hipotecario podía evitar la subrogación ordenada por el artículo 14. II LAU-1994. Es decir, se admitía la oponibilidad del arrendamiento extrarregistral incluso frente a terceros hipotecarios durante los cinco primeros años de vigencia del contrato y frente a terceros no hipotecarios si la duración pactada fuera superior a cinco años<sup>42</sup>. Por el contrario, en el Código civil la regla venta quita renta se deduce de toda enajenación al margen de cualquier otro requisito.

### III. LA ENAJENACIÓN DE VIVIENDA ARRENDADA TRAS LA LEY 4/2013

#### 1. EL NUEVO PARADIGMA DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA

La Ley 4/2013, de 4 de junio introdujo una serie de reformas en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 que únicamente resultan aplicables a los contratos posteriores a su entrada en vigor el 6

---

La Ley de 1994 modificó la Ley Hipotecaria para reconocer la inscribibilidad de «los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos». Los requisitos para ello, el contenido de la inscripción y los aranceles notariales y registrales fueron desarrollados por el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero.

<sup>41</sup> Así lo entiende también PAU PEDRÓN, A. (*La protección del arrendamiento urbano*, Civitas, Madrid, 1995, p. 116, nota 131) para quien «la LAU ha venido a reforzar la posición monista al exigir que el tercero reúna los requisitos del artículo 34 para quedar protegido frente a títulos no inscritos (*ex art. 14*)».

<sup>42</sup> En el mismo sentido, cfr. DÍAZ VALES, F.: *La subrogación legal en la Ley de arrendamientos urbanos*, p. 53 y FÍNEZ, J. M.: «Comentario al artículo 14», *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Civitas, Madrid, 2005, p. 205.

de junio de 2013<sup>43</sup>. En relación a este trabajo, dos párrafos de su preámbulo son decisivos para comprender la *mens legislatoris*.

«Asimismo, es preciso normalizar el régimen jurídico del arrendamiento de viviendas para que la protección de los derechos, tanto del arrendador como del arrendatario, no se consiga a costa de la seguridad del tráfico jurídico, como sucede en la actualidad».

«La consecución de esta finalidad exige que el arrendamiento de viviendas regulado por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, se someta al régimen general establecido por nuestro sistema de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y, en consecuencia, en primer lugar, que los arrendamientos no inscritos sobre fincas urbanas no puedan surtir efectos frente a terceros adquirentes que inscriban su derecho y, en segundo lugar, que el tercero adquirente de una vivienda que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no pueda resultar perjudicado por la existencia de un arrendamiento no inscrito. Todo ello, sin mengua alguna de los derechos ni del arrendador, ni del arrendatario».

La reforma aspira, en definitiva, a incorporar el arrendamiento al sistema de seguridad del tráfico del que estaba parcialmente excluido por el reconocimiento general o parcial de la subrogación legal. Por disposición del legislador, la seguridad del tráfico inmobiliario descansa sobre el Registro de la Propiedad que genera una apariencia jurídica que permite la reducción de los costes de información gracias a la publicidad formal de los derechos inscritos y de los costes de vigilancia puesto que a través de la inscripción se asignan de forma definitiva los derechos inmobiliarios<sup>44</sup>.

En contra de la subrogación legal en los arrendamientos no inscritos se posicionó García García para quien «se produce aquí una laguna en la seguridad jurídica, que podría cubrir perfectamente la utilización de la legislación hipotecaria (...) y es de esperar que en una próxima reforma legislativa desaparezca tal excepción»<sup>45</sup>.

Pues bien, la que se acaba de describir es la doctrina que impregna este punto de la reforma arrendaticia de 2013, a través de la cual el legislador pretende circunscribir la protección del arrendatario a su previa inscripción. De este modo, se refuerza la efica-

<sup>43</sup> Cuando este trabajo ya estaba aceptado para su publicación se aprobó el Real Decreto-ley 21/20018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda. A través de este instrumento se modificaron algunos de los preceptos legales alterados por la Ley 4/2013, de 4 de junio. Sin embargo, su falta de convalidación por el Congreso de los Diputados en su sesión de 22 de enero de 2019 supuso su derogación no retroactiva. En cualquier caso, las novedades de 2018 no afectan a la temática analizada en el trabajo.

<sup>44</sup> Cfr. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.: *De la publicidad contractual a la titulación registral*, Civitas, Madrid, 2008, pp. 38-41. Por el contrario, la admisión de cargas ocultas – como lo sería el arrendamiento – reduce la confianza en la institución registral, introduce incertidumbre en la contratación y aumenta los costes de transacción.

<sup>45</sup> GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, tomo II, Civitas, Madrid, 1993, pp. 219-220.

cia de los pronunciamientos tabulares a costa de una menor eficacia frente a terceros de los arrendamientos no inscritos.

La reforma de 2013 concuerda, por tanto, con la primitiva Ley Hipotecaria que puso de manifiesto la necesidad de evitar la clandestinidad para dotar de seguridad a las adquisiciones y con el Código civil en lo relativo a la eficacia *inter partes* el arrendamiento. Desde 1861 y hasta la legislación especial de cariz proteccionista, el tercer adquirente podía desconocer los arrendamientos no inscritos dada su inoponibilidad fruto de la relatividad de los contratos. Precisamente para paliar la debilidad natural del derecho arrendaticio se permitió su inscripción, a fin de que el arrendatario pudiera defenderse frente a terceros a través de la oponibilidad registral<sup>46</sup>. En conclusión, la Ley 4/2013, como si de un péndulo se tratara, elimina el proteccionismo que durante casi un siglo ha caracterizado nuestro ordenamiento y retorna a la regulación decimonónica que vinculaba la protección del arrendamiento con su inscripción.

Sin embargo, se trata de una reforma cuya importancia conceptual es mayor que su relevancia práctica. Para Carrasco Perera «no responde a ninguna necesidad real, a ninguna laguna advertida en la aplicación de la Ley de 1994»<sup>47</sup>. A ello cabe añadir que un repaso de la jurisprudencia permite concluir que la litigiosidad del problema que se examina es, prácticamente, nula y mayormente circunscrita a ejecuciones forzosas de arrendamientos de uso distinto de vivienda cuya regulación no ha sido alterada por la Ley 4/2013<sup>48</sup>. En definitiva, la reforma no viene a resolver o colmar una demanda jurídica ante un problema legal mal resuelto. Se trata, más bien, de una reforma de principios que aspira a subrayar la relevancia de la

---

<sup>46</sup> En el mismo sentido, cfr. DE GRADO SANZ, M. C./RUANO BORRELLA, J. P.: «Inscripción de arrendamientos de bienes inmuebles. Efectos en cuanto a tercero del arrendamiento no inscrito. El derecho de retorno», *RCDI*, núm. 583, 1987, p. 1680.

<sup>47</sup> CARRASCO PERERA, Á.: «Comentarios al proyecto de ley de reforma de los arrendamientos de vivienda», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 4, 2012, p. 119. Por otro lado, la solución que propone la reforma no parece tener equivalentes en el Derecho comparado. Así, cfr. VAN DER MERWE, C./VERBEKE, A. L. (eds.): *Time-limited interest in land*, pp. 132-135.

<sup>48</sup> Recientemente, admiten la aplicación de la regla venta quita renta en arrendamientos de uso distinto de vivienda el AAP de Madrid, de 1 de abril de 2000 (AC 1764) y las SSAP de Cuenca, de 5 de febrero de 2010 (JUR 112553), de Madrid, de 28 de abril de 2015 (JUR 150141) y de Cádiz, de 12 de septiembre de 2017 (JUR 304179). Por su parte, reconocen la subrogación por falta de buena fe de los adquirentes las SSAP de Islas Baleares, de 12 de abril de 2012 (JUR 162002) y de Madrid, de 3 de febrero de 2017 (JUR 73620). En la SAP de Sevilla, de 7 de abril de 2016 (JUR 153508) se probó, en un proceso de desahucio por impago de rentas, que no hubo oposición inicial por parte del arrendatario a la continuación del arrendamiento tras la enajenación que supuso la subrogación del adquirente. En el supuesto de la SAP de Barcelona, de 28 de octubre de 2011 (JUR 400730) se enajenó como libre de arrendamientos un local de negocio al hijo de la arrendataria que previamente había sido incapacitada con «la consiguiente eventualidad de la aparición de terceros de buena fe». La sentencia condenó al hijo a indemnizar al caudal relicto de la arrendataria «el importe del perjuicio en forma de pérdida de oportunidad del ejercicio del derecho de adquisición preferente contemplado en los artículos 25 y 31 LAU».

publicidad tabular como paradigma de la seguridad jurídica a través de la eliminación de los añadidos, presuntamente perturbadores, que se incluyeron en la regulación especial del arrendamiento a partir de 1920. Además, salvo que se admita la inscripción del arrendamiento por documento privado, la reforma incrementará los costes de contratación porque el arrendatario deberá asumir los gastos fiscales, notariales y registrales necesarios para la inscripción de un derecho que, recordémoslo, es por naturaleza temporal<sup>49</sup>.

Por tanto, muy posiblemente la Ley 4/2013 no altere el tradicional desenvolvimiento extrarregistral del arrendamiento, ya que los arrendatarios serán reacios a asumir mayores costes, tendrán poco interés en inscribir y, en ocasiones, tampoco mejorará su posición jurídica<sup>50</sup>. No obstante, se precisa conocer la nueva regulación legal de la enajenación de viviendas arrendadas.

## 2. CONTENIDO NORMATIVO DE LA REFORMA

### 2.1 Introducción

La Ley 4/2013 introduce en la Ley de Arrendamientos Urbanos una regla general en el artículo 7.2 y luego dos especificaciones en los artículos 13 y 14 que se encaminan a exigir la inscripción del arrendamiento para que resulte oponible. Así se deriva, en primer término, del artículo 7.2 LAU-2013:

«En todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas, surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho, dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad».

---

<sup>49</sup> Precisamente la duración limitada del arrendamiento será un argumento para que muchos sigan al margen del Registro, ya que puede resultar más ventajoso para los arrendatarios asumir los riesgos derivados de la falta de inscripción que abonar los gastos necesarios para inscribir. Conforme a la disposición final segunda de la Ley 4/2013, en seis meses desde su entrada en vigor, el Gobierno tenía que haber adaptado a la reforma el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos, en especial en lo concerniente a la cancelación de la inscripción de los arrendamientos y a los aranceles notariales y registrales.

<sup>50</sup> Sólo presentará interés la inscripción del arrendamiento cuando sea el primer derecho que afecte a la finca inmatriculada. No procede analizar en este trabajo que de nada le servirá al arrendatario inscribir si con anterioridad consta en el folio alguna de las causas de resolución del derecho del arrendador recogidas en el artículo 13 LAU-2013. Especial relevancia tendrá la ejecución hipotecaria de una vivienda cuyo arrendamiento posterior estuviera inscrito, dada la importancia que la hipoteca presenta para la adquisición de viviendas y su extensa duración temporal. Por otro lado, el artículo 27.4 LAU-2013 regula un procedimiento específico para que el arrendador pueda resolver el arrendamiento inscrito por impago de rentas y cancelar la inscripción, aunque es posible que este procedimiento acabe por resultar inútil si el arrendatario no admite la resolución y decide no abandonar el inmueble.

La nueva posición del legislador ya ha sido asumida por las RRDGRN de 11 de enero de 2016 (RJ 1729 y 1732) y de 24 de marzo de 2017 (RJ 1394) que apuntan que «la protección de los derechos del arrendatario aconseja ahora un plus de diligencia mediante la inscripción del contrato de arrendamiento en el Registro como forma de hacer oponible su contrato frente a tercero que haya inscrito su derecho».

Los artículos 13 y 14 LAU-2013 examinan, respectivamente, las consecuencias de la resolución y de la transmisión voluntaria del derecho del arrendador. En el artículo 14 LAU-2013 se establece un sistema dual que diferencia el régimen jurídico de los arrendamientos de fincas inmatriculadas de aquellos que se celebran sobre fincas no inmatriculadas.

«Artículo 14.

1. El adquirente de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, arrendada como vivienda en todo o en parte, que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sólo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito, conforme a lo dispuesto por los artículos 7 y 10 de la presente ley, con anterioridad a la transmisión de la finca.

2. Si la finca no se hallase inscrita en el Registro de la Propiedad, se aplicará lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1571 del Código Civil. Si el adquirente usare del derecho reconocido por el artículo citado, el arrendatario podrá exigir que se le deje continuar durante tres meses, desde que el adquirente le notifique fehacientemente su propósito, durante los cuales deberá satisfacer la renta y demás cantidades que se devenguen al adquirente. Podrá exigir, además, al vendedor, que le indemnice los daños y perjuicios que se le causen».

A la vista de los preceptos transcritos cabe concluir que la Ley 4/2013 ha fracturado el equilibrio que definió la redacción original de la Ley de 1994 entre el derecho del adquirente a tomar posesión inmediata y directa del inmueble y el derecho del arrendatario a permanecer en la vivienda durante el plazo pactado.

## 2.2 Exégesis coordinada de los artículos 7.2 y 14 LAU-2013

El artículo 7.2 LAU-2013 tiene un papel esencial en la política legislativa que el legislador pretende introducir. Una primera aproximación a su contenido lleva a estimar que recoge un principio general en parte concordante con el artículo 1549 CC<sup>51</sup>. Así, el

<sup>51</sup> La redacción de los artículos 7.2 LAU-2013 y 1549 CC presenta, no obstante, una importante diferencia toda vez que el primero exige que el tercero haya inscrito mientras que el segundo alude a todo tercero.

arrendamiento inscrito goza de oponibilidad y prioridad mientras que el no inscrito carece de efectos frente a los terceros que hayan inscrito. Sin embargo, esta interpretación choca con la lectura *a sensu contrario* del artículo 14.1 LAU-2013 que, al referirse al artículo 34 LH, ordenaría la subrogación en el arrendamiento no inscrito de aquellos terceros que adquieran sin reunir todos los requisitos establecidos en el precepto hipotecario<sup>52</sup>. A la vista de lo anterior se aprecia que los artículos 7.2 y 14 LAU-2013 deben interpretarse conjuntamente para alcanzar una recta comprensión de la eficacia frente a terceros del arrendamiento no inscrito y que no es posible interpretar *a sensu contrario* ambos preceptos, pues el resultado es incoherente e incompatible.

El artículo 14.1 LAU-2013 es confuso y, como se ha señalado unánimemente, su calidad técnica mejorable. El único asidero firme que ofrece es que, tratándose de fincas inmatriculadas, si el arrendamiento está inscrito no podrá ser desconocido por el adquirente posterior que «quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador» aunque reúna las condiciones del artículo 34 LH. No obstante, esta conclusión –a pesar de su imprecisa redacción– no es novedosa pues así se deriva del artículo 17 LH que reconoce la prioridad de los asientos registrales anteriores respecto de los posteriores que resulten compatibles como es el caso de los derechos de propiedad y arrendamiento<sup>53</sup>. El texto legal omite una obviedad porque el arrendamiento inscrito también gozará de preferencia si el adquirente no inscribe o no tiene la condición de tercero hipotecario. Por ello, es preciso coincidir con Bellod Fernández de Palencia que afirma que el artículo 14.1 LAU-2013 «se está refiriendo no solo al tercero hipotecario que adquiere de quien no es dueño y al que la fe pública registral protege (...), sino principalmente al comprador de la vivienda que inscribe»<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Cfr. BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.: «El arrendamiento urbano de vivienda y sus efectos respecto de terceros a partir de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas», *RCDI*, núm. 752, 2015, pp. 3344-3345.

<sup>53</sup> Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Comentario al artículo 14», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Lex Nova Thomson Reuters, Valladolid, 2014, p. 342. Por su parte, DURÁN RIVACOBIA, R. y DE REINA TARTIÈRE, G. («Publicidad jurídica y protección del arrendamiento urbano», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, núm. 6, 2014, p. 12. Documento electrónico BIB 2014/3287) relacionan este supuesto con el principio de oponibilidad.

<sup>54</sup> BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.: «El arrendamiento urbano de vivienda y sus efectos respecto de terceros a partir de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas», p. 3328. Cfr., también, PÉREZ GURREA, R.: «La resolución del derecho del arrendador y la enajenación de la vivienda arrendada en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, y su nuevo régimen tras la Ley 4/2013, de 4 de junio», *RCDI*, núm. 743, 2014, p. 1460.

En caso de fincas no inmatriculadas, el artículo 14.2 LAU-2013 lleva a cabo una remisión al artículo 1571 CC, de modo que el arrendamiento podrá extinguirse a instancia del adquirente. Cuando así ocurra el arrendatario podrá continuar en la vivienda durante tres meses en los que deberá abonar la renta al adquirente. Si finalmente el arrendatario es desahuciado, podrá exigir al arrendador la indemnización por los perjuicios causados que, a diferencia de la regulación anterior, habrá que determinar conforme a las reglas generales de la responsabilidad contractual entre las que es preciso destacar los artículos 1106 y 1107 CC<sup>55</sup>. Por ello, el arrendatario asumirá la carga de la prueba y la individualización y cuantificación de los daños resarcibles que, en todo caso, deberán ser consecuencia directa del incumplimiento de la obligación del arrendador de respetar la posesión arrendaticia durante el plazo pactado<sup>56</sup>.

#### IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REFORMA EN EL MARCO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

##### 1. INTRODUCCIÓN

Aunque aparentemente sencillo, el artículo 14 LAU-2013 requiere una interpretación sistemática y teleológica que evite

<sup>55</sup> En sentido parecido, cfr. LOSCERTALES RAMOS, D.: *Arrendamientos urbanos*, 8.ª ed., Sepin, Madrid, 2013, p. 177 y MAS BADIA, M.ª D.: «Arrendamiento de vivienda, tutela del inquilino y seguridad del tráfico: en especial, la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito tras la Ley 4/2013, de 4 de junio», *RCDI*, núm. 746, 2014, p. 3077. GUILARTE GUTIÉRREZ, V. («Comentario al artículo 14», p. 347) rechaza que el silencio del legislador en torno a la determinación de la indemnización suponga la aplicación analógica del artículo 9.3 LAU-2013 que mantiene, aunque para un supuesto muy diferente, el criterio de la Ley de 1994. El artículo 14 LAU-1994 fijaba la indemnización en «una cantidad equivalente a una mensualidad de renta que, excediendo del plazo citado de cinco años, reste por cumplir». Es decir, la norma llevaba a cabo la valoración y determinación del *quantum* indemnizatorio de tal modo que hacía innecesarios los artículos 1106 y 1107 CC.

La doctrina ya era proclive a remitir al Código civil la determinación de los daños y perjuicios en caso de ejercicio de la regla venta renta en los arrendamientos distintos de vivienda, cfr. FÍNEZ, J. M.: «Comentario al artículo 29», *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Civitas, Madrid, 2005, p. 339 y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario al artículo 29», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 4.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 709.

<sup>56</sup> La determinación de los daños resarcibles en los contratos con obligaciones de tracto sucesivo presenta ciertas dificultades porque la obligación del arrendatario de pagar la renta se cumple a lo largo de la vigencia del contrato. Por ello, no parece razonable permitir al arrendatario exigir íntegramente como daño resarcible los gastos de un contrato alternativo durante el periodo de vigencia pendiente de cumplimiento en el arrendamiento resuelto. Al tratarse de arrendamientos de vivienda difícilmente proceda la cuantificación del lucro cesante que sí estaría presente en los arrendamientos destinados a locales de negocio. Sin embargo, sí se podrían incluir como daños resarcibles los gastos necesarios para el desalojo de la vivienda, los daños morales y, en su caso, la diferencia entre la renta original y la de un contrato de arrendamiento alternativo, si se acredita que la nueva vivienda es de la misma calidad y características que la primera.

lagunas y contradicciones. Cuando una norma es –como ésta– confusa y equívoca, no se puede estar a la letra de la ley y es precisa una exégesis global y de conjunto que se lleva a cabo en este apartado. En primer lugar, me referiré a los problemas interpretativos del artículo 14.1 LAU para luego delimitar su supuesto de hecho en coherencia con la aspiración general de la Ley 4/2013. En segundo término, aludiré a la necesaria revisión del artículo 1571 CC en torno a los requisitos que debe reunir el adquirente para la aplicación de la regla venta quita renta.

## 2. EL EQUÍVOCO ARTÍCULO 14.1 LAU-2013

Recordemos que este párrafo señala que el tercero que inscriba con los requisitos del artículo 34 LH se subrogará si el arrendamiento está inscrito. Sin embargo, no se pronuncia expresamente sobre qué ocurre cuando el arrendamiento no está inscrito y el adquirente no reúne los requisitos de la fe pública registral. Una interpretación *a sensu contrario* de este precepto permitiría concluir que estos arrendamientos extratabulares subsisten y son oponibles a los terceros no hipotecarios<sup>57</sup>. Sin embargo, esta conclusión resulta incompatible con el artículo 7.2 LAU-2013 relativo a la eficacia del arrendamiento frente a terceros e incoherente con el artículo 14.2 LAU-2013 que regula los efectos frente al adquirente de los arrendamientos celebrados sobre fincas no inmatriculadas.

Por un lado, la lectura *a sensu contrario* del artículo 14.1 LAU-2013 resulta incompatible con el artículo 7.2 LAU-2013 porque aquélla llega a proteger al arrendatario no inscrito frente a un tercero inscrito –el adquirente que inscribe, pero no goza de los requisitos del artículo 34 LH– mientras que el artículo 7.2 LAU-2013 precisamente vincula la eficacia frente a tercero inscrito de los arrendamientos a su previa inscripción. Así lo han admitido las RRDGRN de 11 de enero de 2016 (RJ 1729 y 1732) que concluyeron que ese precepto «establece claramente un principio de inoponibilidad del arrendamiento no inscrito frente a tercero inscrito».

---

<sup>57</sup> Cfr. LOSCERTALES RAMOS, D.: *Arrendamientos urbanos*, p. 177; MAS BADIA, M.<sup>a</sup> D.: «Arrendamiento de vivienda, tutela del inquilino y seguridad del tráfico: en especial, la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito tras la Ley 4/2013, de 4 de junio», p. 3076, nota 42; ACHÓN BRUÑEN, M.<sup>a</sup> J.: «Las engañosas ventajas de inscribir un contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad», *Diario La Ley*, núm. 8340, 2014, p. 4. Documento electrónico La Ley 4217/2014 y BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.: «El arrendamiento urbano de vivienda y sus efectos respecto de terceros a partir de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas», pp. 3331 y 3335.

Por otro, la hipótesis que admite la defensa del arrendatario que no inscribió pero que fácilmente podía haberlo hecho por estar inmatriculada la finca frente a un tercero no hipotecario es incoherente con el artículo 14.2 LAU-2013 que remite la solución de la enajenación de la finca no inmatriculada –sobre la que no se puede inscribir el arrendamiento– al artículo 1571 CC. No es admisible que el arrendatario que no inscribe pudiendo haberlo hecho tenga una posición más favorable que el que no inscribe por no poder hacerlo al no estar inmatriculado el inmueble<sup>58</sup>. Así se podría deducir de las remisiones que se hacen a los artículos 34 LH y 1571 CC. Conforme a ellas se podría interpretar que si la finca está inmatriculada y el arrendamiento no inscrito éste subsistirá salvo que haya un tercero hipotecario mientras que, por el contrario, si la finca no está inmatriculada la remisión al artículo 1571 CC permite más fácilmente al adquirente dar por terminado el arrendamiento no inscrito<sup>59</sup>.

El artículo 14.1 LAU-2013 tampoco se refiere expresamente a la situación en la que sobre una finca inmatriculada surge un tercero hipotecario frente a un arrendamiento no inscrito. Aunque una interpretación sistemática del precepto invita a pensar que el tercero hipotecario estará facultado para resolver el arrendamiento estimo que es preciso alcanzar esa misma conclusión a través de una vía alternativa, ya que considero que el supuesto descrito no se incluye en el artículo 14.1 LAU-2013. Por un lado, porque el artículo 7.2 LAU-2013 reconoce la inoponibilidad del arrendamiento extrarregistral frente a cualquier tercero inscrito y no únicamente frente a quienes cumplan los requisitos del artículo 34 LH. Por otro, porque su contenido es incompleto, pues no especifica el plazo de tiempo del que dispone el arrendatario para abandonar la vivienda mientras que el artículo 14.2 LAU-2013 le concede uno de hasta tres meses<sup>60</sup>. El artículo 14.1 LAU-2013 tampoco se pro-

---

<sup>58</sup> Aunque el artículo 7.1 LH ordena que la primera inscripción de una finca sea la del dominio se admiten ciertas matizaciones. Una interpretación literal del artículo 203.2 LH impediría al arrendatario iniciar los trámites para inmatricular la finca con anotación preventiva de su derecho porque el precepto hipotecario se refiere únicamente a los «derechos reales». Por ello sería recomendable una interpretación que incluya todos los derechos inscribibles. Cfr. JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: «Ejecución hipotecaria y arrendamiento, tras la Ley 4/2013, de 4 de junio», p. 1646 y SÁNCHEZ CALERO, F. J./SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: *Manual de Derecho inmobiliario y registral*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 74. Sin embargo, ello no debería alterar la interpretación del artículo 14 LAU-2013.

<sup>59</sup> La reforma propicia la descoordinación interna entre el nuevo artículo 14 y el inalterado 29 LAU que, en caso de enajenación de un inmueble arrendado para uso distinto de vivienda, admite la subrogación salvo que el adquirente sea tercero hipotecario. De este modo, el arrendatario no inscrito de vivienda queda en una peor situación que el arrendatario no inscrito de una finca con uso distinto de vivienda.

<sup>60</sup> El artículo 22.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos exige al tercero hipotecario respetar el plazo mínimo de duración del contrato o la prórroga tácita que esté en curso. Sin embargo, para arrendamientos urbanos, la Ley de 1994 no establecía un plazo para el abandono si la enajenación se produce con posterioridad al quinto año.

nuncia en torno a la indemnización a la que tendría derecho el arrendatario desahuciado y a la que sí se refiere el artículo 14.2 LAU-2013, sin que parezca que la indemnización tenga que estar vinculada únicamente a los casos de fincas no inmatriculadas, pues ya se admitía con carácter general en el artículo 1571 CC y en la normativa de 1994<sup>61</sup>.

En conclusión, las diversas interpretaciones *a sensu contrario* del artículo 14.1 LAU-2013 ofrecen conclusiones difíciles de compartir. Por consiguiente, hay que entender que se produce una expansión del ámbito de aplicación del artículo 14.2 LAU-2013 para que junto a la transmisión de viviendas arrendadas no inmatriculadas también incluya la enajenación de fincas inmatriculadas cuando no esté inscrito el arrendamiento<sup>62</sup>.

Si para fincas no inmatriculadas el legislador se remite al artículo 1571 CC, resulta coherente que cuando el arrendatario no ha inscrito por desidia también sea de aplicación ese precepto y no pueda escudarse en que el adquirente no reúne los requisitos del artículo 34 LH para defender su posición. Como ya se ha apuntado, la exclusión de la interpretación *a sensu contrario* del artículo 14.1 LAU-2013 concuerda, además, con la regla general del artículo 7.2 LAU-2013 que asume la falta de eficacia del arrendamiento extra-

---

<sup>61</sup> El carácter incompleto del artículo 14.1 LAU-2013 obliga a los defensores de su interpretación *a sensu contrario* a acudir al artículo 14.2 LAU-2013 para determinar la indemnización del arrendatario para el caso de que pierda su derecho. En contra, LOSCERTALES RAMOS, D. (*Arrendamientos urbanos*, p. 177) que excluye la indemnización en caso de adquisición de la vivienda por un tercero hipotecario si el arrendatario no estuviera inscrito. No comparto tal conclusión, ya que la falta de inscripción del arrendamiento no es motivo suficiente para excluir la indemnización. En este sentido, aunque referido a arrendamientos distintos de vivienda, cfr., FÍNEZ, J. M.: «Comentario al artículo 29», pg. 339 y CRESPO ALLUÉ, F.: «Comentario al artículo 29», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Lex Nova Thomson Reuters, Valladolid, 2014, p. 766. Además, la indemnización a quien pierde un derecho por acción del artículo 34 LH es un aspecto esencial que no puede dejarse de lado. Así, cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, 2.ª ed., Zaragoza, 1957, p. 302; JEREZ DELGADO, C.: «La entrega y las obligaciones del vendedor derivadas de la buena fe contractual: la segunda venta del inmueble por un mismo vendedor», *ADC*, LIV, núm. 4, 2001, pp. 1719-1721 y RAJOY BREY, E.: «La privación del derecho por el Registro de la Propiedad», *RCDI*, núm. 741, 2014, p. 270.

<sup>62</sup> Cfr. CARRASCO PERERA, A.: «Comentarios al proyecto de ley de reforma de los arrendamientos de vivienda», pp. 127 y 130. En el mismo sentido, MARÍN LÓPEZ, J. J./COLÁS ESCANDÓN, A. M.ª: «Comentario al artículo 14», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 515; PÉREZ UREÑA, A. A.: «La enajenación de la vivienda en los nuevos contratos de arrendamiento», *Administración rústica y urbana*, núm. 166, 2013, pp. 50-51; REBOLLEDO VARELA, Á. L.: «Compraventa de finca arrendada: continuidad o extinción», p. 1039; GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Comentario al artículo 14», p. 345 y DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Comentario al artículo 2», *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 83. Por su parte, MAS BADIA, M.ª D. («Arrendamiento de vivienda, tutela del inquilino y seguridad del tráfico: en especial, la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito tras la Ley 4/2013, de 4 de junio», p. 3076) adopta una posición eléctrica porque admite que cuando una finca inmatriculada se enajena sin estar inscrito el arrendamiento y sin que con posterioridad inscriba el adquirente «la solución debe ser la misma, por identidad de razón, que la arbitrada para el caso de finca no inscrita en el artículo 14.2 LAU».

tabular frente a tercero inscrito. Asimismo, el efecto extintivo del arrendamiento no inscrito podrá darse sin que en el adquirente concurren los requisitos del artículo 34 LH, si cumple los del artículo 1571 CC a cuya interpretación se dedica el siguiente subapartado.

De este modo, prácticamente se vacía de contenido el artículo 14.1 LAU-2013 que se limitará a señalar que el arrendamiento una vez inscrito resulta preferente a cualquier tercero que inscriba con posterioridad, de modo que constituirá una mera manifestación de los principios de prioridad y oponibilidad, reconocidos por los artículos 17 y 32 LH<sup>63</sup>.

De este análisis se deduce que subsiste la diferenciación entre el arrendamiento y los derechos reales inmobiliarios. Baste para ello apuntar los distintos requisitos para la extinción de unos y otros; si para la privación de un derecho real es necesario ser tercero hipotecario (o, a lo más, tercero del artículo 32 LH para los dualistas), la extinción del arrendamiento no inscrito es consecuencia del artículo 1571 CC que deriva de la relatividad de los contratos. La Ley de 1994, por el contrario, aproximaba el arrendamiento al régimen de los derechos reales limitados porque permitía su extinción con base en la publicidad registral. Así, los arrendamientos de más de cinco años no inscritos resultaban oponibles con la consiguiente subrogación del adquirente, salvo que fuera tercero del artículo 34 LH. De ahí se deduce que para el legislador de 1994 la publicidad registral y no la relatividad contractual constituía el fundamento de la extinción del arrendamiento no inscrito. Estas situaciones no difieren esencialmente de los casos de falta de inscripción de un derecho real en los que la eficacia ofensiva de la inscripción produce la extinción de la carga o el derecho no inscrito.

Por el contrario, la reforma de 2013 remite los arrendamientos extratabulares al Código civil y recupera la regla venta quita renta que, como se ha señalado, es consecuencia directa del carácter obligacional e *inter partes* del arrendamiento.

Otra crítica generalizada al artículo 14.1 LAU-2013 deriva de la imposibilidad del supuesto de hecho por la errónea remisión al artículo 34 LH<sup>64</sup>. Por un lado, la STS de 5 de marzo de 2007 (RJ 723) ha definido la función de este precepto que «ampara las adquisiciones *a non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el regis-

<sup>63</sup> Otro tanto ocurre con lo dispuesto en el artículo 10.2 LAU-2013, según el cual una vez inscrito el arrendamiento las prórrogas establecidas en los artículos 9 y 10.1 LAU-2013 serán preferentes a quienes reúnan las condiciones del artículo 34 LH.

<sup>64</sup> Cfr., por todos, BLANCO CARRASCO, M.: *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*, Reus, Madrid, 2014, pp. 234-235. A pesar de ello, el rechazo a la interpretación *a sensu contrario* del artículo 14.1 LAU-2013 determina que la mera sustitución del artículo 34 por el 32 LH no mejore la técnica del precepto.

tro, aparezca con facultades para transmitir». Es decir, el cometido de la fe pública es radicalmente diferente al problema que aquí se examina. Pero es que, por otro, no cabe que un tercero reúna las condiciones del precepto hipotecario respecto de un derecho previamente inscrito.

En conclusión, lo preferible hubiera sido que el legislador se hubiera limitado a señalar, en concordancia con el artículo 7.2 LAU-2013, que el adquirente inscrito se subroga en la posición del arrendador dada la eficacia *erga omnes* que la inscripción le concede al derecho del arrendatario.

### 3. LOS REQUISITOS DE APLICACIÓN DE LA REGLA VENTA QUITA RENTA: REINTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1571 CC

En la medida en que el artículo 14.1 LAU-2013 únicamente concreta los principios registrales de prioridad y oponibilidad, la clave de la reforma reside en la interpretación del artículo 14.2 LAU-2013 que remite, *prima facie*, la solución al artículo 1571 CC. Ahora bien, ¿cómo es preciso interpretar la remisión al Código civil y qué requisitos debe cumplir el adquirente? Especial importancia, en este punto, tendrán las exigencias de buena fe, de inscripción del adquirente y de onerosidad de la adquisición.

#### 3.1 La buena fe del adquirente

Por influencia de los artículos 14 y 29 LAU-1994 se atribuye a la buena fe una importancia que ni se refleja ni se deduce del artículo 1571 CC. El eclecticismo de la Ley de 1994, su ambigüedad en torno a la naturaleza jurídica del arrendamiento y su matiz monista hicieron que en la Ley de Arrendamientos Urbanos se exigiera al adquirente buena fe para poder, en ciertas situaciones, dar por concluido en arrendamiento. Este legado normativo y jurisprudencial ha propiciado que parte de la doctrina haya mantenido que tras la entrada en vigor de la Ley 4/2013 el adquirente deba tener buena fe para poder desconocer el arrendamiento no inscrito. A la exigencia de buena fe se llega a través de dos vías alternativas.

La primera es la propia de los defensores de la interpretación *a sensu contrario* del artículo 14.1 LAU-2013 que mantiene la remisión al artículo 34 LH<sup>65</sup>. En la medida en que más arriba se ha

<sup>65</sup> Cfr. SAP de Burgos, de 28 de septiembre de 2017 (JUR 257733) que en un supuesto de ejecución administrativa de una vivienda por la Administración Tributaria

rechazado esta interpretación, la buena fe del precepto hipotecario carece de relevancia en este contexto. La segunda vía para exigir la buena fe es la relectura del artículo 1571 CC que, tradicionalmente, se ha entendido que no la requiere.

Entiendo que el cambio de paradigma al que aspira el legislador de 2013 y la remisión expresa al artículo 1571 CC deben alterar la exigencia de buena fe al adquirente que se contenía en la Ley de 1994. Por ello, sin perjuicio de una crítica general a la reforma, me inclino por la interpretación clásica que excluye del artículo 1571 CC el requisito de la buena fe del adquirente. Lo contrario supondría una injustificada equiparación del arrendamiento con los derechos reales limitados y el mantenimiento subrepticio del modelo con el que, precisamente, la Ley 4/2013 quiere acabar. La facultad del tercero para dar por terminado el contrato nada tiene que ver con la eficacia del principio registral de inoponibilidad de lo no inscrito, sino que se vincula con la relatividad de los contratos que se deduce del artículo 1257 CC. Es, por tanto, la naturaleza personal del arrendamiento la que determina, salvo previsión expresa del legislador, que el tercero pueda darlo por concluido, incluso en aquellos supuestos en los que tuviera conocimiento del arrendamiento.

La falta de exigencia de buena fe es especialmente importante dada la más que posible posesión efectiva del inmueble por el arrendatario. En relación a la fe pública registral son habituales las referencias jurisprudenciales y doctrinales a la concepción ética de la buena fe conforme a la que la falta de diligencia del tercero –entre la que se incluye el examen físico del inmueble– determina su despro-

---

señala, en relación a los artículos 13 y 14 LAU-2013, «que en ambos supuestos, venta forzosa/venta voluntaria, para que se extinga el arrendamiento es preciso que el adquirente tenga buena fe (...) pues si lo conocía compró a conciencia de su existencia y luego no puede instar la resolución del mismo al amparo de dichos preceptos». No comparto este pronunciamiento, en primer lugar, por su interpretación de la buena fe, pero muy especialmente porque el artículo 13 LAU-2013 reconoce de modo automático y salvo que el arrendamiento esté inscrito la facultad de concluir el arrendamiento por la mera resolución del derecho del arrendador en los supuestos enumerados y en otros análogos, sin que se exija para ello reunir los requisitos del artículo 34 LH. Así, la SAP de Murcia, de 19 de diciembre de 2017 (JUR 2018\37354) señala que la única excepción a la resolución del arrendamiento es su inscripción registral y rechaza examinar –por innecesario– si el adjudicatario goza de los requisitos del tercero hipotecario. En la doctrina, cabe destacar la opinión de ACHÓN BRUÑEN, M.<sup>a</sup> J. («Las engañosas ventajas de inscribir un contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad», p. 3) para quien «conforme al artículo 13.1 LAU se extinguirá en todo caso con independencia de que el rematante o adjudicatario conozca su existencia, es decir, al margen de que este ostente buena fe». Sobre la necesaria distinción, en este punto, entre los citados preceptos arrendaticios, cfr., MARÍN LÓPEZ, J. J./COLÁS ESCANDÓN, A. M.<sup>a</sup>: «Comentario al artículo 13», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 417 y 488 y GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Comentario al artículo 13», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Lex Nova Thomson Reuters, Valladolid, 2014, pg. 328.

tección tabular<sup>66</sup>. Sin embargo, en el contexto de los arrendamientos, el artículo 1571 CC es ajeno a la buena fe, toda vez que el arrendamiento origina un derecho personal en el arrendatario de cuyo incumplimiento sólo se deriva la indemnización por el arrendador<sup>67</sup>.

En coherencia con lo anterior tampoco resulta aplicable a los arrendamientos no inscritos la interpretación jurisprudencial correctora del artículo 13 LH. Frente al tenor literal de este precepto que exige la inscripción de los derechos reales en cosa ajena para que surtan efectos contra terceros se ha desarrollado una doctrina jurisprudencial que admite la oponibilidad de las servidumbres aparentes y, por extensión, de los demás derechos reales limitados perceptibles por los sentidos. La relectura del artículo 13 LH deriva de que «la apariencia indubitada produce una publicidad en semejanza a la inscripción en el Registro» (SSTS de 15 de marzo de 1993 [RJ 2277] y 17 de octubre de 2006 [RJ 8993]). A pesar de ello, la consideración del arrendamiento como un derecho personal le excluye de la posible protección derivada de la interpretación jurisprudencial del artículo 13 LH<sup>68</sup>.

También rechaza la exigencia de buena fe Guilarte Gutiérrez que recuerda que el artículo 1571 CC «no precisa buena fe alguna por parte del adquirente, es decir, desconocimiento de la existencia del arriendo, sino que es precisamente su constatada existencia la que arrumba al legislador a través de la facultad resolutoria que el precepto contiene»<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> Cfr. STS de 18 de febrero de 2005 (RJ 1683), conforme a la que «buena fe no solo significa –requiere– el desconocimiento total de la inexactitud registral, sino también la ausencia de posibilidad de conocer la exactitud». En sentido parecido, SSTS 29 de septiembre de 2003 (RJ 7006); 7 de septiembre de 2007 (RJ 5303) y 19 de mayo de 2015 (RJ 2612). En la doctrina, cabe destacar a VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Estudios sobre Derecho de cosas*, Montecorvo, Madrid, 1973, p. 335; Díez PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1995, p. 346 y GORDILLO CAÑAS, A.: «Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007», *CCJC*, núm. 77, 2008, p. 1438.

<sup>67</sup> PÉREZ GARCÍA, M. J. (*La protección aquiliana del derecho de crédito*, p. 270) señala que «el legislador no sólo permite que el comprador (tercero) lesione un derecho ajeno (...) sino que no le imputa responsabilidad por la lesión ni siquiera cuando tiene conocimiento extrarregistral de la existencia del derecho ajeno». Es decir, por disposición del legislador quien asume la indemnización por la lesión del derecho de crédito es el transmitente.

<sup>68</sup> De la relevancia que esa línea jurisprudencial podría tener para los arrendamientos se hizo eco DE LA PUENTE DE ALFARO, F. (*El arrendamiento urbano frente a terceros*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 71, nota 46), ya que frente a la posesión inmediata y permanente del arrendatario «difícilmente se puede alegar ignorancia absoluta».

<sup>69</sup> GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Comentario al artículo 14», p. 343. En el mismo sentido, MARTÍ MARTÍ, J. («La eficacia de la inscripción en el registro de la propiedad de los contratos de arrendamientos tras la Ley 4/2013 (de 4 de junio, de medidas de flexibilización)», *Práctica de Tribunales*, núm. 109, 2014, p. 6. Documento electrónico La Ley 4312/2014) para quien «el comprador puede conocer la realidad física de la finca (estar arrendada) pero no por ello debe respetar las obligaciones derivadas de este estado arrendatario si el contrato no está inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a su adquisición».

Además, esta interpretación concuerda con la obligación de notificar al arrendatario la voluntad de enajenar la vivienda a fin de que pueda ejercitar su derecho de adquisición preferente. De lo contrario, esta obligación dejaría prácticamente sin contenido el artículo 14 LAU-2013 porque, si la buena fe fuera exigible, quedaría casi exclusivamente restringido a supuestos de falsedad documental en los que se omite la notificación porque la vivienda se enajena como si estuviera libre de arrendamientos.

Sin embargo, con base en argumentos metajurídicos, otros extraídos del artículo 34 LH y de la tácita concepción real del arrendamiento se pretende introducir el requisito de la buena fe en el artículo 1571 CC. Así, Carrasco Perera apunta que «posesión equivaldrá a Registro y el adquirente que supo o pudo saber no podría prevalecerse del artículo 1571. La sociedad civil española no toleraría hoy que un arrendatario no inscrito que dispone de un derecho de uso por tres años se le pueda echar por el comprador que adquirió la cosa a sabiendas de la existencia del arriendo»<sup>70</sup>.

Con una argumentación alternativa, Simón Moreno estima que el requisito de la buena fe es exigible al adquirente con base en la remisión que el artículo 1571 CC hace a «lo dispuesto en la Ley Hipotecaria»<sup>71</sup>. Sin embargo, me parece que se trata de una interpretación un tanto forzada del inciso final del artículo 1571 CC que no debe entenderse como una llamada al artículo 34 LH y a la buena fe que allí se exige sino una alusión a la inscripción del arrendatario como excepción a la eficacia *inter partes* del contrato.

Frente a este sector doctrinal, otro apunta que se precisa una objetivización de la buena fe que quedaría, por tanto, vinculada con la falta de constancia tabular del arrendamiento<sup>72</sup>. Sin embargo, estimo que este enfoque resulta inexacto porque es el propio de los derechos reales con eficacia *erga omnes* mientras que el arrendamiento tiene naturaleza personal con la consiguiente eficacia relativa.

Desde una óptica puramente sistemática, ¿qué sentido tendrían las novedades introducidas por el legislador si la interpretación normativa no se viera sustancialmente alterada? El marco legal de

---

<sup>70</sup> CARRASCO PERERA, Á.: «Comentarios al proyecto de ley de reforma de los arrendamientos de vivienda», p. 134.

En torno a la exigencia de buena fe, cfr. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código civil. Libro quinto y sexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 183 cuyo artículo 562-5 excluye la facultad de dar por concluido el arrendamiento cuando el adquirente «ha tenido conocimiento al tiempo de la enajenación del arrendamiento».

<sup>71</sup> Cfr. SIMÓN MORENO, H.: «El Anteproyecto de ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas: una breve aproximación», *Diario La Ley*, núm. 7922, 2012, p. 2. Documento electrónico La Ley 8409/2012.

<sup>72</sup> Cfr. DURÁN RIVACOBRA, R./DE LA REINA TARTIÈRE, G.: «Publicidad jurídica y protección del arrendamiento urbano», p. 13 y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.: *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 115.

la enajenación de vivienda arrendada ha cambiado de tal modo que si el legislador ha decidido llegar tan lejos es porque aspira a una solución distinta a la que ofrecía el artículo 14 LAU-1994. Dado este cambio de paradigma, es especialmente importante rechazar la interpretación *a sensu contrario* del artículo 14.1 LAU-2013 que evitaría, en la práctica totalidad de los casos, cualquier cambio en las consecuencias jurídicas<sup>73</sup>.

A pesar de lo anterior hay que admitir que el adquirente no será protegido y, por tanto, no podrá emplear la regla venta quita renta cuando haya ánimo fraudulento y abuso de derecho. Esta mala fe-fraude –esencialmente distinta a la mala fe-conocimiento– supone la existencia de una conducta reprochable, una actividad intencionada o propósito fraudulento en el adquirente que pretende perjudicar al arrendatario no inscrito de modo directo y doloso. La consecuencia que se deriva de la separación entre buena fe y conocimiento en materia de arrendamientos confirma, a fin de cuentas, que la inscripción es su único medio de oponibilidad<sup>74</sup>.

Resulta dudoso que un supuesto de mala fe-fraude permita al arrendatario –además de defender la subsistencia de su derecho– impugnar el acto adquisitivo del tercero por causa ilícita. Como ha señalado Carrasco Perera «la ilicitud de la causa no es más que la descripción de todos los casos en que la nulidad de un contrato está explicada o exigida por especiales razones de reproche sobre su contenido»<sup>75</sup>. Uno de los casos con los que ilustra esta nulidad es la celebración de un contrato predeterminado por las partes con el objetivo de causar un daño ilegítimo a un tercero, sin que tal circunstancia pudiera ser ignorada por los contratantes<sup>76</sup>. Así ocurre, conforme a este autor, con el contrato celebrado entre el representante o gestor y un tercero para engañar o abusar de los intereses del representado o principal; cuando se ofrece una ventaja a otro para que rompa ilícitamente sus relaciones contractuales con un tercero o los acuerdos societarios con el propósito de dañar a la minoría. A pesar de ello, el autor no se refiere a la venta de vivienda arrendada en perjuicio del arrendatario como supuesto de ilicitud causal.

---

<sup>73</sup> Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Comentario al artículo 7», p. 135 y «Comentario al artículo 9», pp. 215-216.

<sup>74</sup> En relación a los arrendamientos rústicos ya se admitía una interpretación correctora de la buena fe exigible al adquirente que rechaza la relevancia del conocimiento extratabular y la vincula con la falta de fraude. Cfr. POVEDA BERNAL, M. I.: «La enajenación de la finca arrendada en la nueva ley de arrendamientos rústicos», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, núm. 50, 2007, pp. 124-126.

<sup>75</sup> CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, 2.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, p. 743.

<sup>76</sup> Cfr., también, Díez PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 6.ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 283.

Una primera aproximación admitiría impugnar el acto adquisitivo, al menos, cuando se enajene la vivienda arrendada como libre –en expresa contravención del artículo 25.5 LAU-2013– con pleno conocimiento por el adquirente de la situación del inmueble o con la única intención de expulsar al arrendatario no inscrito.

Sin embargo, permitir en estos casos la impugnación del acto adquisitivo supone una extralimitación de las facultades del arrendatario cuyo interés tutelable se limita exclusivamente a la posesión arrendaticia. Por consiguiente, una vez asegurado su interés –a través de la exigencia de buena fe– falta de fraude al adquirente– ya no debería estar facultado para impugnar la adquisición del tercero<sup>77</sup>. Si el daño al arrendatario se circunscribe a la extinción de su derecho, una vez que se le garantiza la posesión a través de la interpretación del artículo 1571 CC se evita la comisión del daño y, por ello, el arrendatario no precisa la impugnación general del contrato que –en coherencia con el principio de conservación– no presentará una causa ilícita<sup>78</sup>.

En conclusión, la consecuencia que el artículo 14.2 LAU-2013 prescribe es el efecto natural del arrendamiento no inscrito y no debe reducirse a situaciones patológicas en las que el adquirente ignore, de modo invencible, el arrendamiento por haberse enajenado la finca como si estuviera libre de arrendamientos y haber cumplido el estándar de diligencia exigible.

### 3.2 La necesaria inscripción del adquirente

Para una completa comprensión de esta problemática es preciso examinar la vinculación de los artículos 14.2 LAU-2013 y 1571 CC con la regla general que recoge el artículo 7.2 LAU-2013. Conviene recordar que conforme a este precepto «en todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas, surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho, dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad». Más arriba se ha apuntado la relación entre los artículos 7.2 LAU-2013 y 1549 CC que, no obstante, presentan una importante diferencia, puesto que el primero exige la inscripción del tercero y el otro no.

La interpretación del artículo 7.2 LAU-2013 y la mención expresa que hace a la inscripción por parte del adquirente determi-

<sup>77</sup> No obstante, cabe recordar que el reconocimiento de la cesión de contrato que se origina por la transmisión al tercero implica que el arrendatario esté facultado para dar por concluido el contrato sin necesidad de indemnizar al arrendador originario o al adquirente.

<sup>78</sup> Se rechaza, en definitiva, que el arrendamiento tenga, en general, la consideración de contrato celebrado *intuitu personae*.

nan la necesaria relectura del artículo 1571 CC. Ello implica que para que el adquirente pueda dar por terminado el arrendamiento necesita, en todo caso, inscribir pues frente a un dominio no inscrito posterior prevalecerá el arrendamiento anterior no inscrito<sup>79</sup>.

En este sentido, Guilarte Gutiérrez concluye que «no es oponible el arrendamiento no inscrito –sea cual sea la condición del adquirente– siempre que inscriba tal adquirente su derecho pues es ésta una precisión exigida –sin saber bien por qué– por el artículo 7.2»<sup>80</sup>. Este precepto concuerda con el preámbulo de la Ley que recoge que el legislador aspira a que «los arrendamientos no inscritos sobre fincas urbanas no puedan surtir efectos frente a terceros adquirentes que inscriban su derecho».

Sin embargo, ¿por cuánto tiempo subsistirá el arrendamiento no inscrito frente al adquirente que tampoco lo ha hecho? El reconocimiento de la relevancia que el artículo 7.2 LAU-2013 tiene en la interpretación de los artículos 14.2 LAU-2013 y 1571 CC determina la subsistencia del arrendamiento durante el plazo inicialmente pactado con sus prórrogas legales, al menos, hasta que el adquirente inscriba.

En definitiva, el artículo 7.2 LAU-2013 dulcifica para el arrendatario la consecuencia de la regla venta quita renta recogida en el artículo 1571 CC, ya que la inscripción del adquirente es una *conditio iuris* para dar por terminado el arrendamiento. Esto hace que nuestro Derecho apunte, en este particular, hacia un *race registration system* en el que la buena fe, en el sentido del conocimiento extrarregistral de la situación jurídica, carece de relevancia, pues lo decisivo es la inscripción<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> Por analogía se podría hacer referencia al artículo 32 LH que, al ordenar que los títulos «que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero», vincula el efecto de la inoponibilidad de lo no inscrito a que el tercero haya inscrito su título. La interpretación lógica y coherente de este precepto impone la inscripción del tercero que se sobreentiende en la Ley Hipotecaria. Cfr. GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, tomo II, p. 176.

<sup>80</sup> GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Comentario al artículo 14», p. 345. En otro punto de su trabajo, (p. 218) concluye que «desde una perspectiva registral ello debe ser así porque, evidentemente, tal adquirente no goza de la condición de tercero civil del artículo 32 LH (...) toda vez que es presupuesto de oponibilidad el que tenga a su vez inscrito su derecho». Sin embargo, luego limita temporalmente la continuidad del arrendamiento al «período legal del artículo 9 pues se trata ésta de una norma imperativa preferente respecto de los artículos 1571 y 1549 CC».

Con una argumentación alternativa basada en la buena fe y la interpretación *a sensu contrario* del artículo 14.1 LAU-2013, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E. («El arrendamiento urbano de vivienda y sus efectos respecto de terceros a partir de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas», p. 3342-3344) admite la protección del arrendatario no inscrito. Por su parte, parece que CARRASCO PERERA, Á. («Comentarios al proyecto de ley de reforma de los arrendamientos de vivienda», p. 127) se inclina por la aplicación directa del artículo 1571 CC.

<sup>81</sup> En torno al *race registration system*, cfr. JOHNSON, C. W.: «Purpose and scope of recording statutes», *Iowa Law Review*, núm. 47, 1962, pp. 231-233 y BAIRD, D./JACKSON,

Este acercamiento al *race system* podría favorecer la posición del arrendatario dada la necesaria notificación del arrendador con su voluntad de enajenar para el posible ejercicio de los derechos de adquisición preferente. En caso de que el arrendatario no tuviera inscrito su derecho, esta comunicación le puede conceder una oportunidad para protegerlo<sup>82</sup>.

Conforme al artículo 25.2 LAU-2013 una vez efectuada la notificación con la decisión de vender la finca arrendada y sus condiciones, el arrendatario tiene 30 días naturales para ejercitar su derecho de tanteo. Mientras tanto el control registral de la notificación impedirá la inscripción del adquirente y, por tanto, la aplicación de la regla venta quita renta.

Ante la posible dificultad práctica para el ejercicio del tanteo, el arrendatario sólo podrá asegurar su continuidad a través de la inscripción del arrendamiento, lo cual todavía será posible por constar, en caso de fincas inmatriculadas, el arrendador como titular registral y por no exigírsele tampoco buena fe. El principal problema que se le presentará al arrendatario será que carezca de escritura pública, pues lo habitual es que el contrato se recoja en documento privado. Sin embargo, el arrendatario estará facultado con base en el artículo 1279 CC para exigir su otorgamiento y, en su caso, solicitarla judicialmente, incluso en fase ejecutiva, conforme al artículo 708 LEC que regula la ejecución de obligaciones de hacer personalísimas consistentes en otorgar una declaración de voluntad. A fin de asegurar su posición frente al adquirente durante el proceso judicial tendrá que llevar a cabo la anotación preventiva de la demanda. Sin embargo, ninguno de los apartados del artículo 42 LH admite este tipo de anotaciones, dado que el arrendamiento es un derecho personal y no real. A pesar de ello, el artículo 727.5.º LEC abre la puerta para que la demanda del arrendatario sin escritura pública pueda anotarse como medida cautelar, ya que sin ser un derecho real, el arrendamiento es un «derecho inscribible» que es lo que, precisamente, exige el artículo 727.5.º LEC<sup>83</sup>.

La anotación permite al arrendatario ganar prioridad, pero no cierra el Registro ni impide que el adquirente inscriba, aunque su

---

T.: «Information, uncertainty, and the transfer of property», *The Journal of Legal studies*, núm. 13, 1984, p. 313.

<sup>82</sup> Los derechos de adquisición preferente regulados en el artículo 25 LAU-2013 gozan de oponibilidad legal, por lo que su reconocimiento nada tiene que ver lo dispuesto en el artículo 7.2 LAU-2013 que restringe la eficacia del arrendamiento frente a terceros a su inscripción. Cfr. CARRASCO PERERA, A.: «Comentarios al proyecto de ley de reforma de los arrendamientos de vivienda», p. 124.

<sup>83</sup> Si ello no fuera suficiente, el artículo 727.6.º LEC admite como medida cautelar «otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución».

posición será claudicable, ya que la anotación preventiva se podrá convertir en inscripción y conforme al artículo 70 LH «surtirá ésta sus efectos desde la fecha de la anotación». Por ello, una vez concluido el proceso declarativo y el ejecutivo, el arrendatario tendrá un título inscribible con el que proteger su derecho e imponer la subrogación al adquirente. A lo anterior no debería ser un obstáculo el inciso del artículo 14.1 LAU-2013 que señala que el arrendamiento debe inscribirse «con anterioridad a la transmisión de la finca» por la señalada retroacción de efectos a la que también se refiere el artículo 24 LH.

No obstante, la anterior construcción podría devenir inútil si el adquirente hubiera pretendido inscribir sin justificar el cumplimiento de la obligación de notificar que recoge el artículo 25 LAU-2013 y, dado que se entiende que es un defecto subsanable, hubiera solicitado la anotación preventiva de su derecho (artículo 42.9.º LH)<sup>84</sup>.

Junto con el tanteo se reconoce el derecho de retracto en aquellas situaciones en las que no se hubiese notificado al arrendatario la intención de enajenar o se hubiese omitido el precio o alguna de las condiciones esenciales de la transmisión. En estos casos, se impone al adquirente, es decir al nuevo propietario, el deber de notificar al arrendatario que se ha producido la transmisión de la propiedad. Una vez efectuada la notificación el arrendatario podrá retraer con sujeción al artículo 1518 CC, de modo que adquirirá la propiedad sobre la finca y, por consiguiente, se extinguirá el arrendamiento. Ahora bien, será preciso determinar la situación en la que queda el arrendamiento no inscrito toda vez que la vivienda ya ha sido transmitida a un tercero. Es preciso excluir su resolución porque el artículo 25.5 LAU-2013 condiciona la inscripción del adquirente a la acreditación de haberse realizado las oportunas notificaciones al arrendatario. Por ello, no se cumplirá lo dispuesto en el artículo 7.2 LAU-2013 y no se podrá expulsar al arrendatario no inscrito que, del modo que se ha expuesto, seguirá facultado para inscribir el arrendamiento o para solicitar la elevación a público de su contrato y la anotación preventiva hasta que se produzca la inscripción del adquirente. Una vez que no se haya ejercitado el retracto y el adquirente haya inscrito, el arrendatario ya no podrá proteger su derecho a través del Registro de la Propiedad porque uno de sus principios fundamentales es el de tracto sucesivo que,

---

<sup>84</sup> En torno a la posibilidad de solicitar la anotación preventiva del título por defecto subsanable, cfr. RODRÍGUEZ MORATA, F.: *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 2.ª ed., Aranzadi, Elcano, 1996, pp. 184-185.

en este caso, exige para la inscripción del arrendamiento que el arrendador conste como titular registral<sup>85</sup>.

Una de las novedades que presenta la reforma de 2013 es la validez de la renuncia por parte del arrendatario a los derechos de adquisición preferente sin que deba tratarse, como hasta entonces, de contratos de duración pactada superior a cinco años. Se trata de una medida que refuerza la posición de los arrendadores que tendrán interés en incluir esta cláusula para evitar ralentizar y dificultar un hipotético proceso de enajenación<sup>86</sup>. Aunque el arrendatario renuncie a los derechos de tanteo y retracto, el artículo 25.8. II LAU-2013 no exonera al arrendador de «comunicar al arrendatario su intención de vender la vivienda con una antelación mínima de treinta días a la fecha de formalización del contrato de compraventa». Esta obligación que el legislador impone de manera imperativa a pesar de la renuncia voluntaria a los derechos de adquisición preferente desempeña, en mi opinión, un importante papel para prevenir la aplicación de la regla venta quita renta<sup>87</sup>. En concreto, permitirá al arrendatario que no tuviera inscrito su derecho tener conocimiento de la voluntad de transmitir para poder iniciar los trámites registrales y, en su caso, judiciales para inscribir el arrendamiento y, de este modo, mantener su posesión. Se trata, por tanto, de la última oportunidad para defender su derecho frente al adquirente que inscriba<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> Por este motivo, la RDGRN de 18 de septiembre de 2015 (RJ 4812) denegó la inscripción de la escritura de elevación a público de un contrato privado de arrendamiento de dos fincas porque el arrendador ya no constaba como titular registral. Su inscripción en el folio correspondiente a una de las fincas había sido cancelada por la nulidad de su adquisición, con la consiguiente recuperación de la vigencia de la inscripción previa. En el caso de la otra finca, se rechazó la inscripción del arrendamiento porque la titularidad registral correspondía a un tercero que adquirió la finca fruto de un procedimiento de ejecución frente al arrendador.

<sup>86</sup> Cfr. MAGRO SERVET, V.: «El derecho de tanteo y retracto de vivienda y local de negocio del arrendatario», *Práctica de Tribunales*, núm. 111, 2014, p. 5. Documento electrónico La Ley 7716/2014.

<sup>87</sup> Sin embargo, LOSCERTALES RAMOS, D. (*Arrendamientos urbanos*, p. 233) sostiene que esta comunicación al arrendatario «es un trámite innecesario y sin finalidad (...) parece que se trata de un error del legislador».

<sup>88</sup> La obligación de comunicar cuando se renuncia a los derechos de adquisición preferente se incorporó al Proyecto de Ley en fase de enmiendas. En su justificación parlamentaria se adujo que, en estos supuestos, «nos podríamos encontrar en la situación de que el arrendatario se enterase de la venta del inmueble cuando ésta ya se hubiese producido, sin tener un plazo mínimo para buscar una nueva vivienda o realizar las gestiones que estime oportunas. Esta situación sería especialmente grave para el inquilino si el contrato de arrendamiento no está inscrito en el Registro y, por tanto, el comprador de la vivienda decide no respetarlo» (BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 21-2 de 12 de febrero de 2013). La primera de las razones en las que se fundamenta la enmienda olvida que el artículo 14.2 LAU-2013 reconoce que «el arrendatario podrá exigir que se le deje continuar durante tres meses, desde que el adquirente le notifique fehacientemente su propósito». La que aquí se propone es una de las gestiones oportunas que puede llevar a cabo el arrendatario una vez que conozca la intención de enajenar del arrendador.

Dada la relevancia que presenta la comunicación en los casos de renuncia previa a los derechos de adquisición preferente es preciso resolver si se le debe dotar del mismo tratamiento que a las notificaciones para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto que se deben acreditar para la inscripción del título adquisitivo. Aunque en un plano teórico puede resultar de interés la extensión analógica del cierre registral que se deriva del artículo 25.5 LAU-2013 no hay argumentos jurídicos para que pueda ser así y, por ello, la comunicación debida no puede ser objeto de calificación por el registrador. Por un lado, porque no afecta a un derecho real, ya que la comunicación es ajena al dominio, presume la renuncia a los derechos de adquisición preferente y la subsistencia del arrendamiento es ajena al Registro de la Propiedad. Por otro, porque el artículo 25.5 LAU-2013 cuando ordena el cierre registral se remite expresamente a las notificaciones fehacientes «prevénidas en los apartados anteriores» que se refieren a los derechos de tanteo y retracto, sin aludir a la obligación de comunicar del artículo 25.8. II LAU-2013<sup>89</sup>. En definitiva, el incumplimiento de esta obligación no impedirá la inscripción del adquirente, por lo que si tras este incumplimiento la compraventa se formaliza y el adquirente inscribe su título el arrendatario no inscrito podrá ser desahuciado conforme al artículo 1571 CC y por razones de tracto sucesivo ya no podrá practicar la anotación preventiva para proteger su posición<sup>90</sup>.

Las RRDGRN de 11 de enero de 2016 (RJ 1729 y 1732) confirman que, en estos casos, no se impedirá la inscripción del adquirente al estimar el recurso frente a la calificación que suspendió la inscripción de una compraventa en la que el vendedor manifestó que la vivienda estaba arrendada con pacto de renuncia a los derechos de adquisición preferente. En dichas resoluciones gemelas se concluye que el artículo 25.8. II LAU-2013 establece una «obligación impuesta por la ley al arrendador-vendedor que, en su caso, podría determinar alguna responsabilidad por falta de cumplimiento o de protección al arrendatario por el pago de buena fe de la

---

<sup>89</sup> Cfr. MERINO ESCARTÍN, J. F.: «Resumen de la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Notarios y Registradores*, <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/resumenes/2013-reforma-ley-arrendamientos-urbanos.htm>. (Página vista el 25 de octubre de 2017).

<sup>90</sup> Si se incumple la obligación de comunicar y a la postre el arrendamiento se extingue no será posible que el arrendatario ejercite frente al arrendador la acción de resolución por incumplimiento con base en el artículo 27.3.b) LAU-2013. Estimo que sólo cabría la resolución a instancia del adquirente que será la que prive de eficacia al arrendamiento y que reconoce el derecho del arrendatario a ser indemnizado. En sentido parecido, cfr. RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: «Comentario al artículo 27», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 937. En contra, RODRÍGUEZ MORATA, F.: «Comentario al artículo 25», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 856.

renta arrendaticia a quien no fuera ya arrendador». En el recurso presentado contra la calificación negativa el notario autorizante concluyó que el «incumplimiento [de la obligación de comunicar] generará una posible responsabilidad, pero no producirá, en ningún caso, un cierre registral».

Ahora bien, es preciso establecer la relación entre el incumplimiento de la obligación recogida en el artículo 25.8. II LAU-2013 y la de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la vivienda «por todo el tiempo del contrato» (artículo 1554.3.º CC) a los efectos de determinación de la indemnización que corresponderá al arrendatario. El primero de esos incumplimientos origina que el arrendatario pierda la oportunidad de defender su derecho a través de la inscripción o la anotación preventiva, mientras que el segundo es fruto de la efectiva extinción del arrendamiento a instancias del adquirente. Aunque se trata de dos incumplimientos diferentes no parece razonable que el arrendatario pueda exigir dos indemnizaciones distintas, ya que ambos incumplimientos están conectados a través del daño. De este modo, si el adquirente no desahucia al arrendatario no inscrito tras la enajenación que se llevó a cabo contraviniendo la obligación del artículo 25.8. II LAU-2013 hay incumplimiento de la obligación de comunicar, pero como no produce ningún daño resarcible no resultará indemnizable. En cambio, si el adquirente hace uso de la facultad que le reconoce el artículo 14.2 LAU-2013 el arrendatario podrá exigir que se le indemnice por los daños y perjuicios que se le causen. Estos daños y perjuicios derivados del desahucio son los mismos o, al menos, absorben los que resultan del incumplimiento de la obligación de comunicar, por lo que entiendo que la indemnización será única y compensará los daños derivados del incumplimiento de una obligación (la del artículo 1554.3.º CC) o de dos obligaciones (por un lado, la del artículo 1554.3.º CC y, por otro, la dispuesta en el artículo 25.8. II LAU-2013). Esto no impide que, en estos casos, la indemnización que el arrendador tendrá que afrontar sea superior a la que proceda si la resolución se hubiera producido tras haberse comunicado la voluntad de enajenar la vivienda sin que de esta comunicación se hubiera seguido el intento del arrendatario de proteger su derecho.

La falta de determinación de la cuantía de la indemnización en el artículo 14.2 LAU-2013 con la consiguiente remisión a los artículos 1106 y 1107 CC implica que será preciso calificar al arrendador como deudor incumplidor de mala fe cuando no se lleve a cabo la comunicación al arrendatario<sup>91</sup>. Asimismo, la falta de

<sup>91</sup> MORALES MORENO, A. M. (*Incumplimiento y lucro cesante*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010, pp. 177-179) justifica que el artículo 1107. II

comunicación podrá generar un supuesto de pago al acreedor aparente si la renta se abona al arrendador y no al adquirente que se hubiera subrogado.

Sin embargo, el aspecto más problemático será que el arrendador oculte la situación real de la finca y la enajene como libre de arrendamientos incumpliendo el artículo 25.5 LAU-2013. Este precepto exige, cuando el inmueble no esté arrendado, que el vendedor lo declare así en la escritura, bajo la pena de falsedad en documento público<sup>92</sup>. A pesar de ello, el AAP de Almería, de 24 de mayo de 2005 (JUR 2006, 38954) evidencia la desconexión que existe entre los ordenamientos civil y penal. En dicho auto se examinó «una escritura pública que, a juicio del querellante, incorpora una descripción falsaria o inveraz de la situación arrendaticia del local» que se había vendido como libre de arrendamientos y se concluyó que «deviene legalmente imposible la criminalización de tal comportamiento, que resulta completamente atípico»<sup>93</sup>.

Dada la aparente desconexión entre los ordenamientos civil y penal es preciso valorar si hay una solución puramente civil que permita, al menos en ciertos casos, la protección del arrendatario no inscrito cuando se incurre en falsedad documental. Si la falsedad es conocida por el adquirente se puede justificar que está inmerso en una situación de mala fe-fraude que le excluye de la protección y, por ello, quedará subrogado en la posición de arrendador.

En cambio, si el adquirente ignora la falsedad e inscribe la posición del arrendatario se torna más compleja, ya que el tracto sucesivo impedirá su inscripción o la anotación preventiva y el arrendamiento podría ser resuelto. Aunque para el legislador no es nulo el contrato en el que el transmitente declara falsamente que el inmue-

---

CC obliga a indemnizar al acreedor más allá del fin de protección del contrato. Su interpretación permite admitir una regla de imputación objetiva conforme a la teoría de la adecuación que permite incluir «los daños cuya causación es conocida (cuando no querida) por el deudor incumplidor, en el momento de ejecutar la acción dolosa, así como daños cuyo conocimiento le puede ser imputado, conforme al conocimiento de un observador imparcial».

<sup>92</sup> La falsedad en documento público se remite al artículo 392 CP. Sin embargo, los derechos de tanteo y retracto obligan en toda enajenación no sólo en aquellos casos en los que se realiza en documento público. Por ello, podría ocurrir que haya falsedad en documento privado, aunque ello, conforme a la posición que se sostiene, no permitirá al adquirente dar por concluido el arrendamiento, ya que sin título público no podrá inscribir su adquisición.

<sup>93</sup> La falta de veracidad en la narración de hechos –falsedad ideológica– sólo se tipifica como delito en el artículo 390 CP para autoridades o funcionarios públicos, de modo que no se puede trasladar a particulares. El contenido del artículo 392 CP es más restringido, de modo que la falsedad en torno a la situación jurídica de la finca arrendada difícilmente tendrá relevancia penal. En sentido parecido, cfr. AAP de Barcelona, de 6 de septiembre de 2005 (JUR 2006, 60469). En cualquier caso, es inadmisibles entender que el artículo 25.5 LAU-2013 pueda completar el tipo recogido en el artículo 392 CP por la reserva de Ley Orgánica y la prohibición del recurso a la analogía en materia penal. En relación a la falsedad en documento privado, el artículo 395 CP también excluye de responsabilidad penal la falsedad ideológica.

ble está libre de arrendamientos y difícilmente quepa plantearse la ilicitud de la causa sí sería posible la impugnación del acto adquisitivo en caso de simulación contractual o negocios fiduciarios<sup>94</sup>. En estos supuestos, al igual que en los de mala fe-fraude, se permitirá la impugnación de la inscripción del adquirente que, si bien no encontrará obstáculos por estar la finca aparentemente libre de arrendamientos e inscrita a favor del transmitente, no purificará los defectos propios del título (artículo 33 LH).

### 3.3 La onerosidad de la adquisición

Parte de la doctrina ha manifestado que el artículo 14 LAU-2013 se refiere a las adquisiciones onerosas y gratuitas realizadas a título singular por un tercero ajeno al contrato de arrendamiento<sup>95</sup>. No obstante, hay tres argumentos que permiten excluir la aplicación de la regla venta quita renta en caso de adquisiciones gratuitas.

Si la interpretación *a sensu contrario* del artículo 14.1 LAU-2013 fuera posible, la adquisición gratuita por el tercero no le haría merecedor de la condición de tercero hipotecario y, por consiguiente, le obligaría a respetar la posición del arrendatario fruto de la cesión de la posición contractual.

Ahora bien, ¿es posible deducir la onerosidad del artículo 14.2 LAU-2013? Aunque el legislador no ha incluido expresamente este requisito en la norma entiendo que resulta plenamente exigible. Por un lado, porque el último inciso del precepto alude expresamente al «vendedor» –y no al transmitente o enajenante– como deudor de la obligación de indemnizar al arrendatario expulsado por el adquirente. En la medida en que la indemnización es una cuestión esencial que deriva del incumplimiento del artículo 1554.3.º CC según el cual el arrendador se compromete «a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato» no resulta coherente limitar la indemnización a las enajenaciones onerosas y rechazarla en las gratuitas. Por ello, lo procedente es entender que todo el precepto está ideado para regular las consecuencias de la enajenación onerosa de una vivienda arrendada.

<sup>94</sup> La nulidad por simulación contractual podría alegarse como reconvencción en el procedimiento ordinario iniciado a instancia del adquirente que pretenda dar por concluido el arrendamiento. La falta de efecto traslativo en los negocios fiduciarios se podría alegar por el arrendatario en la contestación a la demanda.

<sup>95</sup> Cfr. MARÍN LÓPEZ, J. J./COLÁS ESCANDÓN, A. M.ª: «Comentario al artículo 14», p. 496. Se excluirían, por tanto, los casos de resolución del derecho del arrendador, las adquisiciones *mortis causa* a título universal y los negocios divisorios (disolución de gananciales o sociedad civil, partición de herencia, división de comunidad, etc.).

Por otro, la remisión que el artículo 14.2 LAU-2013 realiza al artículo 1571 CC abarca no sólo su consecuencia jurídica, sino también su supuesto de hecho que alude expresamente al «comprador de una finca arrendada». Aunque el artículo 1571 CC debe interpretarse de manera extensiva para incluir enajenaciones distintas de las derivadas del contrato de compraventa hay que concluir que está presidido por la idea de onerosidad, toda vez que excluye de su ámbito de aplicación las transmisiones gratuitas de inmuebles arrendados<sup>96</sup>. De esta manera, el adquirente gratuito que inscriba no quedará protegido frente al arrendamiento no inscrito, sino que se subrogará en el derecho del arrendador.

Aunque en un plano real no hay distinción entre las adquisiciones onerosas y las gratuitas, la exigencia de onerosidad para gozar de protección, especialmente en los conflictos trilaterales, obedece a razones de justicia y equidad. Por un lado, la doctrina ha subrayado la debilidad de los negocios que presentan una causa gratuita respecto a los derechos adquiridos a título oneroso<sup>97</sup>. En este contexto se podría hacer la siguiente reflexión para confirmar que la onerosidad es necesaria para el ejercicio de la regla venta quita renta. Como se ha señalado, la enajenación del arrendador y la voluntad del adquirente de resolver el arrendamiento causan el incumplimiento de la obligación del artículo 1554.3.º CC. Pues bien, si no fuera por las previsiones específicas del artículo 14 LAU-2013 el incumplimiento de la obligación de respetar el goce pacífico del inmueble podría propiciar la resolución del contrato a instancia del arrendatario con base en los artículos 1568 CC y 27.1 LAU-2013 que, en ambos casos, se remiten al artículo 1124 CC. Los efectos frente a terceros de la resolución contractual están mati-

---

<sup>96</sup> Cfr. BENAVENTE MOREDA, P.: *La venta de cosa arrendada*, p. 52; Díez PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. IV, p. 275 y QUICIOS MOLINA, M.ª S.: «Comentario al artículo 1571», p. 11119. Implícitamente parece exigir la onerosidad en la adquisición DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídico, Madrid, 1971, p. 266. La onerosidad también aparece en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código civil. Libro quinto y sexto*, p. 183 cuyo artículo 562-5 establece que «el adquirente a título oneroso de un bien arrendado tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la enajenación, salvo pacto en contrario o inscripción del arrendamiento en el registro de bienes correspondiente».

A favor de extender el artículo 1571 CC a adquirentes gratuitos se han posicionado, entre otros, QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA: *Comentarios al Código civil*, pp. 652-653 y PARRA LUCÁN, M.ª Á./RAGEL SÁNCHEZ, L. F./DE LA PEÑA VELASCO, G.: «El contrato de arrendamiento urbano», en M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Contratos*, tomo III, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 108. Con ciertas dudas, CÁMARA LAPUENTE, S.: *El arrendamiento de bienes muebles*, Aranzadi Thomson, Cizur Menor, 2008, p. 385. GUILARTE GUTIÉRREZ, V. («Comentario al artículo 9», p. 217) parece referirse al adquirente gratuito cuando concluye que «su consideración como tercero le hace en todo caso inmune al contrato en el que no es parte y, por ende, determina la facultad de extinguir el arrendamiento que complementariamente el artículo 1571 le otorga».

<sup>97</sup> Cfr. DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, p. 263.

zados a través del reenvío que dicho precepto realiza a los artículos 1295 y 1298 CC que, en materia de rescisión, la limitan frente a terceros de buena fe. Como complemento a los anteriores el artículo 1297 CC presume *iuris et de iure* celebrados en fraude de acreedores los contratos en los que el deudor enajena bienes a título gratuito. De este modo se permite la impugnación de las adquisiciones gratuitas, incluso en aquellas situaciones en las que se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad (artículo 37 LH). Aunque entiendo que no hay analogía suficiente para rescindir la enajenación del arrendador al tercero con apoyo en los artículos 1291 y 1297 CC se vislumbra un cierto principio informador contrario a la tutela de adquirentes gratuitos en las situaciones trilaterales.

Por último, si la aspiración del legislador recogida en el preámbulo de la Ley 4/2013 es la seguridad del tráfico hay que señalar que «la protección del adquirente a título gratuito no la demandan propiamente las necesidades del tráfico jurídico»<sup>98</sup>. A pesar de su eficacia y validez las adquisiciones gratuitas no se pueden considerar como verdaderos actos de tráfico. Con base en ello, en caso de colisión entre una causa onerosa –como es el arrendamiento– y una gratuita debe darse preferencia a la primera, ya que el ordenamiento debe rechazar la protección de quien adquiere sin esfuerzo económico frente al titular de un derecho que compromete su patrimonio.

En definitiva, la solución más justa radica en limitar la eficacia extintiva del artículo 14.2 LAU-2013 a las adquisiciones onerosas y ordenar la subrogación de los adquirentes gratuitos, dada la falta de protección general de las adquisiciones gratuitas, máxime en un contexto en el que difícilmente el arrendamiento encaja en la idea de carga porque su existencia está condicionada a la percepción de una renta por el arrendador<sup>99</sup>.

<sup>98</sup> ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup>: *Derecho hipotecario*, tomo II-2, 9.<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 2008, p. 289. Por su parte, DE COSSÍO Y CORRAL, A. (*Lecciones de Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1945, p. 131) concluye que «si la finalidad del registro es la seguridad del tráfico, la protección de las transmisiones gratuitas difícilmente podría justificarse a favor de quien nada ha dado y en daño de quien materialmente es verdadero titular del derecho, habiéndolo adquirido pagando el mismo una contraprestación». Ahora bien, ambos autores se refieren a la necesaria onerosidad para que el tercero sea protegido por la fe pública registral. Ello no implica que se esté tomando este requisito del artículo 34 LH, sino que se trata de dos situaciones conexas porque tanto el precepto hipotecario como la reforma arrendaticia de 2013 aspiran a la mayor seguridad de tráfico inmobiliario y, al coincidir en este punto, exigen un mismo requisito.

<sup>99</sup> El arrendamiento se aleja del usufructo presidido por su gratuidad o de las servidumbres que pueden presentar una contraprestación de tracto único vinculada con el momento constitutivo. GUILARTE GUTIÉRREZ V. («Comentario al artículo 7», p. 131) concluye que «frente a la idea tradicional de considerar el inquilinato como una gravosa «carga oculta» es lo cierto que realmente un inquilino cumplidor, que abone puntualmente la renta, no es tal sino una bendición».

## V. CONCLUSIÓN

La Ley 4/2013, de 4 de junio no responde a una demanda social o a un vacío legal, sino que es una reforma de principios que refuerza la condición de derecho de crédito del arrendamiento y subraya su eficacia relativa si no se inscribe. El factor decisivo para determinar la subsistencia o admitir la facultad de resolver el contrato, y éste es uno de los aspectos en los que la reforma yerra, es si el arrendamiento está o no está inscrito, independientemente de que el inmueble esté o no esté inmatriculado en el Registro de la Propiedad. Por ello, los supuestos de arrendamientos no inscritos celebrados sobre fincas inmatriculadas es preciso incluirlos en el ámbito de aplicación del artículo 14.2 LAU-2013 que remite la solución del conflicto al artículo 1571 CC, sin que sea posible interpretar *a sensu contrario* el artículo 14.1 LAU-2013.

A pesar de que el legislador introduce cambios que aconsejan la inscripción del arrendatario de vivienda, los requisitos que el artículo 1571 CC exige tácitamente al adquirente para poder dar por concluido el arrendamiento no inscrito no son muy distintos de los que se exigían por la redacción original de la Ley de 1994 para los arrendamientos de una duración superior a cinco años que, contra el parecer de la doctrina, se remitía al artículo 34 LH. De este modo, la regla venta quita renta requerirá la inscripción del adquirente en el Registro de la Propiedad, su adquisición a título oneroso y buena fe, aunque no en el sentido tradicional del artículo 34 LH que alude a la ignorancia o falta de conocimiento sino como falta de fraude. Aunque la proximidad de estos requisitos es todavía mayor con el artículo 32 LH no procede vincular la recuperación de la regla venta quita renta con este precepto hipotecario por la condición obligacional del arrendamiento. Por tanto, el artículo 14.2 LAU-2013 complementa, en relación a los arrendamientos, lo que incoa el artículo 1257 CC.

Sólo así es preciso comprender el preámbulo de la Ley de reforma que aspira a que «el tercero adquirente de una vivienda que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no pueda resultar perjudicado por la existencia de un arrendamiento no inscrito».

## BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑEN, M.<sup>a</sup> J.: «Las engañosas ventajas de inscribir un contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad», *Diario La Ley*, núm. 8340, 2014.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código civil. Libro quinto y sexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- BAIRD, D./JACKSON, T.: «Information, uncertainty, and the transfer of property», *The Journal of Legal studies*, núm. 13, 1984.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.: «El arrendamiento urbano de vivienda y sus efectos respecto de terceros a partir de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas», *RCDI*, núm. 752, 2015.
- BENAVENTE MOREDA, P.: *La venta de la cosa arrendada*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario al artículo 29», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 4.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- BLANCO CARRASCO, M.: *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013*, Reus, Madrid, 2014.
- CÁMARA LAPUENTE, S.: *El arrendamiento de bienes muebles*, Aranzadi Thomson, Cizur Menor, 2008.
- CARRASCO PERERA, Á.: «Comentarios al proyecto de ley de reforma de los arrendamientos de vivienda», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 4, 2012.
- *Derecho de contratos*, 2.<sup>a</sup> ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.
- CRESPO ALLUÉ, F.: «Comentario al artículo 29», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Lex Nova Thomson Reuters, Valladolid, 2014.
- D'ORS, Á.: *Derecho privado romano*, 10.<sup>a</sup> ed., Eunsa, Pamplona, 2006.
- DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídico, Madrid, 1971.
- DE COSSÍO Y CORRAL, A.: *Lecciones de Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1945.
- DE GRADO SANZ, M. C./RUANO BORRELLA, J. P.: «Inscripción de arrendamientos de bienes inmuebles. Efectos en cuanto a tercero del arrendamiento no inscrito. El derecho de retorno», *RCDI*, núm. 583, 1987.
- DE LA PUENTE DE ALFARO, F.: *El arrendamiento urbano frente a terceros*, Bosch, Barcelona, 1996.
- DE PABLO CONTRERAS, P.: *Curso de Derecho civil*, tomo II, vol. II, 4.<sup>a</sup> ed., Edisofer, Madrid, 2016.
- DÍAZ VALES, F.: *La subrogación legal en la Ley de arrendamientos urbanos*, Montecorvo, Madrid, 2001.
- DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III, 4.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1995.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 6.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 2007.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. IV, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Comentario al artículo 2», *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- DU PLESSIS, P. J.: «Historical evolution of the maxim "sale breaks hire"», en C. van der Merwe/A. L. Verbeke (eds.), *Time-limited interests in land*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- DURÁN RIVACOBA, R./DE REINA TARTIÈRE, G.: «Publicidad jurídica y protección del arrendamiento urbano», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, núm. 6, 2014.
- ESCRICHE, J.: «Arrendamiento», *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Nueva edición reformada y considerablemente aumentada*, tomo I, Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, 1874.

- FÍNEZ, J. M.: «Comentario al artículo 14», *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Civitas, Madrid, 2005.
- «Comentario al artículo 29», *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Civitas, Madrid, 2005.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, tomo II, Civitas, Madrid, 1993.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, vol. III, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, Madrid, 1852.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *Ley hipotecaria: comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, Imprenta Revista Legislación, Madrid, 1862.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948.
- GORDILLO CAÑAS, A.: «El principio de inoponibilidad: El dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral», *ADC*, vol. LVII, núm. 2, 2004.
- «Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007», *CCJC*, núm. 77, 2008.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Comentario al artículo 13», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Lex Nova Thomson Reuters, Valladolid, 2014.
- «Comentario al artículo 14», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Lex Nova Thomson Reuters, Valladolid, 2014.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo IV, 2.<sup>a</sup> ed., Librería Sánchez, Madrid, 1871.
- JEREZ DELGADO, C.: «La entrega y las obligaciones del vendedor derivadas de la buena fe contractual: la segunda venta del inmueble por un mismo vendedor», *ADC*, vol. LIV, núm. 4, 2001.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: «Ejecución hipotecaria y arrendamiento, tras la Ley 4/2013, de 4 de junio», *RCDI*, núm. 749, 2015.
- JOHNSON, C. W.: «Purpose and scope of recording statutes», *Iowa Law Review*, núm. 47, 1962.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, 2.<sup>a</sup> ed., Zaragoza, 1957.
- *Elementos de Derecho civil*, tomo II-2, 5.<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 2013.
- LÓPEZ, G.: *Las Siete partidas. Quinta partida*, Imprenta de Andrea de Portonariis, Salamanca, 1555, p. 45. Edición facsímil editada por «Boletín Oficial del Estado», Madrid, 1974.
- *Los Códigos españoles concordados y anotados*, tomo III, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1848.
- LÓPEZ PEDREIRA, A.: *Emptio tollit locatum: la venta de cosa arrendada en el Derecho romano*, Edisofer, Madrid, 1996.
- LOSCERTALES RAMOS, D.: *Arrendamientos urbanos*, 8.<sup>a</sup> ed., Sepin, Madrid, 2013.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Comentario al artículo 1571», *Comentario del Código civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- MAGRO SERVET, V.: «El derecho de tanteo y retracto de vivienda y local de negocio del arrendatario», *Práctica de Tribunales*, núm. 111, 2014.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.<sup>a</sup>: «Artículos 1571 y 1572», *Comentarios al Código civil*, tomo X, 3.<sup>a</sup> ed., Reus, Madrid, 1919.
- MARÍN LÓPEZ, J. J./COLÁS ESCANDÓN, A. M.<sup>a</sup>: «Comentario al artículo 13», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- «Comentario al artículo 14», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

- MARTÍ MARTÍ, J.: «La eficacia de la inscripción en el registro de la propiedad de los contratos de arrendamientos tras la Ley 4/2013 (de 4 de junio, de medidas de flexibilización)», *Práctica de Tribunales*, núm. 109, 2014.
- MAS BADIA, M.<sup>a</sup> D.: «Arrendamiento de vivienda, tutela del inquilino y seguridad del tráfico: en especial, la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito tras la Ley 4/2013, de 4 de junio», *RCDI*, núm. 746, 2014.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.: *De la publicidad contractual a la titulación registral*, Civitas, Madrid, 2008.
- *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MÉNDEZ SERRANO, M.<sup>a</sup> M.: *El contrato de arrendamiento y su protección registral*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.
- MERINO ESCARTÍN, J. F.: «Resumen de la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Notarios y Registradores*, <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/resumenes/2013-reforma-ley-arrendamientos-urbanos.htm>.
- MORALES MORENO, A. M.: «Prólogo», en P. Benavente Moreda, *La venta de cosa arrendada*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.
- *Incumplimiento y lucro cesante*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010.
- OCAÑA GÁMIZ, J.: *La eficacia frente a terceros de los derechos reales y los derechos de crédito*, Comares, Granada, 2016.
- PANTOJA, J. M./LLORET, A. M.: *Ley Hipotecaria comentada y explicada*, tomo I, Librería de D. Leocadio López, Madrid, 1861.
- PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Á./RAGEL SÁNCHEZ, L. F./DE LA PEÑA VELASCO, G.: «El contrato de arrendamiento urbano», en M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Contratos*, tomo III, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- PAU PEDRÓN, A.: *La protección del arrendamiento urbano*, Civitas, Madrid, 1995.
- PÉREZ GARCÍA, M. J.: *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005.
- PÉREZ GURREA, R.: «La resolución del derecho del arrendador y la enajenación de la vivienda arrendada en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, y su nuevo régimen tras la Ley 4/2013, de 4 de junio», *RCDI*, núm. 743, 2014.
- PÉREZ UREÑA, A. A.: *Consecuencias jurídicas de la enajenación voluntaria de la finca urbana arrendada*, Imprenta Chana, Granada, 2003.
- «La enajenación de la vivienda en los nuevos contratos de arrendamiento», *Administración rústica y urbana*, núm. 166, 2013.
- POTHIER, R. J.: *Tratado de la locación conducción*, trad. Sociedad de amigos colaboradores, Imprenta J. Roger, Barcelona, 1841.
- POVEDA BERNAL, M. I.: *La inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1997.
- «La enajenación de la finca arrendada en la nueva ley de arrendamientos rústicos», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, núm. 50, 2007.
- QUICIOS MOLINA, M.<sup>a</sup> S.: «Comentario al artículo 1571», *Comentarios al Código civil*, tomo VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA: *Comentarios al Código civil*, tomo XXIV-1, 2.<sup>a</sup> ed., Reus, Madrid, 1952.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: «Comentario al artículo 27», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- RAJOY BREY, E.: «La privación del derecho por el Registro de la Propiedad: requisitos», *RCDI*, núm. 741, 2014.

- REBOLLEDO VARELA, Á. L.: «Compraventa de finca arrendada: continuidad o extinción», en Á. Carrasco Perera (dir.), *Tratado de compraventa*, tomo II, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.
- ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup>: *Derecho hipotecario*, tomo II-2, 9.<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 2008.
- RODRÍGUEZ MORATA, F.: *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 2.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Elcano, 1996.
- «Comentario al artículo 25», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- SÁNCHEZ CALERO, F. J./SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: *Manual de Derecho inmobiliario y registral*, 5.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- SCHRAGE, E. J. H.: «Sale breaks hire – Or does it? Medieval foundations of the Roman-Dutch concept», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Revue d'Histoire du Droit/The Legal History Review*, vol. LVI, núm. 2, 1986.
- SIMÓN MORENO, H.: «El Anteproyecto de ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas: una breve aproximación», *Diario La Ley*, núm. 7922, 2012.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Estudios sobre Derecho de cosas*, Montecorvo, Madrid, 1973.
- VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español*, tomo III, Talleres tipográficos Cuesta, Valladolid, 1926.
- ZIMMERMAN, R.: *The Law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996.



# Régimen jurídico aplicable a los internamientos involuntarios en centros geriátricos: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

**GEMA VICO FERNÁNDEZ**

Letrada de la Administración de Justicia  
Doctora en Derecho

## RESUMEN

*La regulación de los internamientos involuntarios contenida en el artículo 211 del Código Civil fue modificada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, siendo dicho artículo derogado y sustituido por el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, según el cual requiere autorización judicial el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí.*

*El artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no se refiere al internamiento involuntario de ancianos que padecen un trastorno psíquico en centros geriátricos. La doctrina y jurisprudencia están divididas en cuanto a la aplicación de este precepto a este tipo de internamientos.*

*El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre los internamientos involuntarios en múltiples ocasiones, indicando los requisitos que debe tener el internamiento para ser conforme al artículo 17 de la Constitución, refiriéndose la sentencia 13/2016, de 1 de febrero, a la posibilidad de que las residencias geriátricas puedan ser el centro al que se refiere el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

*De acuerdo con la legislación aplicable a estos internamientos, así como la jurisprudencia, podemos destacar la necesidad de su reforma para adecuarla a la Constitución y a los tratados internacionales ratificados por España, dentro de los que destaca la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.*

**PALABRAS CLAVE**

*Centro geriátrico, internamiento involuntario, personas mayores, enfermedad mental, incapacidad, discapacidad.*

## Legal framework applicable to involuntary internment in geriatric residences: special reference to the jurisprudence of the constitutional court

**ABSTRACT**

*The regulation of involuntary internments contained in article 211 of the civil code was modified by organic law 1/1996, of January 15th, on the legal protection of minors, said article being repealed and replaced by article 763 of law 1/2000, of January 7th, of civil procedure, according to which judicial authorization requires the internment, due to psychic disorder, of a person who is not in a position to decide for themselves.*

*Article 763 of law 1/2000, of January 7<sup>th</sup>, of civil procedure, does not refer to de involuntary placement of elderly people suffering from a psychic disorder in nursing homes. The doctrine and jurisprudence are divided as to the application of this type of internment.*

*The constitutional court has ruled on involuntary internment on multiple occasions, indicating the requirements needed for internment so as to comply with article 17 of the constitution, referring to judgment 13/2016, of February 1st, on the possibility that geriatric residences may be the center referred to in article 763 of civil procedure law.*

*In accordance with the legislation applicable to these internments, as well as jurisprudence, we can highlight the need for reform so as to adapt it to the constitution and the international treaties ratified by Spain, among which the 2006 international convention on the rights of persons with disability.*

**KEY WORDS**

*Geriatric center, involuntary commitments, elderly people, mental illness, incapacitation, disability.*

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Regulación de los internamientos involuntarios: ¿aplicación a los internamientos en centros geriátricos de la regulación contenida en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil?* 2.1 Clases de internamiento 2.2 Procedimiento aplicable 2.3 Relación entre el internamiento y la incapacidad 2.4 Derechos de la persona internada: tratamientos médicos a los que puede ser sometida y referencia al derecho de sufragio.—III. *Incidencia de la autotutela y las voluntades anticipadas en el internamiento involuntario*. 3.1 Referencia a la posible reforma de la legislación vigente. 3.2 Conclusiones. Jurisprudencia-Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

La Constitución española garantiza en el artículo 43, dentro de los principios rectores de la política social y económica del Estado español, el derecho a la protección de la salud, estableciendo que «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de prestaciones y servicios necesarios», pero también debe garantizar la libertad, reconocida como derecho fundamental en el artículo 17.

El tratamiento de los internamientos involuntarios forma parte de otro marco jurídico más amplio, el de los reconocimientos, las intervenciones facultativas y la asistencia que se realicen sin contar con la voluntad de las personas objeto de los mismos, por razones de carácter sanitario y social.

Por otra parte, el libre desarrollo de la personalidad es un principio constitucional básico consagrado en el artículo 10.1 de nuestra Constitución. Este principio tiene un papel esencial en el ámbito de la capacidad de obrar de las personas, cobrando especial relevancia en relación con la toma de decisiones en materia sanitaria de personas con diversidad funcional y se refiere a la capacidad de las personas de decidir libremente y adoptar aquellas decisiones que afecten a su vida, siempre respetando los límites de la ley, los derechos de los demás y el orden público.

Según el artículo 10.2 de nuestra Constitución, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Entre estos tratados, podemos destacar el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, que en su artículo 5 se refiere al «internamiento de los enajenados». Debe asimismo tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que interpreta dicho convenio, el Convenio de

Oviedo de 1997 y la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.

En este trabajo analizaré la problemática suscitada en torno al internamiento de personas mayores que no tienen capacidad para decidir por sí mismas, al hallarse afectadas por trastornos de carácter degenerativo o propios de la edad cuando deban ser ingresados en centros geriátricos o residencias de carácter asistencial, haciendo especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a los internamientos involuntarios, refiriéndome asimismo a la necesidad de reforma de la legislación vigente en la materia. Este trabajo tiene su origen en uno de los temas que traté en la tesis doctoral en el año 2015, y, en el mismo he tenido en cuenta las recomendaciones que me hicieron en el tribunal de defensa de tesis, procediendo asimismo a su actualización con las nuevas sentencias y artículos publicados sobre la materia que se han considerado relevantes.

## **II. REGULACIÓN DE LOS INTERNAMIENTOS INVOLUNTARIOS: ¿APLICACIÓN A LOS INTERNAMIENTOS EN CENTROS GERIÁTRICOS DE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 763 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL?**

Durante la vigencia del Decreto de 3 de julio de 1931, que fue modificado por el Decreto de 27 de mayo de 1932 y por la Orden Ministerial de 30 de diciembre de 1932, se estableció un sistema de internamiento involuntario de «enajenados» sometido a la sola autorización administrativa. De este modo, la persona susceptible de ser internada por el trastorno mental que padecía se hallaba indefensa ante el sistema administrativo.

Esta situación fue objeto de críticas muy duras<sup>1</sup> y, además, colisionaba con el derecho a la libertad personal del artículo 17 de la Constitución, y con principios recogidos en convenios internacionales ratificados por España.

La regulación vigente del internamiento involuntario es fruto de sucesivas reformas surgidas al amparo de los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y también al amparo de las resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal

---

<sup>1</sup> LETE DEL RÍO, J. M. (1985) considera que la normativa «incurre en el grave y peligroso defecto de sustraer al control judicial el internamiento, con claro detrimento de la libertad y seguridad de la persona, al atender sólo a consideraciones médicas y administrativas, y olvidando los preceptos jurídicos sustantivos...», p. 200.

Europeo de Derechos Humanos y por nuestro Tribunal Constitucional. Con la actual regulación que tiene su origen más inmediato en La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en Materia de Tutela, se dota al mismo de la garantía derivada del control judicial del internamiento involuntario<sup>2</sup>.

La promulgación de la Constitución Española en 1978 implicó, tanto para los discapacitados psíquicos como para los físicos, el establecimiento de una política social económica de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración, y la necesidad de protegerlos, especialmente en el disfrute de los derechos reconocidos en el título I, lo que se consolidó con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que estableció el principio general de la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y la equiparación de las personas con problemas de salud mental a las demás personas, consagrando su derecho a la información así como el reconocimiento de su consentimiento como requisito previo para cualquier intervención médica.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 10 de octubre de 1979, en su artículo 5.1 establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad y que nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos que taxativamente enumera en los apartados a)-f) y en virtud del procedimiento establecido por la ley. El apartado e) se refiere al «internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo», considerando, por tanto, que el internamiento de un «enajenado» es una privación de libertad. Sobre esta base se reformó el Código Civil por Ley 13/1983, de 24 de octubre, se dio redacción originaria al artículo 211 CC, y se produjo el primer ajuste al artículo 17.1 de la Constitución, al determinarse los casos y la forma en que podía restringirse la libertad individual, disponiéndose un sistema de internamiento bajo control judicial.

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en Materia de Tutela, por tanto, abandona el control administrativo de los internamientos de presuntos incapaces, instaurándose el control judicial en el artículo 211 del citado texto. Esta ley

---

<sup>2</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2003) consideran, al analizar los internamientos involuntarios, que «se trata de medidas que deben estar rodeadas de garantías, pues no es insólito el caso en que personas sanas y cuerdas han sido objeto, en establecimientos médicos, de lo que penalmente hay que denominar "detenciones ilegales", especialmente a merced de parientes sin escrúpulos y de facultativos complacientes», p. 251.

originó numerosos problemas interpretativos puestos de relieve por la doctrina<sup>3</sup> y de aplicación práctica, pues dispuso un solo precepto, el artículo 211, para sustituir treinta y cinco disposiciones del Decreto de 1931, lo que resultaba insuficiente para resolver todas las cuestiones de fondo y procedimentales que se suscitaban en su aplicación. Ello llevó a la doctrina a considerar aconsejable no prescindir totalmente de los criterios del Decreto de 3 de julio de 1931, en cuanto fuesen compatibles con la protección de los derechos fundamentales establecida constitucionalmente<sup>4</sup>.

La regulación de los internamientos involuntarios contenida en el artículo 211 CC fue modificada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, siendo dicho artículo derogado y sustituido por el artículo 763 LEC.

Las sentencias 131/2010<sup>5</sup> y 132/10<sup>6</sup>, de 2 de diciembre, del Tribunal Constitucional declararon la inconstitucionalidad tanto del párrafo primero del artículo 211 CC, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, como del párrafo primero del artículo 763.1 LEC, por infringir los artículos 17.1 y 81.1 de la Constitución.

En el fundamento jurídico tercero de la Sentencia 132/2010, de 2 de diciembre, el Tribunal Constitucional se remite a la aplicación de la doctrina sentada en su Sentencia 129/1999, de 1 de julio, y declara en base a la misma la inconstitucionalidad de aquellos incisos de los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 LEC que permiten la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues, al tratarse de una medida privativa de libertad incluida dentro del ámbito del artículo 17 de la Constitución, solo puede regularse mediante ley orgánica conforme establece el artículo 81 de la Constitución.

La declaración de inconstitucionalidad no conlleva la nulidad de los preceptos indicados, pues ello generaría una situación de vacío normativo, limitándose el Tribunal Constitucional a instar al legislador a regular la medida de internamiento involuntario mediante ley orgánica.

La sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012<sup>7</sup>, de 2 de julio, siguiendo la doctrina de las sentencias 131/2010 y 132/2010, de 2 de diciembre, ratifica la insuficiencia de la regulación normativa ordinaria y asimismo reitera en su fundamento jurídico tercero el requerimiento ya efectuado al legislador en las anteriores sentencias:

<sup>3</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1984), pp. 970-973.

<sup>4</sup> GARCÍA GARCÍA, L. (2000), pp. 200-201.

<sup>5</sup> «BOE» núm. 4, 5 de enero de 2011, Sec. TC, pp. 95-105.

<sup>6</sup> «BOE» núm. 4, 5 de enero de 2011, Sec. TC, pp. 106-112.

<sup>7</sup> «BOE» núm. 181, 30 de julio de 2012, Sec. TC, pp. 13-27.

Instamos entonces al legislador a que a la mayor brevedad posible proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica, sin que a día de hoy este requerimiento haya sido todavía atendido, por lo que procede reiterarlo<sup>8</sup>.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, en su artículo 2 apartado primero, modifica la disposición adicional primera de la Ley de Enjuiciamiento Civil, confiriéndole el carácter de ley orgánica al artículo 763 del citado texto.

El Tribunal Constitucional entiende –incluida en el artículo 17.1 de la Constitución– la privación de libertad que se produce en los internamientos involuntarios, cuando la autoridad judicial la acuerda bien como medida cautelar en un proceso ya iniciado, o bien como medida definitiva impuesta en sentencia. Así el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia 141/2012, de 2 de julio, establece que la privación de libertad que se produce en los internamientos involuntarios ha de respetar las garantías que exige la protección del derecho fundamental reconocido en el artículo 17 de la Constitución, interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España, conforme establece el artículo 10 de la Constitución.

Dentro de estos tratados internacionales cabe destacar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 10 de octubre de ese mismo año, que establece, en su artículo 5.1. e), que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad, sin que nadie pueda ser privado de su libertad, salvo en los casos que enumera y con arreglo al procedimiento establecido en la ley. Dentro de estos casos se incluye la privación de libertad, conforme a derecho de un «enajenado».

Para que esta privación de libertad sea considerada legal, según doctrina consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe establecerse judicialmente que el afectado padece una perturbación mental real, comprobada médicamente de forma objetiva, y que

---

<sup>8</sup> «Si el viejo refrán de "a la tercera va la vencida" responde a la realidad, harían bien los grupos parlamentarios y los restantes poderes públicos en atender la admonición del Tribunal Constitucional y afrontar, de una vez por todas, que el tema del internamiento de cualquier persona, en cualquier tipo de centro, con visos de continuidad superior al periodo de las setenta y dos horas propio del *habeas corpus*, exige la regulación mediante ley orgánica y que dicha cuestión, aunque otra cosa pueda parecer, es posiblemente más importante y trascendente que la mayor parte de las iniciativas de los últimos tiempos, respecto de la afirmación y desarrollo de la libertad como derecho fundamental constitucionalmente sancionado y consagrado desde 1978, aunque a algunos todavía hoy pueda parecerlas una cierta novedad». LASARTE ÁLVAREZ, C. (2012), p. 14.

esa perturbación presenta un carácter o magnitud que justifica ese internamiento, por no poder vivir esa persona libremente en sociedad. La privación de libertad no puede prolongarse si no persiste la perturbación<sup>9</sup>. De esta forma, el internamiento psiquiátrico constituye una privación de libertad justificada, que debe autorizarse judicialmente, como una concreción del amparo que los jueces y tribunales prestan a la protección de los derechos y libertades fundamentales.

Se someten a autorización judicial todos aquellos internamientos motivados por un trastorno psíquico. El artículo 763 LEC, no se refiere al internamiento involuntario de ancianos que padecen un trastorno psíquico en centros geriátricos. La doctrina y jurisprudencia están divididas en cuanto a la aplicación de este precepto a este tipo de internamientos.

La problemática se suscita en torno a la necesidad de autorización judicial cuando el internamiento se refiere a personas mayores que no tienen capacidad para decidir por sí mismas, al hallarse afectadas por trastornos de carácter degenerativos o propios de la edad cuando deban ser ingresadas en centros geriátricos o residencias de carácter asistencial.

El origen de la polémica en torno al internamiento involuntario de personas que padecen un trastorno psíquico o no tienen capacidad para decidir de forma voluntaria su ingreso en centros geriátricos se encuentra en que no existe una regulación especial en nuestro ordenamiento jurídico, sin que el artículo 763 LEC, se refiera específicamente a este supuesto. La cuestión fundamental se centraría en determinar si este artículo es aplicable a los internamientos en centros geriátricos y, por tanto, si estos internamientos requieren autorización judicial y si se ha de llevar a cabo conforme al procedimiento establecido en dicho precepto<sup>10</sup>.

La doctrina y la jurisprudencia están claramente divididas en cuanto a su concreta aplicación, distinguiéndose dos posturas contrapuestas.

El criterio restrictivo, que reserva únicamente la aplicación del artículo 211 CC –en la actualidad, artículo 763 LEC– a los internamientos de personas con problemas de salud mental en centros psiquiátricos, y niega su aplicación a otros centros de internamiento en centros geriátricos, lo podemos encontrar, entre otros, en el auto de la sección primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de febrero de 1999, núm. recurso 1792/1997(ROJ AAP B

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de octubre de 1979, caso Winterwerp contra Holanda, núm. recurso 6301/1973 (la ley 140/1979) apartado 39.

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. (2012), p. 4.

124/1999) que establece, en su fundamento de derecho segundo, que el artículo 211 del CC:

[...] somete a control judicial los internamientos de personas presuntamente incapaces desde el punto de vista jurídico, sometimiento que no es más que una garantía del derecho a la libertad individual consagrado en el artículo 17 de la Constitución. [...] Cualquiera que sea el criterio interpretativo (gramatical, histórico, lógico, sistemático y sociológico) que se aplique para averiguar el ámbito de aplicación del artículo citado, conduce siempre a la misma conclusión: las personas de la tercera edad, por el mero hecho de serlo, ni pueden ser equiparadas a presuntos incapaces, ni su permanencia en centro geriátrico supone privación de libertad, por lo que no pueden estar sujetas a control judicial.

Siguiendo el mismo criterio restrictivo, el auto de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Huelva, de 28 de marzo de 2006, núm. recurso 51/2006(ROJ AAP H 211/2006) indica, en su fundamento jurídico segundo:

[...] cuando ingresa en un centro de atención a personas mayores no psiquiátrico, como es el caso, persona incapacitada legalmente, por entenderlo su tutor más conveniente, lo que hace es dar cumplimiento a su obligación de alimentos prescrita en el artículo 269.1 del código civil en el amplio sentido de su artículo 142, bastando con informar al Juez de su situación como prescribe el apartado 4.º de dicho precepto.

En oposición al anterior criterio, encontramos otra opinión manifestada por algunas resoluciones judiciales, de entre las que cabe destacar el auto de la sección sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra 133/2011, de 21 de junio, núm. recurso 4149/2011(ROJ AAP PO 789/2011) así como por la Fiscalía General del Estado en su Instrucción de 7 de mayo de 1990, número 3/1990<sup>11</sup>, que considera que el artículo 211 CC es de aplicación no solo a los internamientos en centros psiquiátricos, sino a toda clase de internamientos en los que la persona, por padecer una enfermedad mental, no puede prestar su consentimiento de forma válida.

No existe razón alguna para excluir las enfermedades mentales propias de los ancianos. La restricción por el tipo de enfermedad o deficiencia carece de sentido. Lo importante es que la persona que la padece no puede consentir.

Se ha destacado, en esta misma línea, que la normativa aplicable al internamiento de personas mayores por padecer enfermedad psíquica de carácter persistente que les impide autogobernarse, o

<sup>11</sup> [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/instruccion03\\_1990.pdf?idFile=65700ff4-e231-46ba-afcf-b462022a3470](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/instruccion03_1990.pdf?idFile=65700ff4-e231-46ba-afcf-b462022a3470) [consulta: 07/05/2018].

prestar válidamente su consentimiento es la misma que tiene que aplicase al internamiento de cualquier persona con una enfermedad mental en un centro hospitalario o de salud mental, sin que, por motivos de edad, pueda discriminarse a los ancianos.

Los partidarios de esta interpretación extensiva también señalan que, para que el internamiento de un anciano que no está en condiciones de tomar esa decisión por él mismo esté justificado, será estrictamente necesario, como presupuesto material, la existencia de un trastorno psíquico y que sea aconsejable el internamiento en su beneficio. Además del requisito material de la existencia del trastorno psíquico, es necesario, para que la conducta esté justificada, que se observe el procedimiento previsto en el artículo 763 LEC, que requiere la autorización judicial en los internamientos de las personas que no están en condiciones de decidirlo por ellas mismas.

Prescindir del control judicial de los internamientos de los ancianos podría dar lugar a que los internamientos se produjeran cuando no fueran necesarios o que se prolongaran en algunos casos más tiempo del debido. Además, sería inconstitucional, por suponer una discriminación por razón de la edad, precisamente en un momento de la vida en que la persona es más vulnerable. De ahí la importancia de este requisito, que constituye un elemento esencial para que el internamiento sea conforme a derecho<sup>12</sup>.

Dentro de esta postura amplia, algunos autores han mantenido que, a falta de una previsión legal sobre el internamiento de las personas mayores que no pueden prestar válidamente su consentimiento, parece razonable admitir, en ciertos supuestos, la aplicación analógica del artículo 763 LEC. Así, cuando se trata de personas mayores que tienen afectadas sus facultades intelectuales y volitivas, como consecuencia de una demencia severa o enfermedad degenerativa, resulta conveniente exigir la preceptiva autorización judicial, siempre que las circunstancias aconsejen su internamiento en un centro. La intervención judicial permitirá garantizar los derechos de la persona afectada que no se encuentra en condiciones de prestar su consentimiento, decidiendo en su beneficio si procede o no autorizar el internamiento<sup>13</sup>.

En la misma línea de interpretación extensiva se ha destacado que el artículo 4, apartados g) y h) de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, regula, entre sus dere-

<sup>12</sup> COUTO GÁLVEZ, R. M.; MIRAT HERNÁNDEZ, M. P.; ARMENDÁRIZ LEÓN, C. (2007), p. 133.

<sup>13</sup> MESA MARRERO, C. (2008), pp. 112-113.

chos, el de «decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial» y el del «ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio».

El ordenamiento jurídico estatal contempla, por primera vez, una previsión explícita sobre el derecho del interesado a rechazar el ingreso en un centro residencial. Este derecho a decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial requiere que, en tanto no se apruebe otro procedimiento, el aplicable sea el previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil para el Internamiento no Voluntario por Razón de Trastorno Psíquico, de forma que, en aquellos supuestos en que la persona en situación de dependencia vea comprometida su libre decisión sobre el ingreso en un centro residencial o geriátrico, se resuelva en vía judicial el interés al que se deba dar preferencia<sup>14</sup>.

La sección sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en su auto de 21 de junio de 2011, es partidaria de la tesis que defiende la necesidad de autorización judicial previa en los supuestos de internamientos geriátricos de ancianos afectados por algún tipo de trastorno psíquico, y que el cauce adecuado es el procedimiento previsto en el artículo 763 LEC, según establece en su fundamento de derecho segundo.

Conforme indica en su fundamento de derecho tercero:

[...] lo que verdaderamente ha de tenerse por decisivo no es tanto el tipo de establecimiento cuanto el hecho capital de que el sujeto carezca de discernimiento para decidir sobre el internamiento y de que se trate de establecimiento donde la persona ingresada esté privada de libertad deambulatoria. Que el internamiento sea en un centro especializado para enfermos mentales o en un geriátrico en nada modifica lo sustancial: el internamiento no voluntario como medio de prestar la asistencia necesaria al estado y condiciones del sujeto.

Según el fundamento de derecho cuarto del citado auto:

[...] las deficiencias y enfermedades seniles de orden mental, propias de la tercera edad, son abarcadas por el concepto de ‘trastorno psíquico’ a que se refiere el artículo 763 de la ley de enjuiciamiento civil, [...] La realidad geriátrica se comprende dentro del amplio concepto de ‘salud mental’. Así se deduce del texto de la ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad en su artículo 2, al tratar de la salud mental y de su tratamiento en el ámbito comunitario, dice que se considerarán de modo especial los problemas relativos a la psiquiatría infantil y psicogeriatría.

---

<sup>14</sup> MORETÓN SANZ, M. F. (2010), pp. 612-618.

En cuanto a la jurisprudencia constitucional sobre esta materia, la sentencia del Tribunal Constitucional 13/2016<sup>15</sup>, de 1 de febrero, establece en su fundamento jurídico tercero la posibilidad de que las residencias geriátricas puedan ser el centro al que se refiere el artículo 763 LEC, siempre que se encuentre en condiciones imprescindibles para cumplir con el tratamiento psiquiátrico.

La citada sentencia resuelve el recurso de amparo contra el auto del Juzgado de Primera Instancia número 30 de Madrid, de 25 de febrero de 2014, que confirmó la medida de internamiento urgente por trastorno psíquico de la recurrente y contra el auto de la sección vigesimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de julio de 2014, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la anterior resolución.

El Juzgado de Primera Instancia dedujo de las pruebas practicadas, conforme indica el antecedente 2 f) de la sentencia del Tribunal Constitucional 13/2016:

[...] Resulta evidente que la Sra S. está impedida actualmente para cuidar de sí misma y llevar una vida independiente a consecuencia del grave deterioro psicofísico que sufre, por lo que precisa permanecer en un entorno protegido donde le garanticen las condiciones de vida dignas y seguras que por sí misma ella no puede alcanzar.

La permanencia en su domicilio actualmente resulta inviable por las malas condiciones de la vivienda y tampoco ha expresado su deseo de trasladarse a vivir al domicilio de ninguna persona allegada.

En consecuencia procede ratificar su ingreso en el centro geriátrico, en el que por motivos de emergencia social fue internada el pasado 14 de febrero por los Servicios Sociales; sin perjuicio de que pueda ser trasladada posteriormente a otro centro geriátrico o pueda pasar a vivir en un domicilio particular siempre y cuando cuente con la asistencia que necesita durante las 24 horas del día.

La representación procesal de la recurrente, formalizó recurso de apelación frente al auto de instancia, conforme indica la sentencia del Tribunal Constitucional en el antecedente i), se opone a que se haya acordado la ratificación del internamiento tomando como base el informe del Samur social, pues «el hecho de llevar una vida más o menos bohemia o desordenada no es motivo suficiente para privar a nadie de libertad. Se le podrá obligar a que limpie su casa o arregle la luz, pero nunca confinar a una persona por una conducta atípica». Asimismo alega como motivo del recurso de apelación la falta de respeto del plazo para la ratificación de los internamientos urgentes. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, interponiéndose por la recurrente recurso de amparo.

<sup>15</sup> «BOE» núm. 57, 7 de marzo de 2016, Sec. TC, pp. 18409-18422.

Conforme al fundamento jurídico segundo de la citada sentencia del Tribunal Constitucional 13/2016, únicamente se someten a la consideración del tribunal las quejas de contenido constitucional, entendiéndose por tales las planteadas en torno al incumplimiento del plazo máximo de 24 horas en los internamientos urgentes, y la ausencia del presupuesto del trastorno psíquico como justificación de la medida de internamiento.

Según el fundamento jurídico tercero de la sentencia, la ratificación del internamiento se solicitó sin aportar un informe médico que acreditara la procedencia de la medida, sin que se considere que tiene tal carácter el informe firmado por las trabajadoras sociales del Samur, en el que únicamente se describen ciertos hábitos de vida de la recurrente que podrán requerir la ayuda de asistentes sociales, pero no su internamiento forzoso en una residencia.

En los casos que por razones de urgencia deba practicarse el internamiento con carácter previo a la autorización judicial, el artículo 763 LEC impone al responsable del centro en que se hubiera producido el internamiento el deber de comunicar a la autoridad judicial el internamiento y los motivos que lo justificaron en el límite temporal de veinticuatro horas desde el momento del ingreso. El Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico tercero de la sentencia 13/2016, considera que en este contexto, una residencia geriátrica puede ser el centro al que se refiere el artículo 763 LEC siempre que, además de cumplir con todos los requerimientos legales y administrativos para su funcionamiento, se halle en condiciones de cumplir con condiciones imprescindibles para el tratamiento psiquiátrico. El Tribunal Constitucional indica que en este caso hubo un incumplimiento del trámite de comunicación al órgano judicial, de forma que se excedió el plazo máximo de 24 horas para efectuar la comunicación del ingreso a la autoridad judicial, realizándose esta comunicación por quien no tenía que hacerlo, ya que la obligación de comunicación corresponde al responsable del centro y no a los trabajadores sociales que fueron los que efectuaron la comunicación.

Conforme al fundamento jurídico cuarto tampoco se ha acreditado en este caso la existencia del trastorno psíquico justificante del internamiento urgente con fundamento en un informe médico, ya que únicamente se aportó un informe de los trabajadores sociales del Samur social, procede según el fundamento jurídico quinto declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas, acordando la libertad inmediata de la recurrente, salvo que haya podido decidirse otra cosa sobre la situación personal de la recurrente en el proce-

so de incapacitación que se sigue contra la misma, bien como medida cautelar o como pronunciamiento definitivo en sentencia.

Siguiendo con el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la sentencia 34/2016<sup>16</sup>, de 29 de febrero, se refiere al mecanismo procesal civil adecuado para poner fin y autorizar judicialmente internamientos involuntarios por trastorno psíquico de personas que llevan tiempo recluidas en un centro, normalmente una residencia geriátrica sin la necesaria autorización judicial. El Tribunal Constitucional considera que el mecanismo procesal adecuado no sería el del artículo 763 LEC, al no concurrir la circunstancia de urgencia, sino el de la medida cautelar de internamiento del artículo 762 LEC, dentro del proceso de incapacitación que deberá promover el Ministerio Fiscal en el caso de no promoverlo el resto de los interesados con la finalidad de poner fin a la ilicitud de los internamientos.

Algunas comunidades autónomas están creando mecanismos o instituciones para controlar y proteger la situación de abandono o desamparo en que se encuentran muchas personas mayores: la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, creada por la Ley 4/1995, de 21 de marzo, de la Asamblea de la Comunidad de Madrid; el letrado defensor del anciano, en Asturias, como figura creada por la Ley 7/1991, de 5 de abril, de Asistencia y Protección al Anciano del Principado de Asturias, son muestras de ello.

En Andalucía, la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores dispone, en su artículo 45.1:

[...] ninguna persona mayor podrá ser ingresada en un centro sin que conste fehacientemente su consentimiento. En los casos de incapacidad presunta o declarada en los que no sea posible tal consentimiento, se requerirá autorización judicial para el ingreso.

En cuanto a la protección de las personas mayores por el Derecho Civil de Cataluña, dentro de las competencias legislativas de la Comunidad Autónoma establecidas en el artículo 9.2. del Estatuto de Autonomía de Cataluña en materia de conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio, articulándose, en concreto, en el ámbito de la asistencia o bienestar social, se han dictado tres leyes, de signo proteccionista, a favor de las personas mayores, a fin de evitar su soledad o su aislamiento en instituciones geriátricas.

Estas tres leyes son: la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua, que ha sido derogada por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código

<sup>16</sup> «BOE» núm. 85, 8 de abril de 2016, Sec. TC, pp. 24889-24906.

Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y a la Familia, que pasa a regular las relaciones convivenciales de ayuda mutua en el artículo 240; la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, que regula el contrato de acogida de personas mayores; y la Ley 11/2001, de 13 de julio, que tiene por objeto la acogida familiar de personas mayores como servicio social.

Las tres leyes mencionadas se basan en las formas de convivencia presentes en la sociedad catalana, al margen de las relaciones matrimoniales y de las uniones estables de pareja. Son formas de convivencia entre personas que, sin constituir una familia nuclear, comparten una misma vivienda habitual, poniendo en común elementos patrimoniales y trabajo doméstico con voluntad de ayuda mutua y permanencia<sup>17</sup>.

La Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores, ha sido derogada por la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro Sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las Obligaciones y a los Contratos y de Modificación de los Libros Primero, Segundo, Tercero Cuarto y Quinto, que regula en el artículo 624 el contrato de alimentos.

## 2.1 CLASES DE INTERNAMIENTO

El artículo 763 de la LEC al regular el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico regula dos modalidades de internamiento, el ordinario, en el que la autorización es previa al internamiento y el urgente, en el que se practica el internamiento primero por razones de urgencia, debiendo solicitar el responsable del centro la ratificación del internamiento.

El Tribunal Constitucional establece las condiciones que debe reunir el internamiento urgente, regulado en el artículo 763 LEC, en su Sentencia de la Sala Segunda 141/2012, de 2 de julio<sup>18</sup>.

Se configura como presupuesto objetivo de la medida que la persona afectada por ella presente un trastorno psíquico, a lo que debe unirse la urgencia o necesidad inmediata de la intervención médica para su protección. Asimismo, la procedencia de la medida y su duración deben satisfacer los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

<sup>17</sup> VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2002), pp. 76-87.

<sup>18</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2012), «La importancia de la Sentencia es que la misma especifica minuciosamente cuáles son los requisitos que se deben cumplir en dichos internamientos de urgencia (...). De ahí que me haya parecido oportuno considerar que la Sentencia sirve de decálogo en la materia... Decálogo que, al ser contrastado con los Autos recurridos, se acompaña de un ejemplo concreto sobre todo lo que no se debe hacer en tales casos», pp. 1-4.

Podemos distinguir una fase extrajudicial del internamiento urgente, así como una fase judicial. La fase extrajudicial, según el fundamento jurídico quinto de la sentencia, exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico que justifica el internamiento inmediato, debiendo quedar plasmado por escrito para que pueda ser objeto de control posterior por la autoridad judicial.

b) Información al afectado o su representante sobre los motivos del internamiento.

c) Obligación del centro de comunicar al juez competente el internamiento y las causas que lo justificaron, en el plazo máximo de veinticuatro horas. Las veinticuatro horas empiezan a contar desde el momento en que se produce el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad. En todas las ocasiones en que el centro médico incurra en exceso del plazo legal de las veinticuatro horas, el afectado podrá acudir al procedimiento *de habeas corpus* regulado en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo.

d) Control posterior sobre el centro. Desde el momento en que el centro comunica a la autoridad judicial competente el internamiento y los motivos que lo justificaron, la persona internada pasa, a efectos legales, a disposición del órgano judicial.

En cuanto a la fase de control judicial en el internamiento urgente, el artículo 763 LEC, establece un plazo de 72 horas, desde que el centro comunica al juzgado competente la adopción de la medida de internamiento urgente, para resolver el caso, con la finalidad de que en ese plazo el juzgado practique las pruebas necesarias y ratifique el internamiento o, en caso contrario, ordene su cesación.

En cuanto al cómputo del plazo de setenta y dos horas, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 182/2015, de 7 de septiembre<sup>19</sup>, considera vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal, a causa de una interpretación errónea sobre el «*dies a quo*» del límite máximo del que dispone la autoridad judicial para ratificar o revocar el internamiento psiquiátrico acordado extrajudicialmente. La Sentencia objeto del recurso de amparo considera que el inicio del plazo de setenta y dos horas se produce cuando efectivamente el asunto llega a conocimiento del órgano judicial competente para resolver, mediante su oportuno reparto por el Decanato, y no cuando se produce la comunicación por la autoridad médica. El Tribunal Constitucional considera que esta interpretación de los plazos de ratificación de la medida de interna-

<sup>19</sup> «BOE» núm. 245, 13 de octubre de 2015, Sec. TC, pp. 95212-95221.

miento es contraria a la efectividad del derecho fundamental afectado, debiendo considerarse por tanto que el plazo de setenta y dos horas comienza desde que se produce la comunicación por la autoridad médica, sin que se deba tener en cuenta para el inicio del cómputo del plazo el reparto por el Decanato al órgano competente para resolver.

Finalizado el plazo, la autoridad judicial puede ordenar el internamiento, pero en estos casos el demandado debe estar en libertad una vez haya transcurrido el plazo de setenta y dos horas. La superación de dicho plazo conllevará la vulneración del derecho fundamental a la libertad reconocido en el artículo 17 de la Constitución.

El juicio de ratificación comprende tanto la consideración del estado mental del interno en el mismo momento en que tienen lugar las pruebas judiciales sobre su persona, y, asimismo, incluye el examen de la procedencia del internamiento en el momento de su adopción por parte del responsable sanitario.

Las garantías de la fase judicial del internamiento urgente son, según establece el fundamento jurídico sexto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012, las siguientes:

*a)* La autoridad judicial ha de informar al interno o su representante legal de su situación material y procesal y, conforme regula expresamente el apartado 3 del artículo 763, deberá ser informado de su derecho a contar con abogado y procurador en ese trámite, así como de su derecho a la práctica de pruebas.

*b)* En el plano probatorio, además de efectuar el examen directo del interno, la autoridad judicial proveerá la práctica del reconocimiento pericial por un médico designado por él.

*c)* Una de las fundamentales garantías la constituye el límite temporal de 72 horas del que dispone la autoridad judicial para resolver. Este plazo se configura como improrrogable, sin que pueda mantenerse el internamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida, sin que quepa alegar excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, y sin que pueda considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el auto y resulte confirmatorio. Vencido el plazo no desaparece la facultad de la autoridad judicial para ordenar el internamiento, pero, si este se adopta, deberá serlo estando el afectado en libertad, sin perjuicio de que una vez producida la ratificación deba ejecutarse la orden judicial. Por tanto, la superación del plazo de las 72 horas conllevará la vulneración del derecho fundamental del artículo 17.1 de la Constitución.

El órgano encargado de la supervisión de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad; esto es, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus observaciones al informe presentado ante él por el Estado español en septiembre de 2011, en relación con el derecho a la libertad y seguridad de la persona, regulado en el artículo 14 de la Convención, se manifiesta en los siguientes términos:

[...] Le preocupa que, según se informa, se tienda a recurrir a medidas urgentes de internamiento que contienen solo salvaguardias *ex post facto* para las personas afectadas. Le inquietan igualmente los malos tratos de que, según se informa, son objeto las personas con discapacidad internadas en centros residenciales o en hospitales psiquiátricos».

El Comité recomienda al Estado parte que revise sus disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que derogue las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada, y que adopte medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado<sup>20</sup>.

En el internamiento urgente, el artículo 763 LEC exige que el tribunal en el plazo máximo de 72 horas desde que el responsable del centro comunique el internamiento, practique las pruebas y ratifique el internamiento o, en caso contrario ordene su cese. El Tribunal Constitucional ha considerado este plazo improrrogable, siendo en este sentido las sentencias más relevantes, la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012, de 2 de julio, así como la sentencia 182/2015, de 7 de septiembre, que se refiere al cómputo del plazo de 72 horas.

La necesidad en la práctica de cumplir el plazo ha llevado a plantear la posibilidad legal de que los Juzgados de Instrucción de guardia, en situaciones de urgencia en las que un órgano jurisdiccional civil no pueda asumir el cometido de resolver en plazo asuman la responsabilidad de tramitar estos expedientes en su papel de sustituto natural del resto de las jurisdicciones en todas las actuaciones que necesiten una resolución urgente e inmediata. Esta ha sido la posición mantenida por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, al asumir, en su sesión de 21 de abril de 2016, el informe emitido por el Gabinete técnico adscrito al Ser-

---

<sup>20</sup> [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/ESP/CO/1&Lang=En](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/ESP/CO/1&Lang=En). Vid. puntos 35 y 36 [consulta: 14/05/2018].

vicio de Estudios e Informes, el cual, si bien considera conveniente la introducción de un nuevo apartado al artículo 42 del Reglamento 1/2005 de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, aprobado por Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, no ve obstáculo a que esta competencia pudiera ser asumida a través de acuerdos de Juntas de Jueces debidamente ratificados por las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, por los Juzgados de Instrucción de guardia<sup>21</sup>.

La sentencia del Tribunal Constitucional 34/2016, de 29 de febrero, como objeto del recurso de amparo se plantea la controversia derivada de la diferente interpretación que mantiene el Ministerio Fiscal y las resoluciones recurridas, acerca del cauce procesal adecuado para obtener la autorización judicial que permita mantener internada a una persona que presenta un cuadro de enfermedad mental degenerativa y lleva ya un tiempo prolongado recluido en un centro asistencial. Para el Ministerio Fiscal, la autorización judicial ha de concederse a través del proceso especial del artículo 763, mientras que las resoluciones recurridas consideran que la autorización ha de instarse como medida cautelar dentro del proceso para la declaración de incapacidad, pero no por los trámites del artículo 763, pues falta el requisito de urgencia.

La sentencia 34/2016, de 29 de febrero, en su fundamento jurídico quinto indica:

La demanda de amparo hace referencia a un caso concreto, el de doña M. R. S., cuyas circunstancias coinciden de manera sustancial con el de otras muchas personas que debido a su edad avanzada sufren una enfermedad neurodegenerativa y se encuentran recluidas en una residencia sin poder salir de ella, como medida de prevención. Han sido traídas allí por alguien de su entorno cercano, o a iniciativa de los servicios sociales; incluso en ocasiones se trata de un ingreso voluntario con el fin de recibir los cuidados de manutención y salud necesarios y, con el paso del tiempo, el afectado pierde la consciencia necesaria para emitir su voluntad de permanecer allí. La cuestión es que estos centros tienen bajo su cargo a personas que están privadas de su libertad ambulatoria y lo están, con cierta frecuencia en la práctica, sin ningún conocimiento ni autorización de la autoridad judicial. [...] no resulta posible hablar de la «regularización» de un internamiento involuntario que se prolonga durante días, semanas o meses sin autorización de un Juez, sea en un hospital, centro sanitario o en su caso residencia geriátrica. [...] No cabe «regularizar» lo que no es mera subsanación de formalidades administrativas, sino directa vulneración de un derecho fundamental. Así las cosas de todos los efectos que pueden derivarse de la privación ilícita de libertad de la persona internada

---

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. (2016), pp. 5-6.

en esas condiciones, interesa a este amparo el mecanismo procesal civil adecuado para poner fin a esa situación.

La doctrina constitucional derivada de esta sentencia determina que, cuando una persona se encuentre internada involuntariamente por razón de trastorno psíquico, sin que haya sido el internamiento autorizado judicialmente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 763 LEC, habrá que proceder a su incapacitación acompañada de internamiento como medida cautelar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 762 LEC.

Se ha destacado por parte de la doctrina como se trata de un tema con un enorme alcance social, dado que probablemente un tanto por ciento significativo de los ancianos que se encuentran internados en residencias socio-sanitarias lo están desde un principio o a partir de algún momento, sin que se haya cumplimentado lo previsto en el artículo 763 LEC, planteándose la pregunta de si debe en todos esos casos el Ministerio Fiscal iniciar el procedimiento de incapacitación correspondiente, acompañado de la autorización de una medida cautelar de internamiento<sup>22</sup>.

## 2.2 PROCEDIMIENTO APLICABLE

A pesar de que la doctrina mayoritaria califica el internamiento judicial como un proceso contencioso, la disposición adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, lo sujetaba al procedimiento de la jurisdicción voluntaria. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, regula el procedimiento de internamiento dentro del libro cuarto, dedicado a los procesos especiales, y lo hace a continuación de las medidas cautelares del proceso de incapacitación, justo al final del capítulo, por lo que ahora ya no existe duda acerca del carácter contencioso de este procedimiento<sup>23</sup>.

El artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se refiere específicamente al acceso a la justicia. El primer apartado se refiere a la obligación de los Estados parte de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás. Este apartado implica la necesidad de adaptación de la administración de justicia desde una perspectiva física, que exige la creación de espacios que hagan posible el acceso de personas con discapacidad a los mismos y una perspectiva sustantiva o de participación de la perso-

<sup>22</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2016), p. 579.

<sup>23</sup> AZNAR LÓPEZ, M. (2000) crítica la ubicación sistemática del internamiento dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pp. 9-14

na con discapacidad en el proceso, de forma que puedan ejercitar sus derechos en condiciones de igualdad con las demás personas.

Este derecho afecta a todos los órdenes jurisdiccionales y, para garantizar el acceso efectivo a la justicia el apartado segundo del artículo 13 establece la necesidad de que los Estados parte promuevan la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, para lo cual serán necesarios programas y cursos adecuados que garanticen la formación del personal que trabaja en la administración de justicia<sup>24</sup>.

En cuanto a la competencia de los tribunales para conocer de los procesos sobre capacidad, el criterio tradicionalmente seguido por los instrumentos internacionales era considerar competente a la autoridad judicial del Estado donde se hallara el necesitado de protección. Así se definió la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su artículo 22.3, que otorgaba competencia a los tribunales españoles para conocer «[...] en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona o bienes de los menores o incapacitados, cuando estos tuviesen su residencia habitual en España [...]». La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modifica el artículo 22 y añade el artículo 22 quáter, que establece la competencia de los tribunales españoles en esta materia, en sus apartados b y d. Conforme al apartado b), los tribunales españoles serán competentes «en materia relacionada con la capacidad de las personas y las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes cuando estos tuviesen su residencia habitual en España», y el apartado d) establece la competencia de nuestros tribunales «en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda». La competencia de los juzgados españoles en estos casos es exclusiva, en el sentido de que no será admisible el reconocimiento de una resolución relativa a una medida de internamiento dictada en el extranjero para su ejecución en España.

La competencia objetiva se atribuye de forma tácita a los juzgados de primera instancia, al regularse, dentro del capítulo del juicio sobre capacidad: así se dispone expresamente en el artículo 756 LEC. De hecho, no corresponde necesariamente a los juzgados de familia, que por ley no asumieron esta competencia, y sí a

---

<sup>24</sup> CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A. (2012), pp. 7-9.

los juzgados de incapacitaciones y tutelas que se hayan creado en algunas poblaciones como Madrid y Barcelona, al amparo de lo previsto en el artículo 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Antes de la entrada en vigor de la LEC, la competencia territorial venía determinada por el domicilio del presunto incapaz, tanto en los expedientes de internamiento judicial ordinario, sujetos a autorización judicial, como en los urgentes, sujetos a la posterior aprobación judicial.

Tras la entrada en vigor de la LEC, su artículo 763.1 atribuye la competencia para autorizar el internamiento ordinario al tribunal del lugar donde reside la persona afectada por el internamiento. Y, en el caso de internamientos urgentes, la competencia para ratificar la medida corresponderá «al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento».

Cuando, una vez autorizado el internamiento, la persona internada sea trasladada, el juzgado del lugar adonde es trasladada asume el control del internamiento:

«[...] El Juzgado del lugar a donde es trasladada la persona internada asume el control del internamiento consistente no solo en que el Juez valore periódicamente la evolución de su enfermedad, en función de los informes facultativos remitidos, sino también la audiencia de la persona afectada, que podría devenir obligatoria a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de trece de diciembre de dos mil seis, al formar parte de nuestro ordenamiento interno, en virtud del artículo 96.1 de la Constitución Española, que establece: «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España formaran parte del ordenamiento interno», por lo que tal control en la forma descrita solo será efectivo si se realiza por el Juez del lugar donde está la persona internada<sup>25</sup>.

El derecho de defensa del sujeto a internar se garantiza a través del defensor judicial y del abogado defensor. El cargo de defensor judicial recaerá en el Ministerio Fiscal, si este no promueve el procedimiento<sup>26</sup>. Si el Ministerio Fiscal hubiera promovido el procedimiento, el artículo 758 LEC, conforme a la redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, el secretario judicial<sup>27</sup> les designará un defensor judicial, a no ser que este estuviere ya nombrado.

<sup>25</sup> Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 2012, número de recurso 41/2012 (ROJ ATS 4247/2012), fundamento de derecho único.

<sup>26</sup> MONTERO LA RUBIA, J. (2008), p. 72.

<sup>27</sup> La disposición adicional primera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial establece que, a partir de la entrada en vigor de esta ley, que se produjo el 1 de octubre de 2015, todas las

Al margen del defensor judicial, ha de nombrarse al demandado abogado y procurador, sin los cuales no podrá personarse en forma. El abogado y el procurador podrán ser de libre designación, o en su defecto, nombrados de oficio. La única excepción a la intervención preceptiva de abogado y procurador es que el Ministerio Fiscal intervenga como defensor judicial.

La persona con problemas de salud mental tiene derecho a que se le designe un abogado de oficio. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de octubre de 1979, caso Winterwerp contra Holanda, núm. recurso 6301/1973 ( la ley 140/1979) señala, en el párrafo 66, que el artículo 5.4 no exige que los individuos sometidos a vigilancia como enajenados tengan que ocuparse personalmente, antes de acudir a un órgano judicial, de encontrar un letrado que los represente; por lo que, si el sujeto no nombra un abogado de su libre designación, habrá de serle nombrado uno de oficio.

En nuestro derecho, según se tramite el internamiento se observará esta garantía de asistencia letrada. Así, si el internamiento se acomoda al proceso de incapacitación, el demandado tendrá necesariamente letrado, según los artículos 750.1 y 760.1 LEC. En cambio, si la medida de internamiento se tramita de forma independiente del proceso de incapacitación, el nombramiento de letrado es facultativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 763.3. LEC, al prescribir lo siguiente:

[...] en todas las actuaciones la persona afectada por la medida de internamiento, podrá disponer de representación y defensa, en los términos señalados en el artículo 758 de la presente ley.

Es criticable que la ley no haya previsto la intervención preceptiva de abogado y procurador en los procedimientos de autorización de internamiento o de ratificación del internamiento urgente. Así, se da la paradoja de que, siendo el internamiento una medida que afecta a la libertad de las personas, al sujeto afectado se le da peor trato que a un detenido, al que, con independencia de ser o no mentalmente responsable, se le ha de nombrar necesariamente un letrado, conforme al artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Consideramos asimismo que sería conveniente considerar a las personas con discapacidad o a las personas o instituciones que las representen beneficiarias del derecho a la justicia jurídica gratuita, con independencia de umbrales económicos, cuando se trate de litigar sobre derechos que incidan en dicha discapacidad<sup>28</sup>.

---

referencias que se contengan en esta ley o en otras normas jurídicas a secretarios judiciales, deberán entenderse hechas a letrados de la Administración de Justicia.

<sup>28</sup> Acceso a la justicia y la Convención de la ONU. Conclusiones. Congreso de Expertos Justicia y Derechos Humanos. Celebrado en Madrid en <http://aequitas.notariado>.

La Ley de Enjuiciamiento Civil establece como obligatorias la práctica de determinadas pruebas como el examen por parte del tribunal de la persona de cuyo internamiento se trate. Este examen lo ha de practicar la misma autoridad judicial que ha de resolver el expediente de internamiento. De ahí la necesidad de la inmediatez, sin que sea posible su práctica por exhorto.

El juez debe oír el dictamen de un facultativo que él mismo designe. A este efecto, la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo 2/1984, de 8 de junio<sup>29</sup>, se pronuncia contra el hecho de que el facultativo elegido para informar sea un médico integrado en la plantilla del centro donde esté internado el paciente o donde intente realizarse el internamiento. Este pronunciamiento se realiza en aras de una mayor objetividad, tratando de ampliar hasta el máximo razonable las garantías a favor del internado.

Haciéndose eco de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 129/1999, de 1 de julio<sup>30</sup>, el artículo 763.3 obliga a la autoridad judicial, antes de decidir sobre la autorización del internamiento o sobre la ratificación del internamiento urgente, no solo a las actuaciones que ya contemplaba el párrafo segundo del artículo 211 CC consisten en un examen personal, por la autoridad judicial, de la persona de cuyo internamiento se trate y en oír el dictamen del facultativo por él designado—, sino también a oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida.

El procedimiento para la autorización del internamiento de los menores de edad goza de un plus de garantía, puesto que será, además, necesario el informe de los servicios de asistencia al menor; todo ello, a partir de la modificación realizada en su día por la Ley

---

[org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?uuid=fdc664c7-8ff2-45d0-985b-edf64a26644f&groupId=10228](http://liferay/c/document_library/get_file?uuid=fdc664c7-8ff2-45d0-985b-edf64a26644f&groupId=10228)[consulta: 18/05/2018]-

<sup>29</sup> [https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR\\_02\\_1984.html](https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_02_1984.html) [consulta 18/05/2018].

<sup>30</sup> «BOE» núm. 181, 30 de julio de 1999, Sec. TC, pp. 73-80. Conforme indica en su fundamento jurídico tercero: «[...] Así, de la conjunción entre el párrafo segundo del artículo 211 C. C. y los arts 1.811 a 1824 LEC, resulta un procedimiento de autorización del internamiento en el que se garantiza de modo suficiente la posibilidad de defensa y oposición de la persona afectada, así como la de utilizar cuantos medios de prueba se estimen pertinentes para la mejor defensa de sus derechos e intereses. La persona afectada por la decisión de internamiento habrá de ser oída en todo caso, por así resulta de la previsión de un trámite de examen en el párrafo segundo del artículo 211 CC. En segundo lugar, habrá de ser oído el Ministerio Fiscal con arreglo a lo establecido en la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996 en relación con el artículo 1815 LEC. En tercer lugar, habrá de ser igualmente oída cualquier persona (artículo 1813) cuya comparecencia estime conveniente el Juez o sea solicitada por quien promueve el acto de jurisdicción voluntaria o por quien tenga un interés legítimo [...].»

Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y que se ha mantenido en el artículo 763 LEC.

Dispone el artículo 763 LEC, que el tribunal también dará audiencia a cualquier otra persona cuya comparecencia se estime conveniente o practicará cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, estableciéndose de este modo un sistema de investigación de oficio.

Practicadas las anteriores diligencias, y tras el informe del Ministerio Fiscal, la autoridad judicial debe adoptar una decisión en cuanto a la ratificación judicial del internamiento involuntario urgente practicado, o en cuanto a la autorización judicial del internamiento involuntario solicitado, mediante resolución debidamente motivada, la cual podrá ser objeto de recuso de apelación que no tendrá efectos suspensivos.

El artículo 211 CC disponía también que la autoridad judicial pondría los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos previstos en el artículo 203; es decir, para la promoción de la declaración de incapacidad, si así procediera por concurrir las causas establecidas legalmente para ello. Sin embargo, el Ministerio Fiscal no venía obligado a promover aquella, por cuanto no todo internamiento ha de conllevar por fuerza la incapacitación del internado.

En cuanto a la regulación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el artículo 763.1 remite al artículo 753.3 de la misma ley. De los términos de estos preceptos se desprende que no resultará obligada la promoción de la declaración de incapacidad.

El internamiento por razón de un trastorno psíquico tiene una vocación temporal, y no se concede para siempre, sino tan solo por el tiempo estrictamente necesario. La autorización es temporal pero no conlleva un plazo fijo, de tal modo que se prolongará hasta que desaparezca la causa que motivó el ingreso. Por este motivo, resulta lógico que corresponda a los facultativos prescribir el término del internamiento, pues son quienes mejor pueden advertir el estado de salud del paciente y la conveniencia de darle el alta. Eso sí, deberán comunicarlo al juzgado, para que pueda archivar el expediente y dar por concluida su labor de garante de los derechos del paciente.

Esto, que podía deducirse de la regulación anterior en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, queda explicitado en el artículo 763.4 LEC, no dando lugar a la menor duda, dado que establece que «cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán de alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente».

Una vez sea ratificado o autorizado el internamiento, es obligación del tribunal proceder a su control, y aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que, como mínimo, cada seis meses los facultativos que atienden a la persona internada emitan informe sobre la necesidad de mantener la medida, ello no impide que estos informes sean presentados en inferiores plazos.

Según el párrafo tercero del artículo 211 CC, la autoridad judicial debía revisar el internamiento en la misma forma en que se prestaba la originaria autorización; esto es, previa exploración judicial y con un nuevo informe médico. El artículo 763.4 LEC, elude esta exigencia de la exploración judicial y se limita a imponer la obligación del centro psiquiátrico de informar periódicamente, cada seis meses, sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el juez pueda exigir cuando lo estime oportuno. Así, el artículo 763.4 LEC dispone que, recibidos los informes del hospital psiquiátrico, «el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento».

Consideramos que es claramente criticable la regulación que en esta materia hace la Ley de Enjuiciamiento Civil. En ella no se establece con carácter preceptivo el examen personal de la persona internada por la autoridad judicial, ya que el apartado cuarto del artículo 763 únicamente se refiere a los informes de los facultativos que atiendan a la persona internada y «en su caso a la práctica de las actuaciones que estime imprescindibles». Dentro de estas prácticas no tiene por qué encontrarse dicho examen personal, entendiéndose que no existe ninguna razón que justifique unas menores garantías en el control posterior del internamiento, pues los motivos que lo justificaron en su origen pueden dejar de existir al variar las circunstancias<sup>31</sup>.

Se ha prescindido, por tanto, del carácter preceptivo del examen judicial y del informe de un facultativo antes de decidir sobre el mantenimiento del internamiento, lo que supone un importante menoscabo de las garantías de la persona internada<sup>32</sup>.

Según el criterio mantenido por la Sala Primera del Tribunal Supremo, la audiencia de la persona afectada por el internamiento podría devenir obligatoria a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos sobre de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, al formar parte de nuestro ordenamiento interno<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> GARCÍA GARCÍA, L. (2000), pp. 265-266.

<sup>32</sup> MARÍN LÓPEZ, J. J. (1999) p. 232.

<sup>33</sup> Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 2012, número de recurso 41/2012 (ROJ ATS 4247/2012),

La disposición contenida en el artículo 763 LEC, constituye una excepción al principio contenido en el artículo 8 de la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre Derechos del Paciente, Información y Documentación Clínica, según el cual toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita su consentimiento libre y voluntario, una vez que haya recibido la información necesaria.

Salvo en los supuestos en los que el internamiento se ha acordado como medida cautelar prevista en el artículo 762 LEC, en el que se dispone que los facultativos necesitarían autorización judicial para poder dar de alta a la persona internada, en el resto de los supuestos los facultativos pueden dar de alta a la persona internada con la única obligación de comunicarlo a la autoridad judicial que ha autorizado el internamiento.

Aunque se ha criticado por parte de la doctrina que no exista una intervención judicial cuando los facultativos deciden dar de alta al paciente internado, consideramos que, dado que la finalidad del internamiento en estos casos es solo terapéutica, el alta médica debe considerarse suficiente.

La decisión médica que acuerda poner fin al internamiento no es susceptible de ningún recurso. Por ello, si existe discrepancia con la decisión de los facultativos, las personas legitimadas únicamente podrían instar un nuevo internamiento con todos los requisitos que exige el artículo 763 LEC<sup>34</sup>.

No se aplica el procedimiento del artículo 763 LEC cuando el internamiento necesario lo es por razón de enfermedades o traumas físicos, al aplicarse sólo al «internamiento por razón de trastorno psíquico», conforme establece su tenor literal, tampoco se aplica a los internamientos obligatorios al amparo de medidas especiales en materia de salud pública, a los que será aplicable el artículo 9.2, apartado a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

El procedimiento del artículo 763 LEC se aplica a los internamientos involuntarios, entendiéndose por tales los de aquellos que se oponen al internamiento o que no están en condiciones de prestar su consentimiento. La voluntad inicial capaz de legitimar el internamiento voluntario deberá estar exenta de vicios que la invaliden y durante él esa misma voluntad deberá persistir o permanecer.

En principio, la autorización de internamiento de una persona no incapacitada ni afectada por un proceso de incapacitación se solicitará al amparo del artículo 763.3 LEC, la de quienes ya están incapacitados, invocando el artículo 271 CC, y la de quienes están

<sup>34</sup> TORRES GARCÍA, T. F.; DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013), pp. 112-118.

incursos en un juicio de incapacitación, de acuerdo con el artículo 762 LEC. En cualquier caso, será de aplicación el párrafo tercero del artículo 763 LEC, que exige la previa exploración judicial y el informe médico forense.

Debemos tener en cuenta que en el internamiento como medida cautelar, regulado en el artículo 762 LEC, la situación es diferente a la del resto de los internamientos involuntarios<sup>35</sup>. Así, los internamientos de personas no incapacitadas ni afectadas por un proceso de incapacitación o los internamientos de aquellas personas incapacitadas no los ordena el juez, sino que este los autoriza cuando estima que procede, según prescripción facultativa. Por tanto, es el médico quien decide el internamiento. La función asignada al juez en este precepto es autorizar y no decidir ni ordenar el internamiento. En la medida cautelar adoptada en el curso del proceso de incapacitación, la decisión judicial prevalece sobre la hipotética opinión facultativa de signo contrario, siendo obligado ejecutar aquella. El internamiento, en estos supuestos, no se autoriza, sino que, más propiamente, se ordena.

Respecto a los incapacitados, el artículo 271.1 CC señala que el tutor necesitará autorización judicial para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o de formación especial y, conforme al artículo 273 del mismo código, antes de autorizar o aprobar el juez el internamiento, el juez oirá al Ministerio Fiscal, y al tutelado, si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes.

Queda abierta la vía del recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando se considere que la resolución del internamiento o el contenido de la medida se encuentran en oposición con las obligaciones que se derivan del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Se podrá interponer recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una vez agotados todos los medios de impugnación internos, incluido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio. Están legitimados para interponer este recurso la Comisión, un Estado parte del Convenio, cuando la víctima sea un nacional suyo, la persona afectada por el internamiento y quien haya iniciado el caso ante la Comisión.

---

<sup>35</sup> MARÍN CASTÁN, F. (2015), p. 3529, considera que el artículo 762 LEC no especifica las medidas cautelares que pueden ser adoptados en los procesos especiales sobre capacidad y entre las mismas no se incluye el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico que estaría sujeto a lo especialmente previsto en el artículo 763 LEC, aunque alguna resolución ha basado en este artículo 762 el internamiento involuntario.

Por último, cabe hacer referencia a que todos los internamientos que no reúnan los requisitos del artículo 763 LEC serán no regulares, y, en su virtud, susceptibles del procedimiento de *habeas corpus* de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, del Procedimiento de *Habeas Corpus*, cuyo artículo 1.<sup>a</sup> considera ilegalmente detenidas a las personas ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar. Algunos autores consideran que esta figura no es aplicable en el supuesto de internamiento ordinario por requerir previa autorización judicial. Estimamos que este planteamiento no es acertado, pues las condiciones de regularidad de esta privación de libertad no solo son exigibles al producirse el ingreso, sino que deben mantenerse durante todo el tiempo en que este ingreso se prolongue, ya que el procedimiento de *habeas corpus* es aplicable tanto a las detenciones que, ajustándose originariamente a la legalidad, se mantienen o prolongan ilegalmente o tienen lugar en condiciones ilegales como a los supuestos de personas privadas de libertad a quienes no les sean respetados sus derechos<sup>36</sup>.

Este procedimiento se configura como una «puesta a disposición» o comparecencia ante la autoridad judicial, que permite a la persona privada de libertad formular sus alegaciones a fin de que esta autoridad pueda resolver sobre la legalidad de la detención.

El internamiento ilegal constituye el tipo de la detención ilegal penalizado en los artículos 163 ss. CP. o 530 y siguientes del mismo texto legal. La realización del tipo requiere, bien la conducta de encerrar, bien la de detener; luego, en el internamiento se realiza el tipo. Ahora bien, siempre que se observe lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 763) la antijuridicidad quedará excluida, pues, para que tenga lugar la aplicación de la normativa penal, la privación de libertad debe producirse fuera de los casos permitidos por las leyes, cualquiera que sea la forma utilizada.

No se considerará detención ilegal aquella que esté amparada por un precepto legal. La detención típica es la ilegal, y para determinar en qué consiste la ilegalidad hay que recurrir a normas extrapenales; concretamente, en lo que atañe al internamiento, al artículo 763 LEC, que lo permite sin previa autorización judicial cuando razones de urgencia lo hicieren necesario.

Es importante destacar que la ilegalidad debe ser entendida en sentido material, pues la mera adecuación formal a lo prescrito en las normas no basta para considerar legal una detención o internamiento arbitrario o inmotivado; es decir, el internamiento de un enfermo psíquico será conforme a Derecho cuando se lleve a cabo cumpliendo tanto los requisitos de procedimiento como los presupuestos materiales de justificación. Tales garantías, además, deben ser interpreta-

<sup>36</sup> GARCÍA GARCÍA, L. (2000), pp. 278-279.

das de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España y, en concreto, con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos, que, en su artículo 5.1, prevé expresamente el internamiento de enajenados<sup>37</sup>.

### 2.3 RELACIÓN ENTRE EL INTERNAMIENTO Y LA INCAPACITACIÓN

La reforma de 15 de enero de 1996 tuvo dos finalidades. La primera fue sustituir la expresión «internamiento de un presunto incapaz», que el precepto utilizaba, por la de «internamiento por razón de trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí». Importante consecuencia de la reforma fue, por tanto, la desaparición de la necesaria correlación entre la incapacitación y el internamiento de personas afectadas por enfermedades o trastornos mentales o psíquicos. Con ello, se refuerza el carácter dual de esta medida, de modo que debe quedar restringido el ámbito del artículo 211 únicamente para los supuestos de personas presuntamente incapaces, incapacitadas o no tributarias de incapacitación que, en un momento dado, sufren una alteración psíquica que requiere tratamiento que conlleve el internamiento de la persona.

La segunda finalidad se refería al internamiento de menores de edad, supuesto para el que, tras la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, se estableció que se debía realizar «en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor».

Aunque internamiento e incapacitación son medidas distintas, parece razonable plantearse, con ocasión de cualquiera de ellas, la pertinencia de la otra. Así, el Tribunal, al conceder o denegar la autorización de internamiento o ratificar el de urgencia, pone los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si considera que procede promover la incapacitación<sup>38</sup>, mientras que la sentencia que declara la incapacitación se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad del internamiento<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> El Tribunal Constitucional, en la sentencia 141/2012, de 2 de julio, establece los requisitos para que un procedimiento de internamiento urgente pueda considerarse realizado con todas las garantías, indicando en el fundamento jurídico 6»[...]en fin, las infracciones del procedimiento cometidas por el órgano judicial resultarán denunciadas ante este mismo en orden a su inmediata reparación, solicitando una respuesta y en su caso recurriéndola. No obstante, en esta materia de internamiento involuntario civil hemos dejado abierta la puerta, en casos de inactividad objetiva del órgano judicial, para poder acudir al procedimiento de *habeas corpus* ante el Juez de instrucción competente en procura de la necesaria tutela de la libertad [...]»

<sup>38</sup> Vid. artículos 763.1 y 753.3 LEC.

<sup>39</sup> Artículo 760.1 LEC.

No se puede confundir *discapacidad* con *falta o limitación de la capacidad de obrar*. Así, una persona puede padecer una discapacidad física, psíquica o sensorial sin que sea preciso limitar su capacidad de obrar. El concepto de discapacidad fue introducido en el Código Civil estatal por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad.

Debemos destacar que la incapacitación y la discapacidad o dependencia que pueden afectar a una persona son situaciones distintas tanto en sus presupuestos como en su forma de determinación y sus efectos jurídicos. Así, la incapacitación es un estado civil que se constituye previa resolución judicial, en la que se deberá constatar la existencia de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma, y se deberá establecer la medida de protección aplicada a la persona y sus bienes o solamente a la persona o los bienes. La medida de protección debe aplicarse en función de la capacidad de la persona afectada.

La discapacidad y la dependencia, por su parte, son situaciones de hecho que no presuponen la limitación de la capacidad de autogobierno de la persona, aunque en ocasiones sí puede existir una limitación de esta capacidad de autogobierno. La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, establece como objetivo regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los ciudadanos, en cualquier parte del territorio del Estado español, en el ejercicio del derecho subjetivo de la ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes.

El artículo 2.2 de la citada ley define la dependencia como «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal».

La discapacidad y la dependencia no tienen que ir precedidas de una declaración judicial para ser jurídicamente relevantes. La discapacidad y la dependencia tienen en cuenta determinadas circunstancias personales pueden tener en el normal desarrollo de la vida cotidiana de las personas que las padecen y que pueden ver limitada su autonomía personal. La discapacidad y dependencia

serán determinadas mediante la correspondiente resolución administrativa<sup>40</sup>, con posibilidad de recurso en vía judicial<sup>41</sup>.

El alcance de la incapacitación judicial de una persona dependerá del grado en el que se encuentre limitada, en el caso concreto, su capacidad de autogobierno.

La sentencia que declare la incapacidad de una persona deberá precisar la medida de protección a la que deba quedar sujeta. Si se declara su falta absoluta de capacidad de obrar, será preciso someter a la persona incapacitada y su patrimonio al cuidado y atención de un representante legal, ya sea mediante la patria potestad, prorrogada o rehabilitada, o mediante la tutela, mientras que, si se reconoce que tiene capacidad de obrar, aunque limitada, bastará designar una persona encargada de asistirle en aquellos actos jurídicos que no pueda realizar válidamente por sí sola<sup>42</sup>.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, regula en capítulo cuarto del libro segundo la tutela, la curatela y la guarda de hecho, estableciendo que solo se aplicará lo dispuesto en dichos preceptos cuando no se solicite la constitución de la tutela o curatela en un proceso judicial para modificar la capacidad de una persona.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 29 de abril de 2009, núm. recurso 1259/2006(ROJ STS 2362/2009), analiza la adecuación de nuestra legislación actualmente vigente a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En el fundamento de derecho tercero se refiere al escrito del Ministerio Fiscal que considera que la figura vigente en el derecho español que sería más acorde con el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad sería la curatela, en cuanto que se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados según las necesidades del caso, mientras que considera que debe eliminarse la incapacitación cuando priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos, siendo sustituido por un tutor.

El Tribunal Supremo, en el fundamento de derecho quinto de la sentencia de 29 de abril de 2009, establece que la proclamación de la dignidad de la persona, reconocida en el artículo 10 de la Constitución como valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica. El artículo 49 de la Constitución, asimismo, obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección en favor de las personas con problemas de salud.

---

<sup>40</sup> MORETÓN SANZ, M. F. (2009) considera que deberían tramitarse las solicitudes de dependencia que realice un menor de edad maduro, p. 1009.

<sup>41</sup> GARCÍA GARNICA, M. C. (2013), pp. 183-195.

<sup>42</sup> GARCÍA GARNICA, M. C. (2013), p. 2042.

La actual regulación de las medidas de protección se basa en tres soluciones adaptables a cada situación concreta, la tutela, la curatela y las medidas a tomar en caso de discapacitados respecto aspectos patrimoniales, regulados en la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, por lo que el Tribunal Supremo afirma que la normativa española se ajusta a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>43</sup>.

Considera el Tribunal Supremo, en el fundamento de derecho séptimo de la citada sentencia, que el sistema de protección se debe adaptar a las necesidades de protección de la persona afectada y constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección. Considera asimismo que el sistema de protección establecido en nuestro ordenamiento jurídico se adapta a las disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, siempre que se interprete teniendo en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. Se debe, además, tener en cuenta que la incapacitación no es una medida discriminatoria, sino que se toma para adaptar la medida de protección a la situación de la persona que carece de facultades intelectivas o volitivas necesarias para autogobernarse.

Entrando en el análisis del consentimiento para recibir tratamientos médicos, la posibilidad de prestar el consentimiento por representación aplicable a los supuestos en los que el paciente no tiene capacidad para prestar el consentimiento al tratamiento médico, se establece en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, según el cual se otorgará el consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como órgano encargado de supervisar el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus observaciones al informe presentado por el Estado español en septiembre de 2011, y en relación con el derecho a la vida reco-

---

<sup>43</sup> En sentido contrario SILLERO CROVETTO, B. (2015), p. 404, considera que la Convención ha abandonado estos viejos instrumentos en orden a la atención de las personas discapacitadas, y los sustituye por un sistema de apoyos puntuales de carácter variado.

nocido en el artículo 10 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006:

[...] toma nota con satisfacción de que la Ley núm. 26/2011 modifica la reglamentación incluyendo disposiciones que reflejan el derecho a la accesibilidad cuando se consiente con conocimiento de causa en recibir tratamiento médico. Sin embargo, deplora que los tutores que representan a personas con discapacidad consideradas 'legalmente incapacitadas' puedan legalmente consentir en que se terminen o se suspendan el tratamiento médico, la nutrición u otros medios de sustentación de la vida de estas personas. [...] «El Comité solicita al Estado parte que vele por que se obtenga el consentimiento, otorgado con conocimiento de causa, de todas las personas con discapacidad en todas las cuestiones relativas al tratamiento médico, especialmente la retirada del tratamiento, de la nutrición o de otros medios de sustentación de la vida <sup>44</sup>».

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, en su disposición final segunda, modifica los apartados 3, 4 y 5 y añade los apartados 6 y 7 del artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica.

El apartado sexto introducido por la citada ley establece que, en los casos en que el consentimiento se haya otorgado por representación, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución que corresponda, salvo que, por razones de urgencia, no sea posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptaran las medidas necesarias para salvaguardar la vida o la salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

Se ha destacado cómo llama la atención que no se exija la autorización judicial previa a la actuación médica, o la ratificación posterior en casos de urgencia, cuando el consentimiento se ha otorgado por sustitución, ni siquiera cuando la actuación médica pueda poner en grave peligro la vida o la integridad física de la persona que carece de capacidad, cuando esta autorización sí es preceptiva, en cambio, para el internamiento por razón de trastorno psíquico<sup>45</sup>. La nueva regulación que da la Ley 26/2015, de 28 de julio, de

<sup>44</sup> [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/ESP/CO/1&Lang=En](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/ESP/CO/1&Lang=En). Vid. puntos 29 y 30 [consulta: 14/05/2018].

<sup>45</sup> SOLE RESINA, J. (2014), p. 114.

Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia al apartado sexto del artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica no establece la necesidad de comunicación ni la ratificación posterior por la autoridad judicial de la medida acordada por los facultativos en caso de urgencia. Consideramos que debería existir esta comunicación y ratificación en términos similares a los previstos en el artículo de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para los internamientos urgentes.

Resulta fundamental, al tratar de la capacidad de las personas, hacer referencia a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Uno de los principales retos que plantea la aplicación efectiva de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el reconocimiento, en el artículo 12, de la capacidad jurídica plena de estas personas en igualdad de condiciones que las demás y en todos los aspectos de la vida. Así, los Estados parte tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. A pesar de que la Convención utiliza el término de capacidad jurídica, debemos entender que se refiere al ejercicio de la capacidad de obrar.

Este reconocimiento de la capacidad de las personas con discapacidad es esencial y constituye condición básica para el ejercicio de cualquier otro derecho. La ratificación por España de la Convención obliga a plantear si es necesario adaptar nuestro ordenamiento jurídico al contenido de la misma, y por tanto, si es necesaria una revisión de las normas que regulan la capacidad de las personas.

En este sentido, la disposición adicional séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación Normativa a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece que el Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta ley, remitirá a las Cortes un proyecto de ley para adaptar nuestro ordenamiento jurídico al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>46</sup>.

La incapacitación y la tutela del Código Civil aparecen como instituciones de carácter fundamentalmente patrimonial<sup>47</sup>, aunque

<sup>46</sup> SILLERO CROVETTO, B. (2014), pp. 32-33.

<sup>47</sup> VIVAS TESÓN, I. (2013), p. 1662 considera que la discapacidad en el Código Civil está esencialmente patrimonializada, pues no importa tanto la persona como la conservación del patrimonio y, a partir de la declaración judicial de incapacitación la facilidad para obtener prueba para impugnar la validez de los actos realizados por el incapacitado en su perjuicio.

la existencia de un patrimonio importante tampoco determina automáticamente la incapacitación y tutela cuando su titular padezca un trastorno psíquico. Esto solo se produce cuando ello es necesario para obtener el adecuado rendimiento económico de ese patrimonio o bien cuando sea necesario realizar determinados actos de disposición de bienes comprendidos en ese patrimonio, lo que normalmente quedará reservado al juicio de quienes lo administren de hecho.

El Código Civil está inspirado en la ideología liberal fruto de su época. Es un texto protector de la propiedad, de la libre contratación, en el que destaca cómo esta concepción penetra en todas las instituciones, incluso en las que aparentemente se encuentran más alejadas de los aspectos patrimoniales. Así ocurre con la protección de las personas con problemas de salud mental, donde el Código Civil no se ocupa en el fondo de sus personas, sino de sus patrimonios, ya que la persona del Código Civil no es el ciudadano de la calle, sino el ciudadano propietario<sup>48</sup>.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 son un primer paso en la evolución hacia la perspectiva de los derechos humanos de la discapacidad

El Instrumento de Ratificación de la citada Convención por España fue publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 21 de abril de 2008; y el Instrumento de Ratificación de su Protocolo Facultativo, en el «Boletín Oficial del Estado» de 22 de abril de 2008. Ambos entraron en vigor el 3 de mayo del mismo año. A partir de ese momento, y de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero del artículo 96 de la Constitución, forman parte del ordenamiento interno, por lo que resulta necesaria la adaptación y modificación de la legislación española para hacer efectivos los derechos que recoge la Convención.

Así, con esta finalidad se ha dictado la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación Normativa a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1976), pp. 32-37.

<sup>49</sup> MUÑOZ GARCÍA, C. (2014) considera que esta ley se perfila con una clara declaración de intenciones, por cuanto constituye un claro reto unificador en las políticas de equiparación de las personas con discapacidad, p. 3.

El concepto de *persona con discapacidad* se recoge en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, conforme a la cual:

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás.

La definición refleja el modelo social de discapacidad, al considerar persona con discapacidad no a la que tiene un impedimento físico, mental, intelectual o sensorial a largo plazo, sino a aquella que, a causa de diversas barreras puestas por la sociedad que interactúan con dichos impedimentos, no puede participar plena y efectivamente en la sociedad en igualdad de condiciones que las demás. Lo que provoca la discapacidad son las barreras sociales no los impedimentos físicos, mentales intelectuales o sensoriales<sup>50</sup>.

El artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce el derecho a la libertad y seguridad de las personas con discapacidad, estableciendo la necesidad de que los estados parte aseguren, en condiciones de igualdad con las demás personas, que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la libertad y seguridad, y no sean privadas de libertad, ilegal o arbitrariamente; también, que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de libertad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, partiendo de una definición abierta de la discapacidad, establece como finalidades y obligaciones de los estados miembros la eliminación de las barreras, a fin de hacer posibles el ejercicio de los derechos y la participación efectiva de las personas con discapacidad, en condiciones de igualdad con los demás miembros de la sociedad, en todas las esferas de la vida. De este modo, se pretende promover y salvaguardar la autonomía y la dignidad de las personas con discapacidad.

Esta convención otorga un valor especial a la autonomía de las personas con discapacidad, formulando en su artículo 19, y por primera vez en un instrumento internacional<sup>51</sup>, su «derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad», por lo que será necesaria la creación de mecanismos jurídicos y sociales adecuados para conseguir que este derecho sea una realidad y no una mera declaración de intenciones.

<sup>50</sup> CARDONA LLORENS, J. y SANJOSÉ GIL, A. (2008), p. 191.

<sup>51</sup> GARCÍA GARNICA, M. C. (2013), p. 2043.

## 2.4 DERECHOS DE LA PERSONA INTERNADA: TRATAMIENTOS MÉDICOS A LOS QUE PUEDE SER SOMETIDA Y REFERENCIA AL DERECHO DE SUFRAGIO

En cuanto a los derechos y libertades de la persona internada, debemos indicar que la situación de especial desvalimiento que caracteriza a los pacientes internados en los centros psiquiátricos requiere una vigilancia aún mayor en el control del respeto a sus derechos fundamentales. La enfermedad mental puede justificar la restricción de libertad, medida ya de por sí suficientemente grave, pero el resto de sus derechos civiles no sufren derogación alguna<sup>52</sup>. No debe olvidarse que nuestro Texto Fundamental reconoce expresamente la dignidad de la persona como fundamento de nuestro sistema y, al igual que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, prohíbe los tratos inhumanos o degradantes.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha regulado la revisión del internamiento pero no se establece ninguna norma sobre el control de las condiciones en las que se desarrolla la atención en régimen cerrado. Ello plantea especiales problemas en cuanto a la utilización de medios mecánicos de contención y de salas de aislamiento, que podrían llegar a afectar a la dignidad humana y a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes.

El Decreto de 3 de julio de 1931, publicado el 7 de julio de 1931 en la *Gaceta de Madrid* número 188, contemplaba este supuesto y sometía la utilización de los medios mecánicos de contención a la previa intervención facultativa. En tal sentido, en su artículo 3 b) consideraba una condición indispensable para el funcionamiento de todo establecimiento psiquiátrico, público o privado, que en ningún caso, y sin orden explícita del médico, se utilizaran medios físicos coercitivos, tales como camisas de fuerza y ligaduras.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no establece ningún control de las condiciones en las que se desarrolla el internamiento, y, singularmente, de la garantía de los derechos fundamentales de las personas internadas. Por ello, se hace necesaria una norma que regule, con la amplitud necesaria, no solo los ingresos en centros de internamiento de naturaleza sanitaria, social y sociosanitaria, sino también otros aspectos relacionados con las condiciones de dicho internamiento: en concreto, las garantías del respeto a los derechos fundamentales y los requisitos y el procedimiento a seguir para la limitación de estos derechos cuando ello se

<sup>52</sup> GARCÍA GARCÍA, L. (2006), p. 78: «[...] el enfermo, no por serlo queda despojado de sus derechos; las limitaciones serán las estrictamente indispensables para llevar a cabo el diagnóstico y el tratamiento terapéutico adecuado al caso».

hace inevitable, ante la necesidad de proteger otros bienes como la vida, la salud y la integridad física de las personas internadas.

El artículo 5.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos e Informaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, establece lo siguiente:

[...] el paciente será informado incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal»; y, según el apartado 3 del artículo 5: «[...] cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información, se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho».

A la vista de los términos taxativos en los que se pronuncia la ley, el deber de informar no admite ninguna excepción: sus únicos límites son la voluntad y la capacidad del paciente para recibir la información. En todo caso, la información en sí misma se configura como un derecho autónomo del paciente e independiente de la existencia o no de consentimiento por su parte.

El legislador establece la irrelevancia del consentimiento del menor de edad, sea o no maduro para decidir determinadas intervenciones médicas que pueden comprometer de forma importante su salud o tener consecuencias irreversibles; así, el artículo 156 del Código Penal niega relevancia al consentimiento de cualquier menor de edad o de persona que carezca absolutamente de capacidad para prestar el consentimiento en materia de trasplantes, cirugía transexual y esterilizaciones; el artículo 4 de la Ley 30/1979, de 29 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, prohíbe a los menores de edad, en todo caso, la donación de órganos<sup>53</sup>, y, en general, el artículo 6.1. del Convenio de Oviedo excluye la posibilidad de aplicar a menores de edad, aun con consentimiento informado, cualquier tratamiento médico que no redunde en el beneficio directo del paciente.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, en su artículo 9.6, conforme a la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adoles-

<sup>53</sup> QUESADA GONZÁLEZ, M. C. (2004) indica que haciendo una interpretación conjunta de los artículos 156 del Código Penal, así como del artículo 4 de la Ley 30/1979 y del 269 del Código Civil estatal, se llega a la conclusión de que la donación de órganos del menor o del incapaz está excluida del ámbito de la representación del tutor, mientras que el consentimiento para que el pupilo sea receptor de órganos sí puede prestarlo válidamente el tutor, al tratarse de algo que beneficia al tutelado, p. 108.

cencia, establece que, en los casos en que el consentimiento se preste por representación, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Cuando se considere que las decisiones adoptadas sean contrarias a dichos intereses, deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, salvo que por razones de urgencia no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso, los profesionales sanitarios deberán adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la vida o la salud del paciente.

La Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser Humano respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina de 4 de abril de 1997, ratificada por España el 23 de julio de 1999, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 20 de octubre de 1999, establece en su artículo 7 que la persona que sufra un trastorno mental grave no podrá ser sometida a tratamiento sin su consentimiento, salvo que la falta de tratamiento pueda tener como consecuencia un grave quebranto para su salud y con arreglo a las condiciones establecidas por la ley, que deberán comprender procedimientos de vigilancia y control, y vías de recurso.

Asimismo, establece en el artículo 9 que los deseos emitidos con anterioridad deberán tenerse en cuenta cuando al tiempo de la intervención el paciente no se hallare en estado de expresar su voluntad en una intervención médica.

Por su parte, el Defensor del Pueblo, en la Recomendación 107/2005, de 11 de noviembre, sobre Modificaciones Legales en Orden a Reforzar y Garantizar los Derechos de las Personas que Padecen una Enfermedad Mental<sup>54</sup>, entre otras cuestiones aborda la propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario, considerando que un desarrollo adecuado de los recursos sanitarios en el ámbito sanitario y un correcto ejercicio de las acciones legales harían que no fuera necesario proponer una reforma de la legislación actual, la cual permite solicitar el auxilio judicial para aplicar un tratamiento involuntario a una persona que no sea capaz de prestar su consentimiento.

El artículo 6 del Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997 establece como principio general el respeto de la autonomía del paciente, siempre que ello sea posible, y el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, que establece que, cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones y el criterio médico aconseje

<sup>54</sup> <http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/Recomendaciones/Documents/Recomendaciones2005.pdf> [consulta: 27/06/2015].

aplicarle un tratamiento, el consentimiento se prestará por representación. Estos preceptos, según la Recomendación del Defensor del Pueblo, son suficientes para abordar la situación que se produce cuando una persona con una enfermedad mental rechaza el tratamiento médico y con ello genera un riesgo inmediato grave para su integridad física y psíquica.

Asimismo, el Defensor del Pueblo se refiere al sistema de protección que establece la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que dispone en su artículo 760 que la decisión final que se adopte en el procedimiento de incapacitación tiene que adaptarse a la situación de la persona afectada por la sentencia. El Defensor del Pueblo considera que, siempre que sea necesario, en la sentencia se indicará quién y en qué circunstancias puede suplir su consentimiento para el supuesto en que sea necesario un tratamiento médico que el enfermo rechaza y que, aun en el supuesto de que no exista pronunciamiento expreso sobre la aplicación de tratamientos médicos no consentidos, el artículo 761 LEC, permite instar la modificación de la sentencia cuando sobrevengan nuevas circunstancias.

Se ha planteado que, para poder llevar a cabo una efectiva tutela judicial de los derechos fundamentales de los pacientes, son precisos medios legislativos idóneos, tal y como ocurre en los supuestos de privación de libertad por razones penales. Se trataría de instrumentos normativos mediante los cuales se daría cumplimiento a los mandatos constitucionales en lo que se refiere a la previsión legal de limitación de tales derechos. Es preciso asimismo el desarrollo de los tratados internacionales sobre la materia, así como el desarrollo de los tratados internacionales sobre la materia.

En este sentido el defensor del pueblo, en la Recomendación 107/2005, de 11 de noviembre, sobre Modificaciones Legales en orden a Reforzar y Garantizar los Derechos de las Personas que Padecen una Enfermedad Mental, ha instado a que se modifique el artículo 763 LEC, con la finalidad de contar con la autorización o comunicación judicial cuando el proceso sanitario aconseje la adopción de medidas de contención mecánica u otras restrictivas de los derechos fundamentales. Asimismo, recomienda que se modifique este artículo para introducir el control judicial en aquellos casos en que se apliquen tratamientos especialmente invasivos, sobre todo cuando no sea coincidente el criterio médico y el de la persona que presta el consentimiento en representación de la persona que no está en condiciones de decidir por sí misma<sup>55</sup>.

En el artículo 5.3, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obliga-

---

<sup>55</sup> VENTURA MAS, S. (2006), p. 120.

ciones en Materia de Información y Documentación Clínica se refiere a la situación de los pacientes que, según el criterio del médico, carezcan de capacidad para entender la información a causa de un cierto estado físico o psíquico, en cuyo caso se debe informar a las personas vinculadas a ellos por razones familiares o de hecho. Se puede entender que el legislador no se está refiriendo a supuestos de falta de capacidad en sentido jurídico, sino en sentido vulgar, como paciente impedido circunstancialmente para entender la información y, por tanto, para tomar decisiones<sup>56</sup>.

El Tribunal Constitucional ha indicado, en la Sentencia 37/2011, de 28 de marzo<sup>57</sup>, en su fundamento jurídico cuarto, que el artículo 15 de la Constitución no contiene una expresa referencia al consentimiento informado, lo que no implica que el mismo quede al margen de la previsión constitucional de protección de la integridad física y moral. Así, el derecho fundamental del artículo 15 de la Constitución protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca de consentimiento de su titular.

En los internamientos involuntarios, la autorización judicial tiene como objeto legitimar la privación de libertad que conlleva el internamiento. Aunque la finalidad de este sea el sometimiento del enfermo a tratamiento psiquiátrico, de ahí no cabe deducir que, con base en la autorización judicial, los facultativos puedan imponer cualquier tipo de tratamiento al paciente internado sin contar con el consentimiento de sus representantes legales o, en ausencia de estos, de sus familiares o allegados. La prestación del consentimiento al tratamiento se regirá pues por las reglas generales<sup>58</sup>.

El artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica exige un consentimiento informado específico para cada actuación médica. Este requisito legal hace que no sean validos los documentos que existen en algunos centros residenciales por los que se solicita el consentimiento genérico a la familia o al residente para aplicar contenciones farmacológicas y sujeciones físicas, ya que el consentimiento debe ser específico para cada aplicación episódica de psicofármacos.

Por otro lado, tampoco es posible que se utilice como causa para el uso de psicofármacos justificar que se carece de personal

<sup>56</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2007), p. 252.

<sup>57</sup> «BOE» núm. 101, 28/04/2011, Sec. TC, pp. 46-58.

<sup>58</sup> SANTOS MORÓN, M. J. (2002), p. 69.

profesional adecuado para la atención de la persona ingresada, debiéndose considerar la utilización de psicofármacos por razones de mera conveniencia de terceros y sin que le procure ningún beneficio de salud a la persona anciana, totalmente contraria a la ética y a la deontología médica<sup>59</sup>.

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y su reglamento, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, regulan con detalle las condiciones de la permanencia en estos establecimiento en sus diversas vertientes: figuran, entre otros muchos aspectos, el derecho a la intimidad, el derecho a comunicarse con el exterior del centro y la recepción de visitas (artículos 51-53 de la ley), el disfrute de permisos de salida (artículo 47 y 48 de la ley) y los supuestos en que pueden utilizarse medios de coerción e imponerse la sanción de aislamiento en celda, así como las garantías aplicables para ello (artículos 41-45 de la ley).

Además, el juez de vigilancia penitenciaria, conforme establecen los artículos 76 a 78 de la citada ley orgánica, tiene específicamente encomendada la salvaguardia de los derechos de los internos, a cuyo efecto debe acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que aquellos formulen en lo que atañe a los derechos fundamentales y a los demás derechos que se reconocen en el ámbito penitenciario. Dicha autoridad judicial deviene, de este modo, una pieza clave para la garantía de estos derechos.

Nada similar existe, en cambio, para las personas que se encuentran internadas en centros cerrados de naturaleza sanitaria, social o sociosanitaria. Así las cosas, no es, ni mucho menos, exagerado decir que las personas que cumplen penas de prisión tienen mejor garantizados sus derechos fundamentales que las personas con enfermedad mental, atendidas, en régimen cerrado, en establecimientos de salud mental.

Parece persistir, por tanto, la divergencia en la conciencia social sobre la situación de unos y de otros, existente respecto de los reclusos en centros penitenciarios e inexistente en relación con los internados en estos centros sanitarios, sociales o socio sanitarios, que ya fuera puesta de manifiesto por la doctrina en la década de los setenta y en los comienzos del decenio de los ochenta<sup>60</sup>.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, en su artículo 1.6 modifica la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, añadiendo a dicha ley el capítulo IV, en

<sup>59</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J. L. (2016), pp. 47-52.

<sup>60</sup> AZNAR LÓPEZ, M. (2000), pp. 116-117.

el título II, dedicado a los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.

La ley establece medidas de seguridad que pueden consistir en la contención mecánica o en la contención física del menor de edad, en su aislamiento o en registros personales o materiales, y establece, asimismo, los supuestos en los que pueden aplicarse, en los artículos 28-30. De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 27, corresponde al director del centro, o a la persona en la que este haya delegado, la adopción de decisiones sobre las medidas de seguridad que deberán ser motivadas y notificarse con carácter inmediato a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal, y podrán ser recurridas por el menor de edad afectado por la medida, el Ministerio Fiscal y la Entidad Pública, ante el órgano judicial que esté conociendo del ingreso, el cual resolverá después de recabar un informe del centro y previa audiencia del menor y del Ministerio Fiscal.

Asimismo, se establecen en la ley normas sobre el régimen disciplinario, sobre la administración de medicamentos, sobre el régimen de visitas y permisos de salida, así como sobre el régimen de las comunicaciones.

Consideramos que hubiera sido conveniente regular de una forma similar las garantías aplicables en los supuestos en los que sea imprescindible la restricción de los derechos de las personas internadas en los centros de carácter sanitario, ya que en estos supuestos no existe ninguna norma que regule las condiciones en las que se desarrolla el internamiento.

En cuanto al ejercicio del derecho de sufragio de las personas internadas, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, establecía en el artículo 3.1 letra c) que carecen de derecho de sufragio los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial durante el periodo del internamiento, siempre que en la autorización judicial se recoja expresamente la incapacidad para el ejercicio de este derecho. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, ha suprimido esta disposición, dejando sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1.b y c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ahora suprimidas.

En el análisis de este derecho voy a hacer referencia al auto de la Sección tercera del Tribunal Constitucional 196/16, de 28 de noviembre de 2016, teniendo en cuenta especialmente el voto particular emitido en el mismo. Así, la sentencia que es objeto del recurso de amparo priva del derecho de sufragio activo a M. G. C.,

pese a que sus padres solicitaron en la demanda de incapacitación parcial que se reconociera a su hija el derecho de sufragio activo. Interpuesto recurso de casación, fue desestimado por la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2016.

El recurso de amparo se funda en la vulneración del artículo 23 de la Constitución, en relación a la interpretación que debe darse al mismo, según lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, conforme a lo establecido en los artículos 29, 5 y 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

El Tribunal Constitucional, por medio de providencia, acordó la inadmisión a trámite de la demanda de amparo, al considerar la manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo, El Ministerio Fiscal interpuso recurso de súplica frente a la indicada providencia, al entender que no puede descartarse la existencia de una apariencia de lesión constitucional de los derechos fundamentales en los términos denunciados por los recurrentes.

El Tribunal Constitucional desestima el recurso de reposición interpuesto por el Ministerio Fiscal. Conforme indica en el fundamento jurídico 1, en cuanto a la duda de constitucionalidad de los apartados 1 b) y 2 del artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en relación con el artículo 23 de la Constitución, en la demanda de amparo se parte de que este precepto constitucional reconoce el derecho de sufragio activo a todos los ciudadanos sin limitaciones. Sin embargo, según indica el Tribunal Constitucional, el derecho de sufragio activo universal es un derecho fundamental de configuración legal, estableciéndose las condiciones que afectan a la titularidad y ejercicio del derecho de sufragio en el ámbito de decisión del legislador electoral. Así, los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, condicionan el derecho de sufragio activo, además de a la nacionalidad, a la mayoría de edad, la inscripción en el censo electoral y la ausencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 3, entre las que se encuentra la privación judicial en procesos de incapacitación o de internamiento por razón de trastorno psíquico.

El Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 3 hace referencia a la invocada interpretación del artículo 23 de la Constitución conforme a la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificada por España mediante Instrumento de 9 de abril

de 2008, por mandato del artículo 10.2 de la Constitución, en concreto conforme a su artículo 29, debe tenerse en cuenta la distinción entre *discapacidad* en el sentido de la Convención, que incluye, según el artículo 1 a cualquier deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo que pueda impedir la efectiva igualdad de *incapacidad*, en el sentido definido por el artículo 200 CC, que incluye a las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

El artículo 3.1 b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, no priva del derecho a voto de los *discapacitados* como grupo o colectivo y por razón de discapacidad, sino que atribuye a los órganos judiciales la función de decidir sobre tal restricción al ejercicio del derecho fundamental de modo individualizado, en atención a las concretas circunstancias de cada persona y tras el oportuno proceso. La restricción, conforme indica el Tribunal Constitucional, únicamente debe afectar a las personas que carecen del mínimo entendimiento y voluntad precisos para ejercer el voto libre que proclama el artículo 23.1 de la Constitución, considerando además que la finalidad de las medidas contempladas en los apartados i) a III) del artículo 29 a) de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad es la de garantizar el ejercicio efectivo del voto que sea el reflejo de la libre voluntad de la persona con discapacidad y no, por el contrario, la mera introducción de la papeleta electoral en la urna.

Frente al auto del Tribunal Constitucional desestimando el recurso de súplica interpuesto frente a la providencia de inadmisión del recurso de amparo, la Magistrada Adela Asua Batarrita formuló voto particular por entender que debería haberse estimado el recurso de súplica promovido por el Ministerio Fiscal.

Así, la Magistrada considera que la demanda de amparo plantea una cuestión de singular relevancia constitucional, al no existir doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el ejercicio del derecho fundamental al voto cuando se trata de personas con discapacidad intelectual. Por otra parte, el artículo 49 de la Constitución contiene un mandato a los poderes públicos estableciendo que «realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos», Dentro de estos derechos

están los relativos a la participación política que se establecen el artículo 23 de la Constitución.

El artículo 23.1 de la Constitución es un derecho de configuración legal, por lo que habrá que estar a las previsiones que establezca la legislación que lo desarrolle, siempre que no menoscabe el contenido esencial del derecho fundamental ni infrinja los preceptos constitucionales, entre otros el contenido del artículo 49 de la Constitución. El legislador debe respetar en todo caso el contenido esencial del derecho derivado de la Constitución, según el voto particular, en el auto del Tribunal Constitucional «no se encuentra ni un solo razonamiento, ni una sola línea dedicados a determinar cuál es el contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 23.1 de la Constitución que condiciona el desarrollo y la configuración que del mismo pueda realizar el legislador constituido».

El artículo 10.2 de la Constitución exige interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en el título I de la Constitución de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, por lo que en la interpretación del alcance que deba tener el artículo 23.1 en relación a las personas discapacitadas, es necesario tener en cuenta la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en especial su artículo 29 que regula la participación en la vida política y pública, estableciendo que los Estados parte garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás, incluyendo la posibilidad de votar y ser elegidas, enumerando en los apartados I a III entre otras una serie de formas para lograr este objetivo.

Según establece el voto particular existe una clara incompatibilidad entre el artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General y el artículo 29 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, pues mientras el artículo 3 se fundamenta en la discapacidad como impedimento para ostentar el derecho de sufragio, el artículo 29 de la Convención se basa en la filosofía opuesta, que es la de ofrecer todos los medios precisos para que los discapacitados puedan participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás ciudadanos. Esta incompatibilidad fue puesta de manifiesto por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en relación con España, de 23 de septiembre de 2011, que en relación al artículo 29 dice lo siguiente:

47. Preocupa al Comité que se pueda restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual psicosocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica y ha sido internada en una institución. Le inquieta además que la privación de ese derecho parezca ser la regla y no la excepción. El Comité lamenta la falta de información sobre el rigor de las normas en materia de prueba, sobre los motivos requeridos y sobre los criterios aplicados por los jueces para privar a las personas de su derecho a voto. El Comité observa con preocupación el número de personas con discapacidad a las que se ha denegado el derecho de voto.

48. El Comité recomienda que se revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás. El Comité pide al Estado parte que modifique el artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular. La modificación debe hacer que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar...

La Magistrada en el voto particular continua indicando que el artículo 3 aparece como un precepto de aplicación automática, que no establece ningún criterio, que guarda silencio sobre cuál debe ser el estándar de prueba, dejándolo todo en manos del juez, de forma que dado que ni este precepto ni el artículo 23 de la Constitución recogen las razones por las que una persona discapacitada podría ser privada de su derecho al voto, la privación del derecho al voto a los discapacitados queda absolutamente remitida al libre criterio judicial.

El artículo 23.1 de la Constitución no condiciona el ejercicio del derecho de voto a la posesión de un nivel de conocimientos y/o competencias sobre el sistema político y electoral, sino a la condición de ciudadano. De esta forma, el sometimiento de las personas con discapacidad a un examen en relación con sus conocimientos sobre dicho sistema político y electoral no sólo no supone poner los medios precisos para asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con los demás, como resultaría exigible, conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, sino que implica la exigencia de un obstáculo más respecto a las demás personas con derecho al voto a las que no se exige esos conocimientos, lo que a juicio de la Magistrada que emite el voto particular, no es acorde con el artículo 23.1 de la Constitución, planteando la pregunta de qué ocurriría si se sometiera a todo el cuerpo electoral a ese examen de conocimientos sobre nuestro sistema político y electoral, a la que responde que

probablemente aplicando ese criterio muchas personas con derecho a voto no discapacitadas no podrían votar.

Concluye la Magistrada defendiendo que el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal debería haber sido estimado, con la consiguiente admisión a trámite del recurso de amparo, considerando que no podía sostenerse que la lesión del derecho fundamental alegada en la demanda era manifiestamente inexistente, sino que al contrario existen serios argumentos para estimar que dicha lesión podrían haberse producido de manera efectiva, e incluso proceder de la propia regulación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

### **III. INCIDENCIA DE LA AUTOTUTELA Y LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS EN EL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO**

El aumento de la esperanza de vida y los avances médicos están dando lugar cada vez más a casos en los que la persona adulta, en principio plenamente capaz, conoce que perderá gradualmente su capacidad. Existen una serie de mecanismos jurídicos mediante los que se trata de garantizar que se cumplan una serie de previsiones adoptadas por la persona en un momento en el que tiene capacidad sobre la atención de su persona o sus bienes, las cuales serán aplicables en el momento en que se encuentre en una situación de falta de capacidad en la que no pueda tomar decisiones por sí misma.

En el derecho estatal, este objetivo se ha concretado en la regulación de la denominada autotutela y los poderes preventivos, introducidos ambos por la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, y constituye una expresión del respeto a la voluntad del interesado cuando es plenamente capaz, de aplicación al supuesto en que pierda esta capacidad.

Se define la autotutela, regulada en el artículo 223 CC, como la facultad que se reconoce a una persona con la capacidad de obrar suficiente, para que, en previsión de su futura incapacitación, adopte cualquier disposición relativa a su persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Los poderes preventivos están regulados en el artículo 1732 CC, al establecer en su apartado tercero que el mandato se extinguirá por la incapacitación sobrevenida del mandante, a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación, o cuando el

mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante, apreciada conforme a lo dispuesto por este<sup>61</sup>.

En Cataluña, además de regular las delaciones hechas por uno mismo en el artículo 222-4 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y a la Familia, se ha regulado figura jurídica de la asistencia, por la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 226-1, una persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de sí misma o de sus bienes, debido a una disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente. Dentro del contenido de la asistencia, el apartado segundo del artículo 226-2 establece que en particular le corresponde recibir la información y dar el consentimiento si no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, regula en su artículo 11, con carácter nacional, las Instrucciones Previas, mediante las cuales una persona mayor de edad, capaz y libre, puede manifestar anticipadamente su voluntad, con la finalidad de que se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuya circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, pudiendo designar, además, un representante para que, si llegase el caso, pueda servir como su interlocutor con el médico para garantizar el cumplimiento de sus instrucciones previas. De esta forma, la persona con problemas de salud mental, en los períodos en que se encuentra con capacidad para decidir al respecto, puede dejar establecida su voluntad referida al tratamiento o a nombrar incluso a un representante o interlocutor frente al sistema sanitario. Y el artículo 11.3 dispone que «no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico»<sup>62</sup>.

Se ha destacado cómo es posible la interacción de estas figuras entre sí, aunque se puede considerar que es preferible no mezclar unas figuras con otras, ya que cada figura cumple una finalidad determinada y debe observar las exigencias y requisitos que le son propios para lograr su plena efectividad<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> PÉREZ MONGE, M. (2013), pp. 719-734.

<sup>62</sup> BARRIOS FLORES, L. F. (2006), señala que es cierto que el beneficio del paciente juega un papel primordial; pero que, en la práctica, no puede olvidarse el papel secundario, pero existente, que juegan otros intereses también legítimos como la salvaguarda de la integridad de terceras personas, p. 397.

<sup>63</sup> ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2017), p. 3.

El documento de voluntades anticipadas no tiene fijado en nuestro ordenamiento jurídico fecha de caducidad, sin embargo la doctrina considera conveniente la revisión periódica del documento para acomodarlo a la voluntad real del otorgante, que ha podido modificarse.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, en su artículo 11 contempla la posibilidad como contenido del documento de voluntades anticipadas la posibilidad de nombrar un representante que pueda servir como su interlocutor con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

El representante no es necesario que tenga vínculos familiares con el otorgante, debe tratarse de una persona que conozca la voluntad y los valores del otorgante para poder determinar ante situaciones no previstas o dudosas cual hubiera sido la forma de actuar del paciente<sup>64</sup>

Es necesario, para que sean eficaces las instrucciones previas, que sean accesibles en los momentos y lugares en que se requiera conocer su contenido, y con esta finalidad se ha creado, mediante el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, el registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal.

Las Comunidades Autónomas deberán remitir al registro nacional todas las inscripciones efectuadas en los registros autonómicos, así como las copias de los documentos que contengan las instrucciones previas. Se ha destacado las dificultades que se están presentando para llevar a cabo esta labor, como consecuencia de incompatibilidades tecnológicas o de la existencia de retrasos en el volcado de los datos al registro nacional<sup>65</sup>.

Asimismo, se ha destacado cómo las sustanciales diferencias en el contenido de las instrucciones previas reguladas en la legislación de las diferentes Comunidades Autónomas hacen que sea necesaria la reforma de las normas aplicables con la finalidad de regular esta materia de una manera clara<sup>66</sup>.

Entendemos que, en todo caso, debería comprobarse con carácter previo al internamiento si el sujeto afectado por la medida ha otorgado instrucciones previas, con la finalidad de respetar, en la medida de lo posible, su voluntad<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, pp. 8, 16.

<sup>65</sup> MARCOS DEL CAÑO, A. M. (2013), p. 840.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 849.

<sup>67</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2013), p. 36.

### 3.1 REFERENCIA A LA POSIBLE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE

Del análisis de la jurisprudencia a la que nos hemos referido, podemos concluir que es necesaria la reforma urgente de la legislación que regula los internamientos involuntarios, con la finalidad de adecuarla a la jurisprudencia constitucional que se ha referido a los mismos y a los tratados internacionales celebrados por España. Consideramos que no es suficiente la atribución del carácter de ley orgánica dada al artículo 763 LEC, realizada a través del artículo segundo, apartado tercero de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, reforma que tuvo su origen en una enmienda en el Senado del grupo parlamentario popular y como única justificación la «mejora técnica»<sup>68</sup>, y que debe a la mayor brevedad regularse la medida de internamiento involuntario mediante ley orgánica, teniendo en cuenta las particularidades de los diferentes colectivos a los que puede afectar, pudiendo tomar como referencia para la reforma además de la sentencias del Tribunal Constitucional que se han referido recientemente al artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la normativa establecida para los centros de menores con problemas de conducta y asimismo la propuesta de reforma de la legislación civil en materia de protección de las personas con discapacidad, elaborada por la Asociación Española de Neuropsiquiatría en mayo de 2016<sup>69</sup>.

Así, en cuanto a la propuesta de regulación de los internamientos involuntarios citada, se destaca que en la regulación actual contamos con un único precepto aplicable a colectivos diferentes, al incluir tanto a personas que tienen un padecimiento mental grave como a personas con demencia, por lo que se considera conveniente contemplar las peculiaridades de cada colectivo.

En la propuesta de reforma se contempla la necesidad de tener en cuenta las instrucciones previas que haya podido formalizar la persona afectada por la medida de internamiento o los poderes que haya otorgado sobre cuestiones relativas a salud o tratamiento médico, estableciendo la necesidad antes de conceder la autorización o de ratificar el ingreso además de examinar el tribunal por sí mismo a la persona afectada por el ingreso y oír el dictamen de un facultativo designado por él y al Ministerio Fiscal y practicar las pruebas

<sup>68</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 130-2, de 11/05/2015, p. 85.

<sup>69</sup> [http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?uuid=478646e0-5298-4c60-a5ff-8158e90ad816&groupId=10228](http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=478646e0-5298-4c60-a5ff-8158e90ad816&groupId=10228) [consulta: 36/05/2018], pp. 53-59.

solicitadas por el afectado y las que el tribunal estime convenientes, en el supuesto en el que la persona ingresada haya formalizado instrucciones previas o nombrado apoderado, la necesidad de oír al representante o apoderado dentro de los límites de la autorización.

En cuanto al examen por la autoridad judicial de la persona cuyo ingreso se trate, considero que sería conveniente que se estableciese expresamente la necesaria presencia del Letrado de la Administración de Justicia, el cual deberá extender acta del reconocimiento judicial y de la audiencia al ingresado.

Se establece que en todas las actuaciones la persona afectada por la medida de ingreso involuntario deberá disponer de representación y defensa. Considero además que al incidir sobre los derechos de las personas con discapacidad debería modificarse el artículo 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita para que las personas con discapacidad puedan ser consideradas beneficiarias del derecho de asistencia jurídica gratuita, con independencia de sus recursos económicos, cuando se trate de litigar sobre derechos que incidan en esa discapacidad, dentro de los que estaría el derecho de libertad afectado en los internamientos involuntarios.

La propuesta de reforma prevé que en los supuestos en que el ingreso no admita demora, se lleve a cabo de modo inmediato por el dispositivo sanitario de urgencias social o sanitario, pudiendo solicitarse la colaboración de las fuerzas de seguridad si el ingreso presenta grave dificultad de hecho.

En los ingresos urgentes se prevé, igual que en la redacción actualmente vigente del artículo 763 LEC, la necesidad de que el responsable del Centro proceda a dar cuenta al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso dentro del plazo de veinticuatro horas a los efectos de ratificación de la medida, que deberá realizarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el ingreso llegue a conocimiento del tribunal. Considero que en relación a este plazo de setenta y dos horas sería conveniente incluir en la regulación el criterio del Tribunal Constitucional en cuanto a su cómputo, según el cual conforme a lo establecido en su sentencia 182/2015, de 7 de septiembre, el plazo de setenta y dos horas debe empezar a contar desde el momento en que el responsable del centro pasa a dar cuenta del ingreso al órgano judicial, sin que se deba tener en cuenta la fecha de efectivo conocimiento del tribunal competente para resolver, una vez repartido el asunto por el Decanato.

En cuanto a la legitimación para instar el internamiento la propuesta de reforma elaborada por la Asociación Española de Neuropsiquiatría establece en el punto 5: « En caso de que el ingreso no tenga carácter urgente, cualquier familiar, allegado, guardador, apo-

derado o institución pública o privada entre cuyas competencias se encuentre la protección de las personas vulnerables deberá dirigirse al Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia o de Familia competente y solicitar la autorización de ingreso acompañando en todo caso la indicación facultativa y demás documentos en que se funde la solicitud».

Considero que la legitimación para solicitar el internamiento debería ser más amplia, pudiendo aplicarse el criterio seguido en la actualidad por parte de la doctrina<sup>70</sup> que considera aplicable el artículo 757 LEC, que contempla la posibilidad de que además de los parientes y allegados, el Ministerio Fiscal pueda instar el internamiento y, asimismo la posibilidad de que cualquier persona pueda poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal a fin de que pueda instar el internamiento.

La propuesta de reforma citada establece que la autorización o ratificación del ingreso no significa que la persona ingresada deba ser sometida a ulterior proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados, estando solo justificado cuando se aprecie la existencia de un motivo relevante, con el fin de conseguir una mejora real de las condiciones de vida o ejercicio de derechos y no pudiera obtenerse por otros medios.

Entiendo que debería tenerse en cuenta el criterio del Tribunal Constitucional, contenido en su sentencia 34/2016, de 29 de febrero, la cual tuvo como objeto la valoración sobre la posible vulneración del derecho a la libertad de una persona de edad avanzada y con la capacidad de autogobierno gravemente afectada, internada durante un largo periodo de tiempo en una residencia sin la preceptiva autorización judicial. Considera el Tribunal Constitucional que en estos supuestos, como solución para poner fin a la ilicitud del internamiento se debe instar un procedimiento de incapacitación y acordar en el mismo la medida cautelar de internamiento,

La propuesta de reforma que venimos analizando contempla en el apartado 10 que «cuando las personas ingresadas que carezcan de familiares o allegados que puedan ocuparse de los aspectos patrimoniales, se hará cargo de ellos la entidad que en el territorio tenga encomendada la protección de las personas con discapacidad». Se aclara con una nota a pie de página que este punto está pensado para los casos de personas mayores que vivan solas y que, previsiblemente, no van a regresar a su domicilio, se pretende que estas entidades se hagan cargo de modo inmediato de las cuestiones urgentes, sin perjuicio de que posteriormente se insten las medidas judiciales de protección que se estimen oportunas.

---

<sup>70</sup> SILLERO CROVETTO, B.(2007), p. 172.

En estos casos se podría dar una situación de desamparo de la persona ingresada. El artículo 239 bis CC establece que Entidad Pública a la que en el respectivo territorio estuviera encomendada la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente, asumirá por ministerio de ley la tutela de las personas con la capacidad modificada judicialmente cuando se encuentren en situación de desamparo. Considero que sería conveniente ampliar esta tutela a las personas en las que se presuma falta de capacidad para gobernarse por sí mismas, debiendo dar cuenta inmediata a la autoridad judicial.

Siguiendo con la propuesta de reforma de la legislación civil en materia de protección de las personas con discapacidad, elaborada por la Asociación Española de Neuropsiquiatría en mayo de 2016, en relación a la propuesta de reforma del artículo 763 LEC, en su apartado 11 establece que toda persona ingresada de modo involuntario en un centro sanitario o asistencial gozará de todos los derechos legalmente previstos, estableciendo que cualquier restricción de estos derechos deberá ser indicada y motivada, sometida a control judicial, cuando sea posible o en otro caso se comunicará a la autoridad judicial a la mayor brevedad posible.

Dentro de estas medidas restrictivas de derechos, podemos destacar la contención mecánica. La contención mecánica de los menores de edad ingresados en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta, se regula en el artículo 28.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, según el cual: « la contención mecánica solo será admisible para evitar grave riesgo para la vida o la integridad física del menor o de terceros, y en el caso de que no sea posible reducir el nivel de estrés o de trastornos del menor por otros medios. Deberá realizarse con equipos homologados de contención mecánica bajo un estricto protocolo». Considero que debería establecerse una regulación similar en cuanto a los internamientos involuntarios, indicando asimismo que en la aplicación de las medidas y en todos los tratamientos médicos a los que sean sometidos las personas ingresadas debe aplicarse las disposiciones sobre el consentimiento informado contenidas en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica.

Por último, la propuesta de reforma regula en los apartados 8 y 12 a 14, la misma regulación que el actual artículo 763 LEC en sus puntos 2 y 4.

### 3.2 CONCLUSIONES

Después de analizar la legislación y la jurisprudencia referida a los internamientos involuntarios, podemos afirmar que, a pesar de la importancia social evidente, no existe una regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico de las garantías y/o procedimiento que debe tener el internamiento de personas mayores en centros residenciales, cuando no estén en condiciones de decidir por sí mismas el internamiento.

Así, existe un único artículo que regula los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico, el artículo 763 LEC, existiendo una diversidad de opiniones en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a la aplicación del precepto a este tipo de internamientos. El tribunal constitucional en la sentencia 13/2016, de 1 de febrero, reconoció la posibilidad de que una residencia geriátrica pudiera ser el centro al que se refiere el artículo 763 LEC.

La sentencia 132/2010, de 2 de diciembre, declaró la inconstitucionalidad del artículo 763 LEC, al no estar regulado el precepto mediante ley orgánica, pese a afectar al desarrollo del derecho fundamental a la libertad. En la indicada sentencia el tribunal constitucional instó al legislador a que regulase esta materia mediante ley orgánica, requerimiento que fue reiterado por el tribunal constitucional en sentencia 141/2012 de 2 de julio.

El legislador ya en el año 2015, sin entrar en la regulación de la materia, procedió a una modificación meramente formal, cambiando únicamente el carácter de la ley que regula el precepto. Así, la ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia modifica la disposición adicional primera de la Ley de Enjuiciamiento civil, atribuyendo el carácter de ley orgánica al artículo 763 LEC.

Considero que es urgente la reforma de la legislación que regula los internamientos involuntarios, con el fin de adecuar su regulación a lo dispuesto en la Convención de Derechos de la Personas con Discapacidad de 2006 y a la jurisprudencia del tribunal constitucional al interpretar el artículo 763 LEC, que se refiere tanto al cómputo de los plazos como a los requisitos necesarios para el internamiento y las garantías del procedimiento, debiendo tener en cuenta también la situación a la que se refiere la sentencia del tribunal constitucional 34/2016, de 29 de febrero, en la que pone de manifiesto la realidad de muchas personas mayores que se encuentran en una residencia geriátrica sin capacidad para decidir su ingreso o permanencia, que se encuentran privadas de su libertad sin conocimiento ni autorización judicial, debiendo establecerse algún tipo de procedimiento que garantice el respeto de sus derechos.

Considero que en la necesaria regulación se deben tener en cuenta las peculiaridades de este tipo de internamiento, debiendo tomar en consideración las instrucciones previas que hubiera podido otorgar la persona afectada por el internamiento, entre las cuales habrá podido manifestar su voluntad para el caso de encontrarse en una situación de falta de capacidad de ingresar en una residencia o, por el contrario permanecer en su domicilio con la asistencia adecuada.

Asimismo deberían regularse los derechos de la persona internada, debiendo existir en cuanto a los tratamientos médicos a los que puede ser sometida una referencia expresa a la aplicación de la normativa de la ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica y debiendo someterse a autorización judicial tratamientos médicos especialmente agresivos.

## JURISPRUDENCIA

### **Tribunal Constitucional:**

STC 129/1999, de 1 de julio («BOE» núm. 181, 30/07/1999, Sec. TC, pp. 73-80).

STC 131/2010, de 2 de diciembre («BOE» núm. 4, 5/01/2011, Sec. TC, pp. 95-105).

STC 132/2010, de 2 de diciembre («BOE» núm. 4, 5/01/2011, Sec. TC, pp. 106-112).

STC 37/2011, de 28 de marzo («BOE» núm. 101, 28/04/2011, Sec. TC, pp. 46-58).

STC 141/2012, de 2 de julio («BOE» núm. 181, 30/07/2012, Sec. TC, pp. 13-27).

STC 18/2015, de 7 de septiembre («BOE» núm. 245, 13/10/2015, Sec. TC, pp. 95212-95221).

STC 13/2016, de 1 de febrero («BOE» núm. 57, 7 /03/ 2016, Sec. TC, pp. 18409-1842).

STC 34/2016 de 2 de diciembre («BOE» núm. 85, 8/04/2016, Sec. TC, pp. 24889-24906).

ATC 196/2016, de 28 de noviembre.

### **Audiencias Provinciales:**

AAP Barcelona, de 5 de febrero de 1999, núm. recurso 1792/1997 (ROJ AAP B 124/1999).

AAP Huelva, de 28 de marzo de 2006, núm. recurso 51/2006 (ROJ AAP H 211/2006).

AAP Pontevedra 133/2011, de 21 de junio, núm. recurso 4149/2011 (ROJ AAP PO 789/2011).

### **Tribunal Supremo:**

STS de 29 de abril de 2009, núm. recurso 1259/2006 (ROJ STS 2362/2009).

ATS de 27 de marzo de 2012, núm. recurso 41/2012 (ROJ ATS 4247/2012).

### **Tribunal Europeo de Derechos Humanos:**

STEDH, de 24 de octubre de 1979, caso Winterwerp contra Holanda, núm. recurso 6301/1973 (La Ley 140/1979).

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «Las garantías judiciales de los internamientos involuntarios. Inconstitucionalidad del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Cuenca Casas, M.; Anguita Villanueva; L. A. y Ortega Domènech, J. (coords.); *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*. Madrid, 2013, pp. 29-42.
- AZNAR LÓPEZ, M., *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*. Granada. 2000.
- BARRIOS FLORES, L. F., «La propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario en España: Una posición escéptica», *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*, Madrid, 2006, pp. 311-424
- BELTRÁN AGUIRRE, J. L., «Uso de psicofármacos en personas ancianas institucionalizadas: razones y legalidad aplicable», *D: S: Derecho y Salud*, vol. 26, núm.1, 2016, pp. 39-62.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La marginación de los locos y el derecho*. Madrid. 1976.
- «La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud», *Anuario de Derecho Civil*, volumen 37, núm. 4, 1984, pp. 953-974.
- «Decálogo para los internamientos involuntarios urgentes por trastornos psiquiátricos», *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal*, núm. 7, 2012, pp. 1-4.
- «Vulneración del derecho a la libertad personal por resoluciones judiciales sobre internamiento involuntario de persona con demencia senil en centro socio-sanitario», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2016, pp. 565-580.
- CARDONA LLORENS, J. y SANJOSÉ GIL, A., «El cambio de paradigma en la protección de los derechos humanos: la convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad», Ferrer Lloret, J. y Sanz Caballero, S,

- (coords.), *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al derecho internacional y europeo*. Valencia.2008, pp.163-204.
- CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., *Acceso a la Justicia de las personas con discapacidad*. 2012. En [http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?uuid=a99b1d52-ddb6-49b2-82a7-fb69e3711d9b&groupId=10228](http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=a99b1d52-ddb6-49b2-82a7-fb69e3711d9b&groupId=10228) [consulta: 25/05/2018].
- COUTO GÁLVEZ, R. M.; MIRAT HERNÁNDEZ, M. P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., *La protección jurídica de los ancianos: procedimiento de incapacitación e instituciones tutelares que los protegen: el internamiento involuntario y su incidencia penal*. Madrid, 2007.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen I. *Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica*. Madrid, 2003.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre*. Valladolid, 2007.
- EHEVARRÍA DE RADA, T. «Voluntades anticipadas: cuestiones controvertidas», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, parte doctrina*, núm. 6/2017, pp. 1-33.
- GARCÍA GARCÍA, L., «Enfermedad mental e internamientos psiquiátricos», *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*. Madrid, 2006, pp. 69-102.
- *Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento*. Valencia, 2000.
- GARCÍA GARNICA, M. C., «Capítulo 17. Discapacidad y dependencia (I). Concepto y evolución jurídica», Gete-Alonso y Calera, M. C., *Tratado de Derecho de la Persona*, tomo II. Navarra, 2013, pp. 174-210.
- «Título IX. De la incapacitación», Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Comentarios al código civil*, tomo II. Valencia, 2013, pp. 2041-2055.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., «El internamiento en centros psiquiátricos y residenciales: un supuesto más de políticos y legisladores desatentos (Notas con ocasión de la STC 141/2012, de 2 de julio)», *Diario La Ley*, núm. 7968, 2012, pp. 1-14.
- LETE DEL RÍO, J. M., «El internamiento del presunto incapaz», Albaladejo, M., (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo IV, artículos 181-332, Madrid, 1985, pp. 199-203.
- MARCOS DEL CANO, A. M., «Las instrucciones previas: su regulación jurídica en España», Palomar Olmedo, A.; Cantero Martínez, J. (dirs.), (2013): *Tratado de derecho sanitario*, volumen I. Navarra, 2013, pp. 829-852.
- MARÍN CASTÁN, F., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo III. Valencia, 2015.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., «Los locos y su libertad: el artículo 211 del Código Civil (sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1999, de 1 de julio)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, 1999, pp. 183-234.
- MESA MARRERO, C., «Los contratos de alimentos y de ingreso en residencia», Díaz Palarea, M. D.; Santana Vega, D. M. (coords.), *Marco Jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, 2008, pp. 95-113.
- MORETÓN SANZ, M. F., «El ejercicio de los derechos de ciudadanía y de la personalidad por los menores de edad: análisis particular del reconocimiento de la situación de dependencia en España», Villagrasa Alcaide, C. y Ravetllat Ballesté, I. (coords.), *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Barcelona 2009, pp. 992-1016.
- «La intervención judicial en los internamientos psiquiátricos: cuestiones sobre su aplicabilidad a los ingresos no voluntarios en residencias de mayo-

- res», Montoya Melgar, A. (coord.), *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, tomo I. Madrid, 2010, pp. 601-620.
- MUÑOZ GARCÍA, C., «Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (1)», *Diario La Ley*, núm. 82221, sección tribuna, 2 de enero, 2014, pp. 1-5.
- PÉREZ MONGE, M. (2013): «Capítulo 14. Edad avanzada», Gete-Alonso y Calera, M. C. (dir.), *Tratado de Derecho de la Persona*, tomo I. Navarra, 2013, pp. 699-749.
- QUESADA GONZÁLEZ, M. C., *La tutela y otras instituciones de protección de la persona: Un estudio de sentencias, autos y resoluciones*. Barcelona, 2004.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «Sobre el internamiento de ancianos no incapacitados en centros geriátricos», *Diario La Ley*, núm. 7958, 2012, pp. 1-17.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «El internamiento involuntario urgente en centro psiquiátrico en clave constitucional», *Diario la Ley*, núm. 8763, 2016, pp. 1-15.
- SANTOS MORÓN, M. J., *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*. Valencia, 2002.
- SILLERO CROVETTO, B., «El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico», Lasarte Álvarez, C. (dir.), *La Protección de las personas mayores*, Madrid, 2007, pp. 162-178.
- «¿Incapacitación parcial tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial», García Garnica, M. C. (dir.) (2014): *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y las dependencia*. Madrid, 2014, pp. 30-61.
- «¿Constituye la curatela un mecanismo de apoyo adecuado tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 747, 2015, pp. 383-414.
- SOLE RESINA, J., «La protección de las personas mayores y con discapacidad en el ámbito de la salud», García Garnica, M. C. (dir.), *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Madrid, 2014, pp. 89-122.
- TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 15. La incapacitación», Gete-Alonso y Calera, M. C. (dir.), *Tratado de Derecho de la Persona*, tomo I. Navarra, 2013, pp. 53-121.
- VENTURA MAS, S., «Derechos fundamentales y cuestiones éticas en las unidades de psiquiatría. Instrucciones previas», *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*, Madrid, 2006, pp. 107-120.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C., «La protección de las personas mayores por la Legislación vigente en Cataluña», Villagrasa Alcaide, C. (coord.): *El Envejecimiento de la población y la Protección Jurídica de las Personas Mayores*. Barcelona, 2002, pp. 57-87.
- VIVAS TESÓN, I., «Más allá de la capacidad de entender y querer: algunas consideraciones de *lege ferenda* acerca de la protección de las personas diversamente capaces», *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*. Madrid, 2013, pp. 1655-1673.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros\*

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**  
Profesor Titular de Derecho civil  
Universidad de Málaga

**DEL OLMO GARCÍA, Pedro/BASOZABAL ARRUE, Xavier (Dir.):**  
*Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, Derecho comparado y propuestas de modernización*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 337 pp.

Bajo la dirección de los profesores Pedro del Olmo García y Xavier Basozabal Arrue, la monografía publica los trabajos realizados a raíz de una jornada internacional sobre el enriquecimiento injustificado que tuvo lugar el 23 de septiembre de 2016 en la Universidad Carlos III de Madrid. La obra se estructura a partir de los tres paneles de expertos que se organizaron, relativos a la historia, al Derecho comparado y al modo de modernizar este sector del ordenamiento jurídico.

El análisis de los antecedentes históricos de la noción jurídica de enriquecimiento injustificado constituye todo un acierto. En el capítulo I Tammo Wallinga expone con gran claridad cuál fue el papel de la *regula iuris* de Pomponio «Es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro» (D. 50, 17, 206) en el Derecho romano y la Edad Media. El análisis ilustra las situaciones típicas en las que se reconoció una restitución hasta el límite del enriquecimiento (*si locupletior factus est*) a partir de un breve repaso de los principales textos de los juristas romanos. En la época del *ius commune* los glosadores emplearán distintos textos para extender la aplicación de la restitución por enriquecimiento a nuevas situaciones, según la escuela; y en tiempos de los comentaristas, a partir de la segunda mitad del siglo XIII, la *condictio* romana incrementará su ámbito operativo con el empleo de la *condictio Juventiana* (D. 12, 1, 32) y mediante otras interpretaciones de los textos. Enlazando cronológicamente, en el capítulo II Jan Hallebeek estudia la formación de la idea de «enriquecimiento injustificado» como concepto jurídico en la Escuela de Salamanca. Tras presentar la evolución que experimenta la idea de restitución en el medievo, desde las sentencias de Pedro Lombardo hasta una teología escolástica que relaciona la idea con la justicia conmutativa aristotélica y tomista, dos caracterizaciones de la restitución a cargo de la escolástica tardía castellana resultarán cruciales para entender el actual estado de la cuestión: en primer lugar, la restitución será concebida como reparación de la violación de un dominio (*dominium*), rasgo que explica el arraigo de la exigencia de un «enriquecimiento jurídico» en el Derecho español; y, en

---

\* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

segundo lugar, los teólogos del siglo XVI admitirán la restitución del provecho en supuestos en que la cosa ya no se encuentra en poder del sujeto obligado a restituir, una idea que explicará la admisión de la restitución del sustituto. Se trata de unos planteamientos que, como expone Hallebeek magníficamente, dejarán su impronta en las obras de Hugo Grocio. El bloque se complementa, con gran coherencia y precisión, con una aportación de Javier Barrientos Grandon (capítulo III). La codificación civil decimonónica constituirá una ruptura en las tradiciones jurídicas de los distintos países. El texto traza con habilidad las diferencias entre los distintos modelos en los casos francés, chileno y español, a partir de un estudio pormenorizado de la influencia ejercida por los textos romanos. En estos países se impondrá el casuismo de las fuentes históricas. Los supuestos de enriquecimiento regulados estarán relacionados con el deterioro de la cosa, las obligaciones de restitución de los menores y pupilos, entre otros ámbitos. El estudio pone de manifiesto que en Francia, Chile y España se codificará sin una sistemática ni un estudio dogmático de la figura del enriquecimiento, a diferencia de lo que sucederá más tarde en Alemania, país que regulará una acción de enriquecimiento de alcance general y establecerá una tipología a partir de los estudios realizados por la ciencia jurídica sobre la base de las *condictiones* romanas. El capítulo también tiene la virtud de hacer hincapié en la interpretación que Florencio García Goyena hizo de varios preceptos del Proyecto de Código civil español de 1851 a partir de la *regula iuris* de Pomponio, y en el impacto que tendrán los comentarios de este jurista en la redacción de las normas codificadas finalmente. Todo un acierto.

El primer capítulo del bloque sobre los modelos comparados (capítulo IV), a cargo de Éric Descheemaeker, quizás no acierta plenamente a la hora de valorar las virtudes y defectos de la Ordenanza francesa número 2016-131 de 10 de febrero de 2016. Afortunadamente, la reforma del ordenamiento jurídico francés logra dar base legal a la distinción entre dos acciones civiles, el pago de lo indebido y el enriquecimiento injustificado (sobre la buena acogida de la distinción, véase, por ejemplo, Gaël Chantepie y Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations: Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil*, Dalloz, Paris, 2016, p. 629). Descheemaeker considera, por el contrario, que la Ordenanza viene a establecer dos «círculos concéntricos» del Derecho del enriquecimiento, uno interno de repetición de lo indebidamente pagado, y otro externo de «enriquecimiento injustificado en sentido estricto». Un análisis del asunto en esos términos causará gran distorsión por cuanto, como es sabido, la nueva regulación francesa establece un régimen común de las restituciones (arts. 1352 a 1352-9) que será aplicable al pago de lo indebido –por remisión del artículo 1302-3; mientras que el enriquecimiento injustificado tendrá unas reglas restitutorias especiales, contenidas en los artículos 1303 y 1303-4. Además, el capítulo IV no critica suficientemente aquellas reglas que se limitan a incorporar la anterior jurisprudencia y doctrina científica, que ponen de manifiesto que en Francia todavía no se ha realizado la necesaria reflexión dogmática en torno a los supuestos de la acción de enriquecimiento. A modo de ejemplo, la reforma mantiene la exigencia del empobrecimiento (art. 1303), una anomalía de los presupuestos; o el artículo 1303-2 dará relevancia a una actuación del demandante en provecho propio y a la culpa del sujeto empobrecido, aspectos que tampoco encajan en la lógica del enriquecimiento. O la buena y mala fe del sujeto enriquecido, y el empobrecimiento, actuarán como criterios de un «doble límite» para establecer el alcance de la restitución (arts. 1303 y 1303-4),

en lugar de permitir al sujeto enriquecido de buena fe exonerarse por desenriquecimiento— como hacen los ordenamientos jurídicos alemán e inglés. Ninguna de esas ideas es atendida por Descheemaeker y, en ese sentido, el texto tal vez se mantiene demasiado apegado a los dogmas de la situación jurídica anterior a la reforma.

Lo antiguo contrastará con lo moderno y, con esta perspectiva, Charles Mitchell analiza el tratamiento que la restitución de tributos indebidamente pagados ha recibido recientemente en el Derecho inglés (capítulo V). La aportación se hace eco de la constante evolución que el Derecho del enriquecimiento experimenta en ese país a partir de la actuación de los tribunales. El debate surgido en torno al valor de uso del dinero para establecer la medida del enriquecimiento, la versatilidad a la hora de establecer los motivos para la restitución, o el desplazamiento de las causas exoneratorias a partir de una exigencia jurídico-pública concurrente en ese grupo de casos, constituyen una buena muestra del dinamismo del ordenamiento. Pragmático, ajeno a una tradición histórica y a ataduras dogmáticas, el joven Derecho del enriquecimiento inglés es capaz de dar respuesta a los nuevos retos que se plantean en la sociedad, genuinamente y sin necesidad de acudir a otras figuras del Derecho privado. Una evolución que, en la década de los 90, llevó a Peter Birks a propugnar una transición del modelo de los factores injustos (*unjust factors*) al modelo de la ausencia de base (*sine causa*), propio del Derecho civil continental, a raíz de cientos de contratos de *swap* sobre intereses entre bancos y Ayuntamientos y entidades locales declarados nulos por haberse celebrado *ultra vires*. Aunque no está nada claro que la aproximación entre los ordenamientos jurídicos prosiga adelante.

Expone el asunto Sonja Meier en el capítulo VI, sobre la restitución de pagos indebidos en el Derecho comparado. Fundamentalmente, la autora advierte que el error no tiene el mismo significado como factor injusto —en el *Common Law*— que como requisito de la *condictio indebiti* — en el Derecho civil continental. La autora analiza lo que ocurre en el cumplimiento de una obligación, las obligaciones naturales, las donaciones por error, el incumplimiento del contrato y los contratos nulos y anulados, tomando en consideración los distintos significados que se atribuyen al error en cada modelo o, incluso, dentro de un mismo ordenamiento en función de la acción civil de que se trate. En mi opinión, la lectura del estudio exigirá distinguir claramente entre las acciones de pago de lo indebido, enriquecimiento injustificado y contractuales, por razón de su funcionalidad, operatividad, presupuestos y afectación.

Así termina la comparación de modelos. A mi juicio se echa en falta que la monografía no incluya un estudio en profundidad de los ordenamientos jurídicos de los países, particularmente Alemania, que sí construyeron el enriquecimiento injustificado a partir de las *condictiones* romanas; y que no incluya contribuciones que, desde el modelo inglés, analicen otros aspectos de gran relevancia para el Derecho del enriquecimiento, como el reconocimiento de un enriquecimiento fáctico (*factual enrichment*) (véase, por ejemplo, Robert Chambers, «Two Kinds of Enrichment», en Robert Chambers, Charles Mitchell y James Penner (Eds.), *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 242-278; o Andrew V. M. Lodder, *Enrichment in the Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2012, pp. 46-67 y 105-106), o las causas de exoneración, particularmente por cambio de posición o desenriquecimiento (*change of position* o *disenrichment*).

El último bloque contiene tres estudios sobre modelos de modernización del Derecho del enriquecimiento. Xavier Basozabal Arrue pone encima de la mesa un debate epistemológico en el que se plantea si resulta más apropiado regular el enriquecimiento injustificado de manera unitaria –como hacen el DCFR y la Ordenanza francesa número 2016-131– o establecer una tipología «para estructurar el inabarcable campo de las restituciones por enriquecimiento injustificado», como propugnó en España Luis Díez-Picazo en línea con la teoría de la diferenciación de Walter Wilburg o Ernst von Caemmerer (capítulo VII). Basozabal Arrue se muestra crítico con la primera opción y expone los argumentos contrarios a la opción unitaria expresados en relación al DCFR, que resultan muy convincentes. «La solución buena para la liquidación de un contrato no tiene por qué serlo para la restitución de atribuciones, o para la compensación por intromisión o por injerencia en patrimonio ajeno», concluye el autor. El capítulo no critica en los mismos términos el planteamiento de la Ordenanza francesa número 2016-131, aunque reconoce que la misma «[...] ha seguido considerando el «enriquecimiento sin causa» como la creación jurisprudencial de una pretensión única y general, auténtico cierre de equidad del sistema [...]». Insisto en que, a mi entender, el Derecho francés ha optado por regular una acción de enriquecimiento con rasgos impropios de la figura, de carácter subsidiario, anómala en muchos sentidos. A este respecto los presupuestos de la acción probablemente deberían ser objeto de una mayor reflexión doctrinal, particularmente a la luz de la evolución experimentada en el Derecho inglés. Un estudio desde esa perspectiva debería ser compatible con una aproximación tipológica. Bajo ese punto de vista, el carácter injustificado tendrá distinto alcance en cada tipo de enriquecimiento. El capítulo finaliza exponiendo la propuesta tipológica de Detlef König, que atribuye a tres tipos de *condictio* (por prestación, por intromisión y por mejora o regreso) una función de complemento de un sector del ordenamiento; y, en la misma línea, Basozabal Arrue plantea una posibilidad de armonización que sitúa el enriquecimiento producido en el marco de una liquidación contractual en el Derecho de contratos, erige el pago de lo indebido en el *core case* del Derecho del enriquecimiento europeo, relaciona la *condictio* por intromisión con el Derecho de cosas y no renuncia a establecer unas normas comunes para el enriquecimiento por mejora. Por mi parte, considero que, antes de sacar conclusiones, es necesario disponer de más trabajos de calado, como mínimo de la misma envergadura que la obra que es objeto de esta recensión, particularmente con respecto a los tipos de enriquecimiento. Además, creo que es fundamental distinguir y preservar la plena autonomía y principalidad de las distintas acciones civiles, incluida la acción de enriquecimiento injustificado.

Por su lado, tras describir someramente el panorama comparado, María Paz García Rubio analiza los contornos del enriquecimiento injustificado en el ordenamiento jurídico español, valora las propuestas de regulación y presenta un conjunto de reflexiones a modo de conclusión (capítulo VIII). La autora retrata el estado de la cuestión de manera impecable y pone de relieve la escasa aportación de la doctrina científica. El capítulo se hace eco de la continuación del casuismo en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del Código Civil elaborada por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación en 2009, aunque la misma incluye expresamente el enriquecimiento injustificado entre las fuentes de las obligaciones; así como del empleo de un mismo modelo de supuestos típicos en el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014, con respecto a otras situaciones

de enriquecimiento. El capítulo analiza con detalle la regulación del enriquecimiento injustificado (art. 5182-1 a 10) proyectada en la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil en 2015. A este respecto, no parece acertada la inclusión del cobro de lo indebido – regulado actualmente en los artículos 1895 a 1901 CC– en la regulación del enriquecimiento injustificado, puesto que se trata de dos acciones civiles distintas. García Rubio, sin embargo, acepta dicho planteamiento y lo tilda de «coherente con el origen de ambas instituciones [el pago de lo indebido y el enriquecimiento injustificado]», al razonar que «la *condictio indebiti* ha acompañado el nacimiento y desarrollo del enriquecimiento sin causa hasta el punto de haber sido calificado como su figura fundacional; y que «es también la acción que mejor se cohonesta con el art 10.9 del CC español [...]». La falta de distinción entre la acción de pago de lo indebido y la acción de enriquecimiento injustificado derivada de un pago indebido –cuya máxima expresión encontramos en el empleo del artículo 1901 CC para dar redacción al artículo 5182-6 de la propuesta–, resultará particularmente problemática cuando la propuesta establece unas reglas generales con vocación de ser aplicadas a todos los supuestos de enriquecimiento. Opino que no se trata simplemente de poner de relieve la anomalía que significa exigir un error del *solvens* (art. 5182-3.2 y 5182-6.2) en el ámbito del enriquecimiento injustificado a partir de un modelo unitario; se trata de no finiquitar la acción del pago de lo indebido –el cobro de lo indebido regulado en los artículos 1895 a 1901 CC– por la puerta de atrás, y menos aún cuando esta última figura continúa vigente en distintos ordenamientos jurídicos del entorno (por ejemplo, artículos 2033 a 2040 Código Civil italiano, artículos 6:203 a 6:211 BW holandés, artículos 1302 a 1302-3 del Código Civil francés). En ese sentido, está claro que una superación de una concepción estricta de la *condictio indebiti* no será suficiente para resolver la problemática. Por lo demás, García Rubio comenta la sección segunda de la regulación del enriquecimiento injustificado proyectada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (arts. 5182-7 a 10), dedicada a la restitución. A mi juicio, la mayoría de normas propuestas incurre en el mismo error de planteamiento y son una reelaboración de las actuales normas del cobro de lo indebido. Lejos de adoptar una perspectiva general, la regulación propuesta para la acción de enriquecimiento da relevancia a la buena y mala fe del sujeto enriquecido (arts. 5182-7 y 8), e incluso regula el abono de mejoras y gastos siguiendo el criterio del artículo 1897 CC, como si se tratara de una acción recuperatoria de una cosa (art. 5182-9). Las reglas de la sección segunda contienen numerosas anomalías desde una perspectiva del Derecho del enriquecimiento, y García Rubio tal vez no las critica con suficiente intensidad. El asunto se sitúa lejos de los criterios de cálculo del valor monetario del enriquecimiento contenidos en las reglas modelo del artículo VII.-5:102 DCFR. Con todo, comparto las reflexiones finales de la autora, particularmente la idea de trazar unos rasgos generales del enriquecimiento injustificado que sean compatibles con los tipos; aunque discrepo de una concepción de la acción como «mecanismo integrador y de cierre del sistema», e insisto en la necesidad de propugnar su principalidad a todos los efectos.

El último capítulo, pero no el menos importante, contiene un estudio de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo sobre el enriquecimiento injustificado, a cargo de Carles Vendrell Cervantes (capítulo IX). El trabajo considera necesario prescindir de los requisitos tradicionales del enriquecimiento injustificado y analiza en qué medida la aproximación tipológica ha

sido acogida en la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, a partir del estudio de unos casos paradigmáticos. Estoy de acuerdo con la mayoría de observaciones hechas a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2015, que estima la pretensión de restitución por el enriquecimiento derivado de un subarriendo ilícito. Nos parece acertado apreciar una concurrencia de la acción de enriquecimiento con la acción de indemnización del daño por incumplimiento contractual, poner en tela de juicio los requisitos del empobrecimiento del demandante y la relación de causalidad con el enriquecimiento del demandado. Resulta muy apropiado considerar que la no asunción de las *condictiones* romanas ha tenido una gran repercusión en el tratamiento del enriquecimiento injustificado. Ahora bien, en mi opinión es necesario reformular los presupuestos tradicionales para que sean respetuosos y coherentes con la institución; y, una vez modernizados, no descarto la posibilidad de que algunos sean comunes a todos los supuestos, particularmente las exigencias del enriquecimiento y de que la transmisión del valor tenga origen en el sujeto demandado. Además, discrepo de Vendrell Cervantes respecto del examen de la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento indirecto. En este caso el autor sostiene que la regla modelo del artículo VII.-2:102 DCFR resuelve con claridad los conflictos originados, tras considerar que cada una de las partes debe soportar solamente el riesgo de insolvencia de aquel que ha seleccionado como parte contractual. Sin un fundamento sólido, este planteamiento hace prevalecer el Derecho de contratos –la protección del interés contractual– frente a la protección de un sujeto que transmite un valor a un tercero. En todo caso, es meritorio el esfuerzo realizado para identificar unas señas de la aproximación tipológica en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, y el trabajo logra con creces poner de relieve la gran confusión que en la actualidad existe entre la acción de enriquecimiento y otras acciones civiles.

En definitiva, existe unanimidad a la hora de clamar por una modernización del Derecho del enriquecimiento en España y por un debate doctrinal cada vez más sólido, como lo demuestra esta monografía. Espero que este sea un primer paso en el camino y que en un futuro los trabajos de investigación sigan por el mismo sendero.

Josep Maria BECH SERRAT  
Profesor Titular de Derecho civil  
Universidad de Girona

**DURÁN RIVACOBA, Ramón/MENÉNDEZ MATO, Juan C.: *La transacción expresa y tácita*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, 160 pp.**

No ofrece duda la utilidad de los cauces que, de modo alternativo a la vía judicial, se orientan a remediar un conflicto jurídico. Así sucede cuando, evitando el recurso a la tutela jurisdiccional o poniendo fin a la misma, las partes solventan sus diferencias por medio de un acuerdo en el que se hacen recíprocas concesiones [transacción]. En tales casos las divergencias se pueden resolver con celeridad y ahorro de costes, tanto públicos como privados. Pero además de presentar ventajas, la transacción también permite sortear inconvenientes. A este respecto, en la monografía se traen a colación las

eventuales adversidades de la vía judicial: dilación en el tiempo, inseguridad en el resultado y posible insatisfacción de las partes. A la vista de los beneficios que reporta y de las desventajas que orilla, los autores terminan por recurrir al refranero a fin de ratificar la conveniencia de la transacción: «pleitos tengas y tú los ganes».

Sin embargo, lo cierto es que son numerosas las resoluciones judiciales que tienen a la transacción como referente. Ello es debido al frecuente incumplimiento por alguna de las partes de lo convenido en el pacto transaccional. Surge así un ulterior conflicto con apelación a la tutela jurisdiccional para solventarlo y... vuelta a empezar. De este modo, un medio utilizado para eludir la vía judicial o ponerle fin acaba por residenciarse en el lugar del que las partes han querido en un principio escapar. Eso sí, el pleito ya no puede tener por objeto la relación jurídica originaria. Y ello, porque la autoridad de cosa juzgada de que goza la transacción conlleva que la decisión judicial deba versar sobre los nuevos vínculos que han venido a ratificar, sustituir o modificar la relación inicial afectada de incertidumbre.

Precisamente, la voluntad rebelde de alguna de las partes al cumplimiento de lo acordado con la consiguiente intervención judicial es lo que ha generado una copiosa jurisprudencia referente a los diferentes aspectos de la transacción; en concreto, sobre sus requisitos [forma, incertidumbre de la relación jurídica o las concesiones recíprocas]; objeto [bienes y derechos sobre los que puede recaer] y efectos [alcance de la vinculación de las partes y determinación de la autoridad de cosa juzgada *ex art. 1816 CC*].

Es en el citado contexto en el que hay que ubicar el estudio de los profesores Durán Rivacoba y Menéndez Mato. Las múltiples resoluciones del Tribunal Supremo sobre la materia y en su caso de la Dirección General de los Registros y del Notariado constituyen el nervio de la monografía en la que cabe apreciar cuatro partes referibles a los siguientes aspectos de la transacción: su delimitación; régimen jurídico; eficacia del acuerdo transaccional; y el examen de su invalidez e ineficacia.

Respecto del primer aspecto, la transacción queda delimitada mediante el examen de cuatro cuestiones: la consideración del conflicto o controversia jurídica que habrá de concurrir la discrimina de los actos de garantía o prevención; las recíprocas concesiones que se habrán de hacer para superar la disputa jurídica la alejan de la promesa de transacción y de la renuncia simple o abdicativa; la naturaleza constitutiva y dispositiva de la transacción que los autores defienden les lleva a señalar las divergencias con los negocios de fijación o negocios declarativos; y la tipología de las transacciones, reconduce a discriminar entre las simples y mixtas, ordinarias y novativas, judiciales y extrajudiciales, explícitas e implícitas, así como las propias e impropias.

En orden al segundo aspecto, dado el carácter contractual de la transacción los autores examinan su régimen jurídico tomando al artículo 1261 CC como referente lo que lleva al estudio del consentimiento, el objeto y la causa. El consentimiento reconduce al análisis de la oferta y la aceptación, los tratos preliminares y la oferta irrevocable, así como la capacidad y el contenido que habrá de tener el mandato expreso para transigir exigido por el art. 1713 CC. El objeto del contrato conlleva el tratamiento de las materias de carácter indisponible, ya se trate de prohibiciones generales [v.gr. art. 816 CC] o específicas [v.gr. art. 1814 CC]. Y respecto de la causa, se consideran las diferentes concepciones sobre el modo en que puede entenderse en la transacción –objetiva, subjetiva, abstracta–, sin obviar la relevancia de los móviles y de su finalidad.

En lo atinente al tercer aspecto, en el ámbito de la eficacia objetiva de la transacción los autores analizan el sentido atribuible a la interpretación restrictiva *ex art. 1815 CC*, el alcance novatorio del acuerdo transaccional y su relieve procesal –doctrina de los actos propios y autoridad de cosa juzgada–.

Y al examen de la invalidez e ineficacia de la transacción se dedica un último capítulo. En el citado contexto, se trata: la inexistencia con referencia a la falta de conflicto previo; la nulidad absoluta, así como la anulabilidad derivada del error, dolo, violencia y falsedad documental *ex art. 1817 CC*. La consideración de la resolución y rescisión como eventuales remedios frente al incumplimiento cierra la monografía.

Los autores confiesan que el análisis exhaustivo de las sentencias del Tribunal Supremo constituye uno de los mayores retos de la monografía. Siendo ello cierto, el estudio se complementa en cada caso con una referencia oportuna a las distintas opiniones doctrinales, se toma partido al tratar los diferentes problemas que plantea la transacción y no se rehúye la consideración crítica de la jurisprudencia cuando procede [contradicciones en el tema de la causa o la confusión entre reciprocidad y sinalagma, por ejemplo]. En suma, los profesores Durán Rivacoba y Menéndez Mato han sabido compendiar en una breve monografía un acertado estudio sobre la transacción, los problemas que plantea y la jurisprudencia que los contempla.

A fin de justificar la autoridad de cosa juzgada atribuida al acuerdo transaccional, escribió García Goyena: la transacción «tiene por objeto componer diferencias y pleitos presentes o venideros. Es pues, en cierto modo, una sentencia pronunciada por las mismas partes y, cuando ellas se han hecho justicia, no deben ser admitidas a quejarse de sí mismas. En otro caso, las transacciones vendrían a ser un nuevo manantial de pleitos». Sin embargo, la consideración de cosa juzgada –material– que el artículo 1816 CC asigna a la transacción no excluye las «quejas» de las partes sobre la misma, ni la existencia de un «manantial» de pleitos relacionados con el incumplimiento del acuerdo transaccional. Y es que mediante la transacción las partes evitan el recurso a la tutela jurisdiccional o ponen fin a la misma pero, como declara el Tribunal Supremo, «no garantiza el evento de que uno de los contratante la incumpla y haga precisa la intervención judicial para vencer la voluntad rebelde y procurar que la transacción cumpla su finalidad esencial de dirimir convergencias en la forma convenida por los propios contratantes» [STS 30 octubre 1989]. Parafraseando al refranero, cabe concluir afirmando lo siguiente: la abundante jurisprudencia sobre la transacción pone de manifiesto que, mediando una relación jurídica controvertida, a veces puede resultar más conveniente una sentencia inicial que le ponga fin antes que un acuerdo privado que la solvente de modo provisional.

Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad de A Coruña

**MATO PACÍN, M.<sup>a</sup> Natalia: *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, 490 pp.**

No abundan los estudios sobre la contratación con condiciones generales entre empresarios. Y son muy escasas las monografías sobre esta materia.

Esta falta de estudios es algo muy generalizado en todos los países de nuestro entorno. En contraste con la extensísima bibliografía que hay sobre los contratos no negociados con consumidores, especialmente en Europa, sólo de vez en cuando encontramos en las librerías jurídicas algún estudio referido específicamente a los contratos con condiciones generales entre empresarios.

Tenemos la suerte de que contamos desde hace poco con un estudio monográfico que se ocupa de una realidad palpable, cual es el uso de condiciones generales en muchos contratos, de la tipología más diversa, entre empresarios. La obra que presenta la Profesora M.<sup>a</sup> Natalia Mato Pacín fue valorada muy positivamente por el Tribunal que juzgó su tesis doctoral en 2015, la cual fue codirigida por los Profesores J. Caffarena y M.<sup>a</sup> J. Santos Morón –que prologa ahora la publicación–. Su tesis recibió nuevamente una valoración muy positiva con la concesión del XVIII Premio Sancho Rebullida por la mejor tesis del correspondiente curso académico.

No resulta fácil elaborar una monografía sobre la contratación con condiciones generales entre empresarios cuando falta un cuerpo normativo que la regule –a diferencia de otros países como Alemania, Holanda y Portugal–, escasean además estudios específicos sobre la materia y no hay una verdadera jurisprudencia –que sí la hubo en Alemania y que fue codificada en la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación (AGB-G), de 1976–. Aun así, la autora se ha atrevido a dar respuestas concretas a los muchos problemas que suscitan las condiciones generales de la contratación entre empresarios.

La Profesora M.<sup>a</sup> Natalia Mato Pacín, como buena conocedora de esta materia, en la que ha podido profundizar en sus estancias en el Instituto Max Planck para el Derecho privado comparado e internacional de Hamburgo y en el Instituto UNIDROIT de Roma, sabe que uno de los temas centrales es el control de las condiciones generales, un control que también es necesario cuando el adherente es un empresario, y no sólo cuando es un consumidor. Este planteamiento inicial explica la división en tres partes de la monografía: 1.<sup>a</sup> Los contratos mediante condiciones generales entre empresarios y su control. 2.<sup>a</sup> La protección del empresario adherente por cauces no específicamente previstos para condiciones generales de la contratación. 3.<sup>a</sup> La buena fe del artículo 1258 CC como posible mecanismo de control de contenido en los contratos mediante condiciones generales entre empresarios.

Como indica el título de la monografía que comento, el tema central son las cláusulas abusivas cuando el adherente es un empresario. No resulta nada fácil, especialmente en España por las razones indicadas más arriba, dar respuestas al empresario que se encuentra ante cláusulas abusivas al carecer nuestro ordenamiento jurídico, con carácter general, de una protección específica. Como todos sabemos, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), de 1998, renuncia a una protección de los empresarios adherentes ante cláusulas abusivas –así se hace saber expresamente a los aplicadores del Derecho en la Exposición de Motivos– porque se considera que hay normas generales que protegen suficientemente sus intereses. Una verdadera falacia como se ha demostrado después, pero ya antes se sabía que las normas generales son insuficientes para proteger a los que se adhieren a condiciones generales, sean empresarios o consumidores. Tan grande es la falacia que antes de la LCGC como después hubo intentos –proyectos, anteproyectos y propuestas de *lege ferenda*– con el fin de dar una mayor cobertura para proteger a los empresarios adherentes. Sólo una concepción neoliberal del funcionamiento del mercado podía justificar que la LCGC se quedara a mitad del camino negando al empresario una protección específica frente a

cláusulas abusivas. Propuestas a nivel del Derecho contractual europeo –aunque todas han fracasado– y recientes reformas como la del *Code civil* en el año 2016, que admite el control general de las cláusulas abusivas al margen de quien sea el adherente, indican que los mecanismos tradicionales son insuficientes para poner freno a las cláusulas abusivas.

Probablemente nunca como ahora el Derecho está sujeto a constantes cambios. Se aprecia una clara inestabilidad de las principales instituciones jurídicas, lo cual es tremendamente negativo para la seguridad jurídica. De ello no ajena la presente monografía. Entre la elaboración de la tesis doctoral y la posterior publicación como monografía han sucedido hechos que han abierto nuevas grietas en el Derecho de las condiciones generales, algunas imprevisibles, especialmente en España, sobre todo en el ámbito de la contratación bancaria. Por eso es de agradecer que podamos tener como referencia esta obra sólida. Además de estar escrita con muchísima pulcritud, está apoyada en un acervo doctrinal y jurisprudencial extraordinario. No es frecuente encontrar tal exhaustividad ni siquiera en una tesis doctoral. Todos estos méritos seguramente justificaron la concesión del XVIII Premio Sancho Rebullida.

Como toda Primera parte de una obra científica, en ésta también hay una toma de contacto con el tema que se propone para su análisis para que el estudioso pueda ubicarse adecuadamente, sobre todo para quien no esté familiarizado con la materia. La autora nos avisa desde el primer momento que frente al déficit de autonomía en la contratación, que también se da en las relaciones contractuales entre empresarios, son necesarios mecanismos específicos de control, siendo insuficientes los que proporcionan las normas generales. Como perfecta conocedora del Derecho comparado, la autora hace alguna incursión en el Derecho comparado, con referencia especial al Derecho alemán –uno los estandartes de este ya no tan nuevo Derecho– y en el Derecho contractual europeo. Siempre se puede decir que tal o cual materia no ha sido tratada con mayor profundidad. Y en el caso de la obra que comento cabe pensar que la autora no ha vertido todos sus conocimientos en el Derecho extranjero, quizá porque hay otros estudios que lo hacen o quizá porque ella misma considera que no es necesario ya que tiene un estudio espléndido, publicado en la Revista Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 7, núm. 2 (2015), pp. 216-282, con el título «El control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios en el Derecho Comparado y Europeo».

En esta Primera parte, el último capítulo se centra en el ordenamiento jurídico español. Es ya tradicional que cuando se analizan las condiciones generales se distingue entre el control de incorporación, las reglas de interpretación y el control de contenido. Este último capítulo sirve de pórtico a la Segunda parte. Pero antes, la autora examina las recientes propuestas de reforma –que por razones muy diversas no quieren materializarse– y la legislación sectorial, concretamente aquella que ofrece protección al empresario adherente frente a cláusulas abusivas. Se debe adelantar ya que en el examen concreto de cláusulas en contratos entre empresarios la autora hace igualmente referencia a las propuestas más recientes y a la legislación sectorial ofreciendo así una valoración crítica muy amplia que enriquece el debate.

Esta Primera parte es necesaria, según la propia autora, para justificar la necesidad de protección del empresario-adherente, aunque sea mediante normas generales de nuestro ordenamiento jurídico.

Antes de abandonar esta Primera parte, quisiera comentar algunas cuestiones sobre las que también reflexiona M.<sup>a</sup> Natalia Mato Pacín, aunque quizá no con la debida profundidad. La autora se refiere al empresario en general, sea persona física o jurídica, sea pequeño, mediano o grande. Comparte la tesis mayoritaria según la cual se debe proteger a cualquier empresario que se adhiere a condiciones generales. Sin embargo, hay un debate –del cual ella rehúye– sobre si la protección debería limitarse sólo a los pequeños y medianos empresarios. En este debate no entra la autora. Un debate que conoce la autora, especialmente el que hay en Alemania, en donde hay una controversia sobre si la condición de grande, mediana o pequeña empresa puede ser determinante para una mayor o menor protección jurídica. La jurisprudencia alemana se ha referido a los emprendedores y a las pequeñas y medianas empresas en contraposición a las grandes empresas. Así mismo tiempo, se aprecia una tendencia de otorgar a las PYMES una protección especial contra las cláusulas abusivas, de manera similar a aquellas de la que gozan los consumidores (M. Lehmann/J. Ungerer, en «Differenzierte Unternehmerbegriffe und differenzierte Missbräuchlichkeitsanforderungen innerhalb der B2B-Inhaltskontrolle», *Standardisierte Verträge –zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, eds. Kindl et alii. Ed. Nomos, 2017, pp. 295 ss.). Algunos ordenamientos, como el holandés o el australiano, limitan el control en atención a un número determinado de asalariados y/o según un volumen anual de ingresos previamente determinado. Pero también a nivel del Derecho contractual europeo existe este debate. La fracasada Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea (2011), en la que se proponía un control especial de las cláusulas abusivas entre empresarios, limitaba el control a las PYMES. En España apenas existe este debate seguramente porque no tenemos un Derecho desarrollado de condiciones generales de la contratación en las relaciones empresariales. Personalmente me he posicionado en más de una ocasión negando siempre un tratamiento diferenciado (nuevamente en la obra colectiva citada antes, en «Diferencias terminológicas en torno al empresario y en los presupuestos de control de abuso en las cláusulas de los contratos B2B», pp. 259 ss.), sin perjuicio de que en sectores específicos la protección del consumidor se extienda a un tipo de empresario como p. ej. en la regulación de los contratos de crédito inmobiliario (así, en Alemania y en un futuro muy próximo en España).

En su ya de por sí extensa obra, M.<sup>a</sup> Natalia Mato Pacín, no tienen cabida las zonas grises y las situaciones mixtas (el empresario que también es consumidor o el empresario que garantiza una operación de consumo). Son enriquecedores los casos judiciales que juegan, como dice Cámara Lapuente, con el concepto legal de «consumidor» («Experiencias españolas en el (reducido) ámbito de control de las cláusulas en los contratos entre empresarios», en la obra colectiva antes citada, pp. 195 ss.). Sólo en ocasiones concretas, la autora entra en el examen de algunas resoluciones judiciales.

Seguramente por ser el tema principal de la obra el control de las cláusulas abusivas de contratos entre empresarios, M.<sup>a</sup> Natalia Mato Pacín ha preferido dejar fuera el papel de los formularios o guerra de las condiciones generales de la contratación, aun cuando se ocupa en esta Primera parte del control de incorporación según los artículos 5 y 7 LCGC. La laguna legal existente en nuestro ordenamiento jurídico para resolver este tema no justifica la ausencia de al menos de un tratamiento mínimo.

Aunque cabría esperar en esta parte introductoria una referencia a la transparencia material, la autora deja su estudio para la Tercera parte. La

transparencia material, que fue creada por los Tribunales alemanes, es auspiciada en España desde hace pocos años por un importante sector de la doctrina y es respaldada totalmente por la jurisprudencia. Esta nueva doctrina, que no tiene acomodo legal en nuestro Derecho, no se aplica, sin embargo, a los contratos entre empresarios. El Tribunal Supremo, congruente con su propia doctrina, negando la protección a los empresarios en casos de cláusulas abusivas, les niega también la protección cuando no se cumplen los requisitos de la transparencia material. Esta doctrina, que por muy injusta que sea, no es más que una consecuencia de un sistema incompleto que debería ser reformado mediante las medidas legislativas oportunas.

La Segunda parte es, sin lugar a dudas, la más importante e interesante, la más personal de la obra.

En esta parte se despejan de entrada dos incógnitas: la función del Derecho de la competencia en la contratación con condiciones generales y la aplicación analógica de los artículos 82 y concordantes del TRLGDCU a las cláusulas abusivas en contratos entre empresarios.

Las cláusulas pueden, efectivamente, distorsionar el buen funcionamiento del mercado. Para un sector de la doctrina la tutela que proporciona el Derecho de la competencia y el Derecho *antitrust* es más que suficiente para solventar los problemas que brotan de las contrataciones entre empresarios cuando una de las partes introduce pactos que pueden resultar claramente abusivos para la otra parte. Y también se considera que ambos Derechos son las alternativas al control material de las condiciones generales de la contratación. Pero así mismo hay quienes defienden que estos Derechos no son lo suficientemente contundentes para ejercer un verdadero control y tampoco lo pretenden. M.<sup>a</sup> Natalia Mato Pacín participa de este planteamiento. En opinión de la autora, las normativas –las referidas al control de abusivas y las que comprende el Derecho de la competencia– pueden solaparse en ciertos casos, pero ni su *ratio* ni el ámbito de la «abusividad» y de la «deslealtad» coinciden, siendo muchos los supuestos de cláusulas abusivas entre empresarios que quedarían sin protección mediante la Ley de Competencia Desleal. Esta opinión coincide con la defendida por J. Pagador López y M. Artz en las II Jornadas Hispano-Alemanas en la Universidad de Münster durante los días 23 y 24 de junio de 2016 (cito de nuevo la obra *Standardisierte Verträge –zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, pp. 161 ss. y pp. 183 ss.).

Por muy justificada que podría ser la aplicación analógica de los arts. 82 ss. TRLGDCU, como entienden algunos autores para al menos algunas situaciones concretas, para entender, así, la protección a los empresarios adherentes, que sería siempre una solución basada en la justicia material, sería, desde el punto de vista técnico-jurídico, totalmente inaceptable porque no se dan las bases de la analogía *legis*. Para la autora no hay una laguna jurídica –sobre todo atendiendo a la propia voluntad del legislador–, pero, según ella, sí existe una identidad de razón, la cual precisamente justifica la necesidad de una protección de ambos «colectivos», es decir consumidores y empresarios adherentes, aunque también precisa que la protección no puede ser la misma.

Estas últimas consideraciones de la autora van a ser los principales presupuestos para el desarrollo posterior de su obra, a saber, que se debe proteger a los empresarios adherentes, si bien los parámetros del control no pueden ser los mismos cuando el adherente es un empresario.

En esta Segunda parte, en el capítulo III, que abarca más de doscientas páginas, M.<sup>a</sup> Natalia Mato Pacín trata de encontrar la protección de los empresarios adherentes en algunas normas del Código Civil. Las principales normas

son los artículos 1256 y 1255 (en este orden se procede a su análisis), pero también son objeto de atención los artículos 1102, 1485 II, 1176, 1288, 1154 CC y los artículos 217 y 54 LEC así como alguna incursión en la Ley de Usura y en la Ley de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

El Código Civil, como cualquier código de su tiempo, está basado en la autonomía privada y en la libertad contractual, que son los pilares de la contratación privada. El Código Civil es el principal cuerpo legal de las relaciones entre particulares y el Código de Comercio es el principal texto legal de las relaciones entre comerciantes (empresarios). En el momento de su redacción la contratación adhesiva era algo excepcional. El legislador era consciente de que había que poner límites intrínsecos (art. 1255 CC) y otros límites (p. e., art. 1256 CC) a la autonomía privada. Los límites intrínsecos (la ley imperativa o prohibitiva, la moral y el orden público) existen para cualquier cláusula, referida tanto al objeto como a aspectos accesorios del contrato, sea negociada o no. Pero hay otros límites más generales, contemplados en el Código Civil, que pueden desarrollar un control en los contratos adhesivos entre empresarios.

Desde luego, el principal precepto es el artículo 1256 CC. Trasgredir el límite del artículo 1256, es decir, contravenir el principio de interdicción de arbitrariedad, es contrario a la buena fe contractual. El artículo 1256 es un precepto al que recurren con frecuencia los Tribunales, pero, como dice la autora, más como refuerzo de otros preceptos más concretos que como *ratio decidendi*. A un carácter abstracto o, quizás, fruto del mismo, se une el hecho de que –dice la autora– no puede ser considerada como una norma en sentido técnico. El artículo 1256 es de una enorme ductilidad, de una gran versatilidad, para resolver conflictos muy diversos. Por ello, la autora, a fin de ofrecer una idea más definida de conductas que podrían conculcar la interdicción de la arbitrariedad, se sirve en este punto del listado de cláusulas abusivas del TRLGDCU en el que se recogen supuestos concretos de cláusulas que dejan ciertos aspectos del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, en este caso, el profesional predisponente. Este enfoque es una de las aportaciones más singulares de la obra que comento. Sin recurrir a la aplicación de la analogía *legis* del TRLGDCU, la autora da un mayor contenido al artículo 1256 recurriendo a aquellas cláusulas que en el Derecho de consumo son abusivas por ser arbitrarias. Examina aquellas cláusulas que pueden suponer una contravención en la contratación empresarial adhesiva de la prohibición de la arbitrariedad (facultades unilaterales de modificación del contrato, cláusulas de interpretación del contrato, cláusulas que limitan los derechos por incumplimiento o cumplimiento defectuoso o que facultan unilateralmente a dar por terminado el contrato, facultades respecto de plazos relacionados con la oferta o el cumplimiento de la prestación, cláusulas relacionadas con la prórroga automática del contrato, cláusulas restrictivas respecto de acuerdos o compromisos adquiridos por representantes o mandatarios y cláusulas que supeditan los compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades). En más cien páginas muy condensadas se estudian cláusulas que pueden significar una arbitrariedad en beneficio del empresario predisponente y en perjuicio del empresario adherente y que en casos concretos podrían ser consideradas abusivas por aplicación directa del artículo 1256. Como dice la autora, es un precepto con un potencial mal aprovechado como medio de control de los abusos que se pudieran cometer. Esta denuncia no es nueva, pero que con el estudio que hace la autora en esta parte adquiere un mayor respaldo por la profundidad de su análisis de cláusulas arbitrarias que con apoyo en el artícu-

lo 1256 podrían ser declaradas abusivas en la contratación adhesiva entre empresarios. A su juicio, la norma contiene un límite y es una norma imperativa prohibitiva. En definitiva, para ella el artículo 1256 tiene todos los ingredientes para permitir un control de contenido, esto es, un control material de las condiciones generales entre empresarios.

La metodología seguida por la autora recuerda, aunque sólo en parte, a la *Indiztheorie* (*Indizwirkung*) que fue desarrollada por los Tribunales alemanes para reforzar el control de contenido de las condiciones generales en contratos entre empresarios. Las dos listas de cláusulas abusivas en contratos de consumo que en día estaban recogidas en la AGB-G, que ahora están en el BGB, contienen indicios de ineficacia que pueden servir de apoyo en el control de las condiciones generales entre empresarios. Esta teoría ha tenido sus críticos, sobre todo porque desatiende las especialidades de los contratos entre empresarios (así, expresamente Gsell en la obra colectiva que se cita en esta recensión). Esta desatención no se daría en España si los Tribunales españoles siguieran la tesis de M.<sup>a</sup> Natalia Mato Pacín porque la respuesta a una cláusula arbitraria por abusiva sería siempre sobre la base de que traspasara el límite del artículo 1256. Los preceptos que invoca la autora, como p. ej. el artículo 85 TRLGDCU, el cual contiene una relación de cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario en los contratos no negociados con consumidores, sólo sirven de apoyo para demostrar que estas situaciones pueden darse también en condiciones generales entre empresarios. En el examen de cada una de las cláusulas de fijación o determinación unilateral o a favor del empresario, la autora analiza sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales tanto en el texto como en las notas a pie de página. Es una importante aportación que hasta ahora no se había realizado (así, en la obra de la que soy autor, *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Ed. Thomson-Civitas, 2009, falta ese amplio y conciso estudio jurisprudencial). ¿Cuál es el principal presupuesto que debe darse para que una cláusula sea nula por ser arbitraria conforme con el artículo 1256 CC? La autora sigue, principalmente, la explicación dada por Valpuesta Gastaminza, según la cual es arbitraria en el marco del artículo 1256 aquella conducta o acuerdo en el que queda a la voluntad de la parte el hacer o no sin pauta ni regla alguna o cuando la hipotética adecuación a pautas o reglas son incontables (*La prohibición de la arbitrariedad en el ámbito contractual europeo*, 1989). Pero, al mismo tiempo, defiende la necesidad de una mayor concreción que puede encontrarse en el TRLGDCU, sin caer por ello en la *Indiztheorie*. De forma categórica afirma la autora que el fundamento último de la nulidad es que estamos ante una norma claramente imperativa para todo tipo de contrato y que, con o sin listado orientativo de cláusulas abusivas, podría determinar la nulidad de una cláusula. Sin embargo, como denuncia ella, no son mayoritarias las resoluciones que se valgan del artículo 1256 para declarar no válida una cláusula en la contratación entre empresarios. En muchos casos, la interdicción de la arbitrariedad no es la *ratio decidendi* para determinar la nulidad de la cláusula, sino que es una regla entre otras, como es el artículo 1255 CC o el artículo 1258 CC, y también es frecuente su mención conjunta con otras normas imperativas.

Después del extenso examen del artículo 1256 como norma de control de las condiciones generales entre empresarios, la obra continúa por nuevos senderos, sirviéndose principalmente de preceptos concretos del Código Civil, en concreto los artículos 1102, 1485-2, 1176, 1288 y 1154. El artículo 1102

es una norma imperativa, y, por tanto, una cláusula contraria a ella es nula (nulidad del *pactum de dolo non prestando*), con independencia de si es negociada o no. Pero esta norma no da una respuesta a las cláusulas de limitación o de exoneración de la responsabilidad civil que causan un desequilibrio importante, pero sin ser propiamente una cláusula ilegal. No siempre queda claramente delimitado cuándo una cláusula es abusiva y cuándo es ilegal. Como señala la autora, el artículo 1102 sólo sirve para evitar los abusos más evidentes. La mala fe también se puede erigir como límite de cláusulas que limitan o exoneran de responsabilidad al vendedor por defectos ocultos en caso de dolo (arts. 1485 CC, 354 Ccom). El carácter imperativo del artículo 1176 sanciona con la nulidad la cláusula que suprime la posibilidad del deudor de liberarse de su obligación mediante el ofrecimiento de pago y la posterior consignación de la cosa debida. Nuevamente se debe insistir en que las cláusulas ilegales no son *stricto sensu* cláusulas abusivas. Entre todos los preceptos citados, el que mayor protección ha ofrecido hasta la aparición de la LGDCU (1984) y de la LCGC (1998) a los contratantes adherentes, sean consumidores o sean empresarios, ha sido el artículo 1288. Un precepto que también da mucho juego en la contratación adhesiva entre empresarios es el artículo 1154. Es uno de los pocos preceptos del Código Civil que permite una intervención del Juez en los contratos para asegurar la justicia contractual y el control de las cláusulas penales. No obstante, la autora denuncia que no se puede afirmar que el artículo 1154 sea un mecanismo apto para moderar penas excesivas. En su opinión, la protección del empresario frente a las cláusulas penales sustitutivas que son exorbitantes debe encontrarse en el artículo 1258 CC. Se cierra este recorrido por algunas normas de control de nuestro ordenamiento jurídico con el artículo 217 LEC –que regula la carga de la prueba– y el artículo 54 LEC –que regula la sumisión expresa en los contratos de adhesión–.

Uno de los sectores en los que los empresarios son especialmente vulnerables es el sector financiero. Mientras que los consumidores están protegidos por las normas de consumo, y desde hace unos años por la jurisprudencia española y europea, los empresarios que se encuentran con las mismas cláusulas financieras no encuentran protección ante las mismas cláusulas que se consideran abusivas. Salvo el control de incorporación (transparencia formal) que les dispensa la LCGC, tienen que buscar cobijo en el Código Civil para luchar contra cláusulas que son formal y materialmente abusivas. Una Ley, ya muy antigua, al menos sirve de base legal para impugnar las cláusulas que sean usurarias. Es la Ley de Usura de 1908 que afecta a todo tipo de prestatarios. Esta Ley está pensada para combatir los intereses remuneratorios que sean usurarios pero que se extiende también a los intereses moratorios. La futura Ley de contratos de crédito inmobiliario, que, por razones obvias, no es objeto de análisis, extiende, aunque con algunas matizaciones, la protección al menos a los prestatarios-empresarios que sean personas físicas.

Una respuesta específica a las cláusulas de intereses moratorios y otras cláusulas abusivas da la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (2010). La Ley española es consecuencia de la transposición de las Directivas comunitarias, las cuales por primera vez combaten determinadas cláusulas abusivas en los contratos entre empresarios. Con precisión y detenimiento, la autora examina las cláusulas que conforme con esta legislación especial son abusivas.

La Segunda Parte termina con una aproximación al artículo 1255 CC. La autora ha preferido dejar para el final esta norma sistémica del Derecho contractual español. Los límites que establece el artículo 1255 son los propios de cualquier sistema contractual que confía en la autonomía privada. De ahí que los límites de este precepto –que son límites intrínsecos– son las leyes imperativas y prohibitivas, la moral y el orden público. La influencia de las reflexiones del gran civilista De Castro –quien mejor que nadie explicó el alcance de esta norma sistémica– está presente en estas páginas. En la propia naturaleza de las leyes imperativas y prohibitivas está el control de cualquier cláusula que sea contraria a ellas. Más difícil es que la moral pueda ser el cauce de control de cláusulas abusivas porque no se puede moralizar las relaciones empresariales y de consumo. Por ello, la autora encuentra una mayor justificación en el orden público económico como vía de control de cláusulas de contratos de adhesión. Las condiciones generales de la contratación forman actualmente parte del orden público económico como también las normas de defensa de la competencia. El orden público económico puede ser trasgredido o alterado por las condiciones generales de la contratación. Pero, como reconoce M.<sup>a</sup> Natalia Mato Pacín, la imprecisión de lo que se entiende por el orden público económico dificulta su invocación en el control de las cláusulas.

La Tercera parte, que es la más breve pero no por ello menos importante, se centra en la buena fe como principal límite de las condiciones generales de la contratación. No es un límite reservado exclusivamente a los contratos de adhesión entre empresarios, pero puede y debería desarrollar la función que atribuye la doctrina y que, sin embargo, no reconoce la jurisprudencia, debido, principalmente, a que el artículo 1258 CC ha sido interpretado y aplicado por los Tribunales como una norma de interpretación y de integración del contrato, que es la función que fue asignada a este precepto por el legislador decimonónico. M.<sup>a</sup> Natalia Mato Pacín comparte con otros autores, como De Castro y Miquel González, la posibilidad de recurrir a la buena fe del artículo 1258 para articular el control de contenido. Si se puede integrar el contrato sobre la base de la buena fe, ¿por qué no se puede excluir una cláusula que sea contraria a la buena fe? Las cláusulas abusivas son nulas porque son contrarias a la buena fe entendida en sentido objetivo. Causar un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes por imposición y predisposición de una de las partes es contrario a la buena fe. La autora aboga por dar al artículo 1258 la función de una verdadera cláusula general de buena fe. Si así fuese, nada habría que reprochar a los Tribunales si utilizan este precepto en el control de las cláusulas abusivas en la contratación entre empresarios, si bien sería necesaria una concreción judicial en cada caso. Al menos la doctrina y la jurisprudencia nos enseñan, según se precisa en la obra, que la buena fe obliga a un comportamiento leal, conforme a lo esperable, a las expectativas de las partes contratantes. La buena fe obliga también a considerar los intereses legítimos de la contraparte. Cabe añadir que la buena fe obliga a una transparencia –no sólo formal sino también material– de las condiciones generales de la contratación. La autora comparte plenamente este nuevo control, cual es la transparencia material, que debe regir igualmente en la contratación entre empresarios, negado, sin embargo, tajantemente por el Tribunal Supremo. La buena fe contractual no acaba aquí su función de control. Es el principal recurso, según resalta la autora, para controlar las cláusulas que sean materialmente abusivas. Está en manos de los Tribuna-

les dar esta función al artículo 1258. No supondría, según concluye ella, ninguna distorsión de nuestro ordenamiento jurídico.

La obra *Cláusulas abusivas y empresario adherente* cierra un debate de un siglo sobre las condiciones generales de la contratación y al mismo tiempo es continuadora de un debate más reciente, el de la necesidad de dar respuestas adecuadas del Derecho de las condiciones generales a una mayor protección de los empresarios. La importancia de esta obra reside precisamente en estas dos lecturas sobre las condiciones generales de la contratación.

Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Granada



## Revistas Españolas

**ISABEL ARANA DE LA FUENTE**  
Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. Persona jurídica. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.—II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Contratos mercantiles. 4. Títulos valor.—III. *Derecho concursal*.—IV. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.—V. *Derecho de la Unión Europea*.—VI. *Derecho procesal*.—Abreviaturas.

### DERECHO CIVIL

#### INTRODUCCIÓN

BRANCÓS I NÚÑEZ, Enric: «El documento notarial en soporte electrónico», en *AAMN*, núm. 58, 2017-2018, pp. 307 ss.

GARCÍA MÁS, Francisco Javier: «Regreso al futuro: seguridad jurídica y nuevas tecnologías. El *Blockchain* y otras cuestiones digitales. La función notarial», en *RJNot*, núm. 106, 2018, pp. 153 ss.

GOMÁ LANZÓN, Fernando: «Actas y escrituras notariales: ámbito y aplicaciones en el mundo digital», en *AAMN*, núm. 58, 2017-2018, pp. 333 ss.

IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja: «La identidad de normas para resolver los conflictos de leyes internos e internacionales. Antecedentes y actualidad: especial referencia a los conflictos en materia de derecho de familia y sucesiones», en *RCDI*, núm. 768, 2018, pp. 2250 ss.

KOSTRUBA, Anatoliy V.: «Law enforcement as a form of realization of right: phenomenological analysis experience (civilized aspect)», en *RDC*, núm. 1, 2018, pp. 177 ss.

LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier: «Los confines del derecho: una invitación al debate», en *RJUAM*, núm. 37, 2018, pp. 21 ss.

LINAGE CONDE, Antonio: «Dos notarios en Barcelona y Madrid ante la Ley Orgánica: Falguera y Gonzalo», en *RJNot*, núm. 106, 2018, pp. 9 ss.

- LLEDÓ GONZÁLEZ, José Luis: «Los notarios y el pacto de Estado por la Justicia», en *AAMN*, núm. 58, 2017-2018, pp. 379 ss.
- LÓPEZ AZCONA, M.<sup>a</sup> Aurora: «Retos del Derecho civil español: a propósito de la necesaria reformulación del Código civil», en *RGLJ*, núm. 2, 2018, pp. 185 ss.
- MASEDA RODRÍGUEZ, Javier: «Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: La convivencia del Reglamento 1215/2012 con el Convenio de Lugano de 2007», en *RGLJ*, núm. 3, 2018, pp. 365 ss.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «La libre circulación de las personas protegidas en Europa: la voluntad de la persona en la determinación de la ley aplicable a su protección», en *RCDI*, núm. 767, 2018, pp. 1287 ss.
- PÉREZ HERESA, Juan: «La contribución del notario a la seguridad del crédito inmobiliario», en *AAMN*, núm. 58, 2017-2018, pp. 583 ss.
- PINAGLIA-VILLALÓN GAVIRA, Juan Ignacio: «Sobre la retroactividad de la ley civil», en *Actualidad civil*, núm. 7-8, 2018.

#### DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- ÁLVAREZ OLALLA, M.<sup>a</sup> del Pilar: «Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por resolución judicial contraria a la doctrina del tribunal de justicia de la Unión Europea sobre el concepto de consumidor», en *DPC*, núm. 32, 2018, pp.951 ss.
- ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan: «Protección de datos y conectividad notarial (La función notarial entre la privacidad y la transparencia)», en *AAMN*, núm. 58, 2017-2018, pp. 625 ss.
- ARIAS APARICIO, F., NICOLÁS JIMÉNEZ, P. Y ROMEO MALANDA, S.: «Aspectos jurídicos de la obtención, utilización y circulación de los gametos humanos», en *InDret*, 2018-3.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Transmisión de inmueble por tutor y autorización judicial. Comentario a la STS de 10 enero de 2018 (RJ 2018, 156)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 203 ss.
- BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra: «La formación del Delegado de Protección de Datos (DPO)», en *Actualidad civil*, núm. 5, 2018.
- BRITO IZQUIERDO, Noemí: «Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales», en *Actualidad civil*, núm. 5, 2018.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.<sup>a</sup> Isabel: «Identidad genética, responsabilidad, daño moral e interés superior del menor», en *RCDI*, núm. 767, 2018, pp. 1507 ss.
- DE ROMÁN PÉREZ, Raquel: «La tutela legal y la guarda administrativa de menores tras las leyes de 2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», en *RGLJ*, núm. 3, 2018, pp. 327 ss.

- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Honor. Intimidación y protección de datos personales en las comunidades en régimen de propiedad horizontal», en *DPC*, núm. 32, 2018, pp. 187 ss.
- DOMÍNGUEZ REYES, Juan Faustino: «El interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RCDI*, núm. 768, 2018, pp. 2212 ss.
- DOS SANTOS BOGAS DA FONSE, Pedro Miguel: «El derecho a ser olvidado: breve referencia a su ejercicio con base al reglamento comunitario de protección de datos», en *RDNT*, núm. 47, 2018.
- DURÁN ARROYO, Alicia: «El nuevo reglamento de protección de datos personales.: Análisis de su eficacia en la determinación de su ámbito territorial y los remedios en caso de tratamiento ilícito», en *RJUAM*, núm. 37, 2018, pp. 415 ss.
- ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio: «La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad», en *RDC*, núm. 3, 2018, pp. 85 ss.
- ESPÍN ALBA, Isabel: «Derecho de daños y derecho antidiscriminatorio: estereotipos y discriminación por género, edad y discapacidad», en *RCDI*, núm. 766, 2018, pp. 1056 ss.
- Daño moral en el derecho de autor: el criterio indemnizatorio de la regalía hipotética y los daños punitivos», en *RCDI*, núm. 768, 2018, pp. 2296 ss.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Carlos: «El RGPD ¿última oportunidad para salvaguardar nuestros datos personales?», en *Actualidad civil*, núm. 5, 2018.
- «El TC interpreta el alcance del derecho al olvido en las hemerotecas digitales», en *Actualidad civil*, núm. 6, 2018.
- FLANQUER RIUTORT, Juan: «Nuevas tendencias y propuestas en el tratamiento legal del uso de cookies: especial referencia a la propuesta de reglamento comunitario sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (e-privacy)», en *RDNT*, núm. 47, 2018.
- FLORES GONZÁLEZ, Begoña: «La protección jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España», en *RDC*, núm. 2, 2018, pp. 321 ss.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «La senectud: ¿Estado civil de la persona?», en *RJNot*, núm. 106, 2018, pp. 103 ss.
- GARCÍA HERRERA, Vanessa: «El tratamiento de datos de personas fallecidas», en *Actualidad civil*, núm. 5, 2018.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», en *AAMN*, núm. 58, 2017-2018, pp. 3143ss.
- «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», en *RDC*, núm. 3, 2018, pp. 29 ss.
- «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», en *RDC*, núm. 3, 2018, pp. 173 ss.

- GETE-ALONSO CALERA, M.<sup>a</sup> del Carmen: «La inscripción de nacimiento en la Ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad», en *RDC*, núm. 1, 2018, pp. 1 ss.
- GIL MEMBRADO, Cristina: «Investigación biomédica y datos personales. Una visión crítica del nuevo régimen jurídico», en *Actualidad civil*, núm. 5, 2018.
- HERMIDA BELLOT, Beatriz: «Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho Internacional privado de La Haya, y el Comité de los Derechos del Niño», en *RCDI*, núm. 767, 2018, pp. 1193 ss.
- LAUROBA LACAS, M.<sup>a</sup> Elena: «Las personas intersexuales y el derecho: Posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible», en *DPC*, núm. 32, 2018, pp. 11 ss.
- LLOPIS NADAL, Patricia: «Direcciones IP y presunto anonimato: Tras la identidad del usuario infractor de derechos de propiedad intelectual en Internet», en *InDret*, 2018-4.
- LÓPEZ AZCONA, M.<sup>a</sup> Aurora: «El acogimiento residencial de los menores con problemas de conducta: Un instrumento de protección de menores con incidencia en los derechos fundamentales», en *DPC*, núm. 32, 2018, pp. 133 ss.
- LÓPEZ-BUSTABAD, Ignacio-Javier: «El levantamiento del velo de la persona jurídica: una doctrina impredecible. Comentario a la STS de 14 diciembre 2017 (RJ 2017, 5811)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 141 ss.
- MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: «Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad», en *RDC*, núm. 3, 2018, pp. 199 ss.
- «Disposiciones transitorias del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad», en *RDC*, núm. 3, 2018, pp. 277 ss.
- MÁS BADÍA, M.<sup>a</sup> Dolores: «Los sistemas de información crediticia y la protección de datos personales: un Reglamento europeo y una Ley Orgánica concebida y no nacida (1)», en *Actualidad civil*, núm. 5, 2018.
- MÉNDEZ TOJO, Ramón: «La vulneración del derecho al honor derivada de la inclusión en un fichero de solvencia patrimonial», en *Actualidad civil*, núm. 7-8, 2018.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «El tratamiento de los datos personales que el interesado hubiese hecho manifiestamente públicos. Especial atención a las Redes Sociales», en *Actualidad civil*, núm. 5, 2018.
- «Consideraciones y perspectivas del delegado de protección de datos», en *RDNT*, núm. 47, 2018.
- MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio: «Problemática actual del defensor judicial: hacia una nueva concepción de la institución», en *RDF*, núm. 9-10, 2018, pp. 43 ss.

- MUNAR BERNAT, Pedro A.: «La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad», en *RDC*, núm. 3, 2018, pp. 121 ss.
- NAVAS NAVARRO, Susana: «Obras generadas por algoritmos. En torno a su posible protección jurídica», en *RDC*, núm. 2, 2018, pp. 273 ss.
- NOGUEIRA BLANCO, José: «Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y BIG DATA», en *Actualidad civil*, núm. 5, 2018.
- OROZCO GONZÁLEZ, Margarita: «El *value gap* y los mecanismos de detección de contenidos en materia de Propiedad Intelectual. Apuntes sobre la controvertida Propuesta de Directiva 2016», en *Actualidad civil*, núm. 10, 2018.
- PAU PADRÓN, Anotnio: «De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», en *RDC*, núm. 3, 2018, pp. 5 ss.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «La libre circulación de las personas protegidas en Europa: la voluntad de la persona en la determinación de la ley aplicable a su protección», en *RCDI*, núm. 767, 2018, pp. 1287 ss.
- «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley», en *RDC*, núm. 3, 2018, pp. 61 ss.
- PÉREZ DÍAZ, Raquel: «La protección de los datos del menor en el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC)», en *RDF*, núm. 5-6, 2018, pp. 67 ss.
- PÉREZ VALLEJO, Ana María: «Permuta financiera vinculada a préstamo hipotecario: ocultación de riesgos, frustración de expectativas y pérdidas patrimoniales asociadas a la contratación», en *RCDI*, núm. 766, 2018, pp. 1134 ss.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «El nuevo marco normativo de la protección de datos», en *Actualidad civil*, núm. 5, 2018.
- RAMOS GUTIÉRREZ, Mercedes: «Memoria Defuncti», en *Actualidad civil*, núm. 9, 2018.
- RECIO GAYO, Miguel: «Los nuevos y los renovados Derechos en Protección de Datos en el RGPD, así como sus limitaciones», en *Actualidad civil*, núm. 5, 2018.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen: «La reproducción médica asistida en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial consideración desde la perspectiva de la seguridad jurídica», en *RDF*, núm. 7-8, 2018, pp. 39 ss.
- VALDECANTOS, Maitane: «El consentimiento como base legitimadora del tratamiento en el Reglamento europeo de protección de datos», en *Actualidad civil*, núm. 5, 2018.
- «Un nuevo tiempo para los derechos de Propiedad Intelectual: La propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital», en *Actualidad civil*, núm. 10, 2018.
- VILA RAMOS, Beatriz: «La posición del menor en el ordenamiento y el ejercicio de sus derechos fundamentales. Especial referencia a los supuestos conflictivos en el ámbito del Derecho de familia», en *RCDI*, núm. 767, 2018, pp. 1327 ss.

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ADÁN DOMÈNECH, Frederic: «Responsabilidad sanitaria y consentimiento informado», en *Actualidad civil*, núm. 9, 2018.

ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Cuestiones sobre la validez y eficacia de un arrendamiento de vivienda que era ganancial y, a su vez objeto de un legado por el cónyuge premuerto. Comentario a la STS de 17 enero 2018 (RJ 2018, 36)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 265 ss.

ÁLVAREZ OLALLA, M.<sup>a</sup> del Pilar: «Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por resolución judicial contraria a la doctrina del tribunal de justicia de la Unión Europea sobre el concepto de consumidor», en *DPC*, núm. 32, 2018, pp. 951 ss.

BARRAL VIÑALS, Inmaculada: «La mediación de consumo y las demás ADR ante la Ley 7/2017 de resolución de conflictos de consumidores: ¿más retos o más oportunidades?», en *ACM*, núm. 4, 2018, pp. 57 ss.

BASOZÁBAL ARRUE, Xavier: «Tres modelos para una regulación actual del enriquecimiento injustificado: unitario, tipológico, fragmentado», en *InDret*, 2018-4.

BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA, Elena: «Los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios que financian la adquisición de la vivienda habitual: Consideraciones sobre la infracción del artículo 114, 3 de la Ley Hipotecaria», en *RGLJ*, núm. 2, 2018, pp. 159 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Transmisión de inmueble por tutor y autorización judicial. Comentario a la STS de 10 enero de 2018 (RJ 2018, 156)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 203 ss.

BOTELLO HERMOSA, José María: «El controvertido apartado e) del artículo 5 de la LAU una exclusión condicionada», en *RCDI*, núm. 766, 2018, pp. 821 ss.

BUSTO LAGO, José Manuel: «Carta de patrocinio otorgada por un alcalde para garantizar una póliza de crédito de una sociedad municipal: el incumplimiento de las normas administrativas para su otorgamiento no es oponible a la entidad acreedora. Comentario a la STS de 20 diciembre 2017 (RJ 2017, 6031)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 159 ss.

CALZADILLA MEDINA, M.<sup>a</sup> Aránzazu: «El devenir de la cláusula “rebus sic stantibus” Apuntes sobre la renegociación contractual a través de la mediación: Apuntes sobre la renegociación contractual a través de la mediación», en *RdPat*, núm. 45, 2018.

CARRASCO PERERA, Ángel: «Garantías y registro internacionales sobre equipo aeronáutico en el convenio de Ciudad del Cabo», en *AAMN*, núm. 58, 2017-2018, pp. 407 ss.

Análisis de las reglas contenidas en el Convenio relativas a operaciones garantizadas sobre equipos aeronáuticos que pretenden facilitar su financiación mediante determinados mecanismos de reconocimiento y eficacia de las garantías.

— «Garantías y registro internacionales sobre equipo aeronáutico en el Convenio de Ciudad del Cabo», en *RDM*, núm. 308, 2018.

- CASADO ANDRÉS, Blanca: «El vencimiento anticipado de las obligaciones a plazo (art. 1129 CC): una visión práctica», en *Actualidad civil*, núm. 6, 2018.
- CASTILLA BAREA, Margarita: «La facultad del acreedor de elegir procedimiento ejecutivo en caso de hipoteca sobre la vivienda habitual del deudor: ¿Una libertad absoluta o condicionada?», en *RDC*, núm. 2, 2018, pp. 81 ss.
- CASTILLO GARCÍA, C. del Carmen: «Un paso más en la consideración de la cláusula de vencimiento anticipado hipotecario y su posible abusividad», en *Actualidad civil*, núm. 9, 2018.
- «El daño moral. Su dificultad probatoria y el problema de su cuantificación», en *Actualidad civil*, núm. 6, 2018.
- CORRAL GARCÍA, Eduardo: «¿Había cláusulas suelo lícitas?», en *RCDI*, núm. 2382, 2018, pp. 719 ss.
- CORREDOR SIERRA, Beatriz: «El alquiler residencial estable como forma prioritaria de acceso a la vivienda en el contexto postcrisis», en *RJUAM*, núm. 37, 2018, pp. 9 ss.
- DE TORRES PEREA, José Manuel: «Rescisión concursal versus seguridad del tráfico jurídico», en *RDC*, núm. 2, 2018, pp. 363 ss.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su compatibilidad con el Derecho comunitario», en *RDC*, núm. 2, 2018, pp. 293 ss.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Imputación de pagos: régimen jurídico y propuestas de reforma», en *RDC*, núm. 2, 2018, pp. 9 ss.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «El recargo por demora del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro en el seguro de asistencia sanitaria. Comentario a la STS de 6 febrero 2018 (RJ 2018, 15213)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 331 ss.
- DONADO VARA, Araceli: «El legado o donación del derecho de habitación en el caso de un descendiente mayor de edad con discapacidad: controversias ante la aplicabilidad de una novedad legislativa sucesoria y contractual», en *RCDI*, núm. 767, 2018, pp. 1557 ss.
- ESTANCONA PÉREZ, Araya Alica: «La protección del consumidor en el contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico», en *RCDI*, núm. 766, 2018, pp. 685 ss.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «Medidas legales para una reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Actualidad civil*, núm. 4, 2018.
- «Novedosa doctrina jurisprudencial relativa a la subrogación por fallecimiento del arrendatario de vivienda de renta antigua», en *Actualidad civil*, núm. 9, 2018.
- GARCÍA GARNICA, M.<sup>a</sup> del Carmen: «Las causas de exoneración y moderación de la responsabilidad civil de los centros escolares por daños causados por menores de edad», en *InDret*, 2018-3.

- GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> Paz: «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», en *RDC*, núm. 3, 2018, pp. 173 ss.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: «Causalidad e imprudencia de la víctima en el seguro obligatorio de viajeros. Comentario a la STS de 21 noviembre 2017 (RJ 2017, 5093)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 79 ss.
- GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: «Pérdida de oportunidad procesal: motivación de la identificación y valoración del daño y del nexo causal. Comentario a la STS de 13 de julio 2017 (RJ 2017, 3959)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 9 ss.
- GUTIÉRREZ SANZ, M.<sup>a</sup> Rosa: «La mediación de consumo a la luz de la Ley 7/2017 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo», en *RDF*, núm. 5-6, 2018, pp. 3 ss.
- JEREZ DELGADO, Carmen: «Disposición unilateral de la vivienda familiar: Peculiaridades de la ineficacia y remedios alternativos», en *InDret*, 2018-4.
- LEGERÉN-MOLINA, Antonio: «Los contratos inteligentes en España (La disciplina de los *smart contracts*)», en *RDC*, núm. 2, 2018, pp. 193 ss.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Responsabilidad del fabricante frente al subadquirente», en *PDD*, núm. 136, 2018.
- LOIS CABALLÉ, Ana Isabel: «La protección del consumidor de viajes combinados: una perspectiva jurisprudencial», en *RDM*, núm. 309, 2018.
- LUENGO LLORET, Vicente: «Transacción con renuncia a reclamar la nulidad de las cláusulas suelo», en *Actualidad civil*, núm. 4, 2018.
- MAGRO SERVET, Vicente: «¿Es compatible la indemnización de daños por lesiones psíquicas o psicológicas con el daño moral?», en *Actualidad civil*, núm. 9, 2018.
- «¿Es indemnizable la conducta negligente o el incumplimiento contractual sin existencia de un daño físico, real y cuantificable? ¿Cabe el daño moral?», en *PDD*, núm. 137, 2018.
- «El aseguramiento de los daños causados por directivos a terceros y la póliza D&O», en *PDD*, núm. 136, 2018.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «La aplicación del art. 26.2 E) LVBM a la entrega voluntaria del bien del prestatario (deudor) al prestamista (acreedor) para su venta con una finalidad *pro solvendo*. Comentario a la STS de 2 febrero 2018 (RJ 2018, 217)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 299 ss.
- MARTÍ MOYA, Vanessa: «Hacia un verdadero mercado único digital: la prohibición del bloqueo geográfico en las compras online transfronterizas», en *RDNT*, núm. 47, 2018.
- MARTÍN BRICEÑO, M.<sup>a</sup> del Rosario: «Análisis sobre la protección del adquirente de una vivienda en construcción en cuanto a las cantidades anticipadas al promotor a cuenta del precio», en *RCDI*, núm. 768, 2018, pp. 1939 ss.

- MARTÍN GONZÁLEZ, Marina: «Evolución legislativa del proceso de desahucio por falta de pago», en *Actualidad civil*, núm. 6, 2018.
- MARTÍNEZ DEL TORO, Susana: «Daños por lucro cesante. Análisis jurisprudencial», en *PDD*, núm. 137, 2018.
- MARTÍNEZ OTERO, Juan María: «En mi casa... ¿mando yo?»: Condiciones contractuales y discriminación en el alojamiento colaborativo», en *InDret*, 2018-4.
- MILÀ RAFEL, Rosa: «Transacción y responsabilidad de la entidad de crédito que admitió pagos adelantados de los compradores de vivienda sin exigir la garantía de la Ley 57/1968. Comentario a la STS de 18 de julio de 2017 (RJ 2017, 3643)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 21 ss.
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, José María: «Arrendamientos y ejecución hipotecaria: la suerte del arrendamiento para uso distinto del de vivienda tras la ejecución de la finca arrendada», en *RdPat*, núm. 46, 2018.
- MONTESINOS GARCÍA, Ana: «La propuesta de directiva para la tutela colectiva de los consumidores en la Unión Europea», en *Actualidad civil*, núm. 9, 2018.
- NEVADO CATALÁN, Verónica: «Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad», en *InDret*, 2018-4.
- NÚÑEZ ZORRILLA, M.<sup>a</sup> del Carmen: «Estudio de la delimitación del arrendamiento financiero de figuras afines, del objeto del contrato y de la posición del arrendatario financiero en la nueva propuesta de Código Civil», en *RDBB*, núm. 151, 2018, pp. 193 ss.
- O'CALLAHAN MUÑOZ, Xavier: «Negocio jurídico fiduciario vs. simulado», en *Actualidad civil*, núm. 7-8, 2018.
- OROZCO GONZALES, Margarita: «Notas acerca del daño moral y los derechos de autor en Europa: la postura del TJUE», en *Actualidad civil*, núm. 4, 2018.
- ORTIZ DEL VALLE, M.<sup>a</sup> del Carmen: «Actualidad y controversias del régimen legal de las cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas y su repercusión sobre las entidades financieras», en *RDBB*, núm. 150, 2018, pp. 111 ss.
- PAÑOS PÉREZ, Alba: «Aspectos legales de los *smart contracts*: la revolución del comercio electrónico», en *RDNT*, núm. 48, 2018.
- PÉREZ ESCOLAR, Marta: «El art. 98 TRLCU, ¿requisitos formales de los contratos a distancia?», en *InDret*, 2018-4.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: «El *dies a quo* del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio de error en los contratos de préstamo e inversión», en *InDret*, 2018-4.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «La naturaleza del plazo del ejercicio de la acción de nulidad», en *RCDI*, núm. 767, 2018, pp. 1639 ss.

- REDONDO TRIGO, Francisco: «Transacción, novación y nulidad respecto de cláusulas suelo en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018», en *RCDI*, núm. 768, 2018, pp. 2346 ss.
- REVILLA TORRES, José Miguel: «La esencialidad del retraso en la entrega en el contrato de compraventa de inmuebles en construcción. La carencia de licencia de primera ocupación como causa de resolución. Estudio jurisprudencial», en *Actualidad civil*, núm. 6, 2018.
- RODRÍGUEZ CACHÓN, Teresa: «Relaciones contractuales en la cadena alimentaria: análisis a la luz de la nueva regulación», en *RDC*, núm. 1, 2018, pp. 191 ss.
- RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno: «Cinco años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre contratos swap», en *ACM*, núm. 4, 2018, pp. 25 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Regalos de boda y donaciones *propter nuptias*», en *RGLJ*, núm. 3, 2018, pp. 425 ss.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «Acuerdos transaccionales sobre cláusulas presuntamente abusivas en los préstamos hipotecarios», en *RDBB*, núm. 150, 2018, pp. 163 ss.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Control de transparencia en el préstamo hipotecario multidivisa», en *RCDI*, núm. 766, 2018, pp. 1042 ss.
- Condición legal de consumidor: contratos de doble finalidad y garantías accesorias», en *RCDI*, núm. 767, 2018, pp. 1583 ss.
- Novación, transacción y renuncia en los préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 768, 2018, pp. 2281 ss.
- SÁNCHEZ ABRIL, P., OLIVA BLÁZQUEZ, F., MARTÍNEZ ÉVORA, J.: «The right of withdrawal in consumer contracts: A comparative analysis of American and European law», en *Indret*, 2018-3.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús María: «Cláusula suelo y acuerdo extrajudicial con posterioridad a la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013», en *Actualidad civil*, núm. 7-8, 2018.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Margarita: «El tratamiento jurisprudencial del daño en las acciones de responsabilidad por *wrongful birth*», en *RJUAM*, núm. 37, 2018, pp. 465 ss.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen: «La reproducción médica asistida en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial consideración desde la perspectiva de la seguridad jurídica», en *RDF*, núm. 7-8, 2018, pp. 39 ss.
- SÁNCHEZ LERÍA, Reyes: «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», en *RdPat*, núm. 45, 2018.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «El plazo para ejercitar el derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los celebrados fuera de establecimiento mercantil (1)», en *Actualidad civil*, núm. 10, 2018.

- SÁNCHEZ-VENTURA MORER, Inés: «Dos modelos de control administrativo de las cláusulas abusivas: España e Inglaterra», en *RDC*, núm. 2, 2018, pp. 243 ss.
- SCHULZE, Reiner: «La protección de los consumidores en la contratación digital», en *AAMN*, núm. 58, 2017-2018, pp. 683 ss.
- SEOANE PRADO, Javier: «Una mirada reciente a la aplicación de la LOE por los Tribunales», en *Actualidad civil*, núm. 9, 2018.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «La obligación de evaluar la solvencia del deudor y la concesión de préstamo responsable», en *RdPat*, núm. 46, 2018.
- SERRANO CHAMORRO, M.<sup>a</sup> Eugenia: «El principio de autonomía de la voluntad y sus limitaciones: en especial derecho a desistir del contrato», en *Actualidad civil*, núm. 7-8, 2018.
- SOLÉ FELIU, Josep: «Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria», en *RDC*, núm. 1, 2018, pp. 55 ss.
- TAPIA HERMIDA, Javier: «La responsabilidad civil del notario y su aseguramiento», en *AAMN*, núm. 58, 2017-2018, pp. 35 ss.
- «Consecuencias de la nulidad, por abusiva, de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores respecto de los gastos tributarios. Sentencias del tribunal supremo 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo», en *RDBB*, núm. 151, 2018, pp. 337 ss.
- VALDECANTOS, Maitane. «Un nuevo tiempo para los derechos de Propiedad Intelectual: La propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital», en *Actualidad civil*, núm. 10, 2018.
- VAQUERO PINTO, M.<sup>a</sup> José: «Alcance del derecho de las mutuas colaboradoras con Seguridad Social para reclamar al tercero responsable o al subrogado en sus obligaciones el coste de las prestaciones sanitarias satisfechas como consecuencia de un accidente de tráfico. Comentario a la STS de 12 diciembre 2017 (RJ 2017, 5376)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 95 ss.
- VÁZQUEZ RUANO, Trinidad: «La tutela del consumidor en la fase previa de la contratación a distancia: Referencia al deber de información y a la remisión comercial», en *RDM*, núm. 309, 2018.
- VELASCO PERDIGONES, Juan Carlos: «La Responsabilidad Civil en el ejercicio infundado de acciones judiciales en la jurisprudencia», en *Actualidad civil*, núm. 4, 2018.
- «La interrupción de la prescripción de las obligaciones solidarias en la responsabilidad civil extracontractual. Especial mención a la solidaridad derivada del contrato de seguro», en *PDD*, núm. 136, 2018.
- ZUMAQUERO GIL, Laura: «La nulidad de la cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios», en *RDC*, núm. 2, 2018, pp. 149 ss.

## DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA, Elena: «Los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios que financian la adquisición de la vivienda habitual: Consideraciones sobre la infracción del artículo 114, 3 de la Ley Hipotecaria», en *RGLJ*, núm. 2, 2018, pp. 159 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Transmisión de inmueble por tutor y autorización judicial. Comentario a la STS de 10 enero de 2018 (RJ 2018, 156)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 203 ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Garantías y registro internacionales sobre equipo aeronáutico en el convenio de Ciudad del Cabo», en *AAMN*, núm. 58, 2017-2018, pp. 407 ss.
- Análisis de las reglas contenidas en el Convenio relativas a operaciones garantizadas sobre equipos aeronáuticos que pretenden facilitar su financiación mediante determinados mecanismos de reconocimiento y eficacia de las garantías.
- «Garantías y registro internacionales sobre equipo aeronáutico en el Convenio de Ciudad del Cabo», en *RDM*, núm. 308, 2018.
- CASTILLA BAREA, Margarita: «La facultad del acreedor de elegir procedimiento ejecutivo en caso de hipoteca sobre la vivienda habitual del deudor: ¿Una libertad absoluta o condicionada?», en *RDC*, núm. 2, 2018, pp. 81 ss.
- CASTILLO GARCÍA, Carolina del Carmen: «Un paso más en la consideración de la cláusula de vencimiento anticipado hipotecario y su posible abusividad», en *Actualidad civil*, núm. 9, 2018.
- CRUZ RIVERO, Diego: «La ilustración con fines educativos o de investigación científica como límite a la propiedad intelectual», en *RDM*, núm. 309, 2018.
- DE LA CUESTA SÁENZ, José María: «Usucapión e inmatriculación de fincas: en torno a los artículos 203 y 204 de la Ley Hipotecaria», en *RJNot*, núm. 106, 2018, pp. 373 ss.
- DELGADO GARCÍA POMAREDA, Jaime: «Estudio comparativo de las últimas reformas en torno a la figura de la compensación equitativa por copia privada en España y el Reino Unido», en *RJUAM*, núm. 37, 2018, pp. 365 ss.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Honor. Intimidación y protección de datos personales en las comunidades en régimen de propiedad horizontal», en *DPC*, núm. 32, 2018, pp. 187 ss.
- ESPÍN ALBA, Isabel: «Daño moral en el derecho de autor: el criterio indemnizatorio de la regalía hipotética y los daños punitivos», en *RCDI*, núm. 768, 2018, pp. 2296 ss.
- FANDOS PONS, Pedro: «Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (I): la vertiente geográfica del principio de rogación», en *RCDI*, núm. 768, 2018, pp. 1893 ss.

- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «Las normas comunitarias que regulen la actividad turística que se desarrolle en elementos privativos del inmueble ¿son normas de naturaleza estatutaria o son normas relativas al reglamento de régimen interior de la comunidad?», en *Actualidad civil*, núm. 7-8, 2018.
- «Prohibiciones y limitaciones de uso de elementos e instalaciones comunes», en *Actualidad civil*, núm. 10, 2018.
- GHIDINI, G. Y GALACHO ABOLAFIO, A. F.: «Conflictos de interés y contrastes de modelos jurídicos en la evolución de la disciplina de la propiedad intelectual», en *RDM*, núm. 308, 2018.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos Rafael: «Las obras de accesibilidad universal en los inmuebles en el Derecho privado español (estudio especial de la propiedad horizontal)», en *RCDI*, núm. 766, 2018, pp. 719 ss.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «El cambio de uso de un elemento privativo en propiedad horizontal: de vivienda a alojamiento turístico», en *RCDI*, núm. 767, 2018, pp. 1545 ss.
- «La hipoteca multidivisa y el deber de información», en *RCDI*, núm. 768, 2018, pp. 2234 ss.
- JUAN GÓMEZ, Mateo C.: «Ejecución hipotecaria, adjudicación y posesión del bien hipotecado: crónica de una técnica legislativa *distraída*», en *Actualidad civil*, núm. 9, 2018.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «A vueltas con el plagio», en *PDD*, núm. 137, 2018.
- LLOPIS NADAL, Patricia: «Direcciones IP y presunto anonimato: Tras la identidad del usuario infractor de derechos de propiedad intelectual en Internet», en *InDret*, 2018-4.
- «Enlaces en Internet y derechos de Propiedad Intelectual: un régimen jurídico establecido mediante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *RDNT*, núm. 48, 2018.
- LÓPEZ BARBA, Elena: «Títulos inscribibles. «Negocios de familia» y Registro de la Propiedad», en *RdPat*, núm. 46, 2018.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto: «La reclamación de la deuda a un propietario moroso: convocatoria de la junta, certificación de la deuda y notificación del acuerdo», en *Actualidad civil*, núm. 10, 2018.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «Acuerdo de la comunidad de propietarios sobre un elemento común atribuido en uso exclusivo. Comentario a la RDGRN de 17 enero 2018 (RJ 2018, 55)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 249 ss.
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, José María: «Arrendamientos y ejecución hipotecaria: la suerte del arrendamiento para uso distinto del de vivienda tras la ejecución de la finca arrendada», en *RdPat*, núm. 46, 2018.
- OROZCO GONZÁLEZ, Margarita: «El *value gap* y los mecanismos de detección de contenidos en materia de Propiedad Intelectual. Apuntes sobre la controvertida Propuesta de Directiva 2016», en *Actualidad civil*, núm. 10, 2018.

- ROBLES LATORRE, Pedro: «Problemas de la inscripción de la renuncia abdicativa del dominio en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 766, 2018, pp. 775 ss.
- SÁNCHEZ CASTRO, Pablo: «Nulidad de la convocatoria y de los acuerdos de la Junta General por mala fe del administrador convocante. Comentario a la STS de 20 septiembre 2017 (RJ 2017, 4634)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 43 ss.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M.<sup>a</sup> Elena: «Nuevas tendencias en materia de administración del territorio. En particular, de la necesidad de reingenierización del Registro de la propiedad», en *RDC*, núm. 2, 2018, pp. 57 ss.
- TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac: «Consideraciones a propósito del interdicto de recobrar por despojo judicial. El caso en que el predio lanzado pertenece a otra persona», en *RCDI*, núm. 766, 2018, pp. 847 ss.
- VALDECANTOS, Maitane. «Un nuevo tiempo para los derechos de Propiedad Intelectual: La propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital», en *Actualidad civil*, núm. 10, 2018.

#### DERECHO DE FAMILIA

- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Cuestiones sobre la validez y eficacia de un arrendamiento de vivienda que era ganancial y, a su vez objeto de un legado por el cónyuge premuerto. Comentario a la STS de 17 enero 2018 (RJ 2018, 36)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 265 ss.
- ANGUITA RÍOS, Rosa María: «Realidad y confusión en la regulación de las uniones de hecho en la España de hoy. La situación en Europa y en países de América Latina», en *RDF*, núm. 9-10, 2018, pp. 73 ss.
- BELUCHE RINCÓN, Iris: «La obligación de alimentar a los hijos menores (especialmente en supuestos de reconocimiento judicial de la filiación)», en *RdPat*, núm. 45, 2018.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La responsabilidad de los bienes gananciales. El ejercicio del comercio por persona casada y la posición del cónyuge no comerciante (I)», en *RCDI*, núm. 766, 2018, pp. 995 ss.
- «La responsabilidad de los bienes gananciales. El ejercicio del comercio por persona casada y la posición del cónyuge no comerciante (y II)», en *RCDI*, núm. 767, 2018, pp. 1519 ss.
- CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Pedro: «Los reglamentos europeos en materia de regímenes matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas», en *AAMN*, núm. 58, 2017-2018, pp. 479 ss.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos especiales: atribución al hijo mayor de edad con discapacidad y atribución a otros parientes por razón de la custodia de los hijos menores», en *RdPat*, núm. 45, 2018.

- FERNÁNDEZ, Héctor: «El perfil de «familia ideal» bajo el régimen de guarda compartida», en *RJUAM*, núm. 37, 2018, pp. 133 ss.
- GETE-ALONSO CALERA, M.<sup>a</sup> del Carmen: «La inscripción de nacimiento en la Ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad», en *RDC*, núm. 1, 2018, pp. 1 ss.
- GIL MEMBRADO, Cristina: «El complicado equilibrio en la toma de decisiones sobre vacunación. Especial referencia al menor La mediación de consumo a la luz de la Ley 7/2017 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo», en *RDF*, núm. 5-6, 2018, pp. 33 ss.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Matrimonio y discapacidad», en *DPC*, núm. 32, 2018, pp. 55 ss.
- JEREZ DELGADO, Carmen: «Disposición unilateral de la vivienda familiar: Peculiaridades de la ineficacia y remedios alternativos», en *InDret*, 2018-4.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «Armonización, convergencia y divergencia del Derecho de Familia en Europa», en *RCDI*, núm. 768, 2018, pp. 2083 ss.
- LAUROBA LACASA, M.<sup>a</sup> Elena: «Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y...?», en *InDret*, 2018-4.
- MANDRIÑÁN VÁZQUEZ, Marta: «El anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida», en *RDF*, núm. 7-8, 2018, pp. 127 ss.
- MÉNDEZ TOJO, Ramón: «Atribución de la guarda y custodia de un menor a personas distintas de sus progenitores: A propósito de la STS 492/2018 de 14 de septiembre», en *Actualidad civil*, núm. 10, 2018.
- NANCLARES VALLE, Javier: «La reforma de la determinación de la filiación extramatrimonial en el derecho civil navarro», en *RDF*, núm. 9-10, 2018, pp. 3 ss.
- NEVADO CATALÁN, Verónica: «Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad», en *InDret*, 2018-4.
- NEVADO MONTERO, Juan José: «Los gastos extraordinarios. El requisito del consentimiento previo para su realización», en *RDF*, núm. 81, 2018, pp. 35 ss.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «El derecho familiar cubano y los nuevos tiempos: el brío jurisprudencial», en *RDF*, núm. 7-8, 2018, pp. 93 ss.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: «Problemática procesal y sustantiva del procedimiento de alimentos entre parientes», en *RDF*, núm. 79, 2018, pp. 25 ss.
- «Las interferencias parentales en el cumplimiento del régimen de visitas y posibles soluciones», en *RDF*, núm. 81, 2018, pp. 25 ss.
- RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción: «El reconocimiento de menores e incapaces del artículo 124 del Código Civil: el interés superior del menor y el principio de verosimilitud biológica», en *RDC*, núm. 1, 2018, pp. 133 ss.

- ROGEL VIDE, Carlos: «Regalos de boda y donaciones *propter nuptias*», en *RGLJ*, núm. 3, 2018, pp. 425 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Desheredación de hijos por maltrato psicológico y controversia sobre la legítima», en *RDF*, núm. 79, 2018, pp. 51 ss.
- «Guarda y custodia compartida y mala relación entre progenitores», en *RDF*, núm. 80, 2018, pp. 367 ss.
- ROVIRA-SUEIR, María E.: «La limitación temporal sobrevenida de la pensión compensatoria indefinida. Comentario a la STS de 10 enero de 2018 (RJ 2018, 56)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 181 ss.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen: «Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española», en *InDret*, 2018-4.
- «La reproducción médica asistida en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial consideración desde la perspectiva de la seguridad jurídica», en *RDF*, núm. 7-8, 2018, pp. 39 ss.
- SERRANO CHAMORRO, M.<sup>a</sup> Eugenia: «Reclamación de gastos de residencia geriátrica de la madre pagados por un hijo: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2017», en *Actualidad civil*, núm. 10, 2018.
- SEVILLA BUJALANCE, Juan Luis: «La capacidad matrimonial del menor de edad, ¿una reforma necesaria?», en *RCDI*, núm. 766, 2018, pp. 799 ss.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida», en *RDC*, núm. 1, 2018, pp. 99 ss.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Uniones de hecho, libre desarrollo de la personalidad y enriquecimiento injusto», en *RDF*, núm. 80, 2018, pp. 25 ss.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «La obligación de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: ponderación de discapacidad de alimentante y alimentista. Comentario a la STS de 13 diciembre 2017 (RJ 2017, 5406)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 123 ss.

## DERECHO DE SUCESIONES

- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de: «Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente», en *RDF*, núm. 7-8, 2018, pp. 3 ss.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «El art. 814.3 CC y los descendientes del descendiente instituido heredero pero premuerto al ascendiente testador, cuando aquellos no figuran mencionados en tal testamento. Reflexiones para una interpretación distinta de aquella norma\*)», en *RdPat*, núm. 46, 2018.

- ATZUTEGI GUTIÉRRES, Jon: «La intervención forzosa de las personas legítimas en la partición hereditaria, ¿tutela de la intangibilidad material de la legítima? Comentario a la RDGRN de 22 septiembre 2017 (RJ 2017, 4387)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 67 ss.
- AZNAR DOMINGO, Antonio Y MARTÍN SUÁREZ, Sandra: «La legítima y la acción de reducción de las donaciones inoficiosas», en *Actualidad civil*, núm. 4, 2018.
- CASTELLANOS RUIZ, Esperanza: «Ventajas e inconvenientes de la «*professio iuris*» en el Reglamento Europeo Sucesorio 650/2012», en *RCDI*, núm. 767, 2018, pp. 1367 ss.
- CORDERO TABORDA, Álvaro: «La protección de los reservatarios frente a enajenaciones voluntarias y forzosas del reservista», en *RJNot*, núm. 106, 2018, pp. 291 ss.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: Partición por contador-partidor: imposibilidad de pagar en dinero las legítimas cuando el adjudicatario de los bienes deja transcurrir el plazo previsto en la Ley. Comentario a la RDGRN de 11 de enero de 2018 (RJ 2018, 49)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 221 ss.
- DONADO VARA, Araceli: «El legado o donación del derecho de habitación en el caso de un descendiente mayor de edad con discapacidad: controversias ante la aplicabilidad de una novedad legislativa sucesoria y contractual», en *RCDI*, núm. 767, 2018, pp. 1557 ss.
- FERNÁNDEZ EGEA, M.<sup>a</sup> Ángeles: «Aplicación de la partición del art. 1057 CC al régimen sucesorio gallego. Comentario a la RDGRN de 29 enero 2018 (RJ 2018, 494)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 287 ss.
- GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> Paz: «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», en *RDC*, núm. 3, 2018, pp. 173 ss.
- LLORENTE SALINAS, M.<sup>a</sup> Arantzazu: «La sucesión del causante soltero, sin descendencia, que premuere a progenitor sobreviviente, desheredado», en *Actualidad civil*, núm. 6, 2018.
- MARTÍNEZ DEL TORO, Susana: «La partición de la herencia», en *Actualidad civil*, núm. 4, 2018.
- PASCUAL DE LA PARTE, César-Carlos: «La transmisión del «*ius delationis*» «ex» artículo 1006 del Código Civil y la resolución de la DGRN de 22 de enero de 2018, en relación a la sentencia del TS de 11 de septiembre de 2013», en *RCDI*, núm. 768, 2018, pp. 1845 ss.
- RUEDA ESTEBAN, Luis: «Organización de la sucesión ante la postura del código civil frente a los pactos sucesorios», en *RJNot*, núm. 106, 2018, pp. 239 ss.
- RUIZ, Fernando: «El testamento del judicialmente incapacitado», en *RJNot*, núm. 106, 2018, pp. 127 ss.
- STELLA RICHTER, Mario: «Aspectos históricos de la *società a responsabilità limitata* en Italia», en *RJNot*, núm. 106, 2018, pp. 331 ss.

**DERECHO MERCANTIL**

## PARTE GENERAL. EMPRESA

- ARPIO SANTACRUZ, Juan L.: «Fundamento y alcance de la regulación europea sobre el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación», en *RDCD*, núm. 22, 2108.
- BACHES OPI, Sergio: «La prohibición de contratar con las administraciones públicas por infracciones del derecho de la competencia», en *RDM*, núm. 309, 2018.
- CALVO VÉRGEZ, Juan: «La adaptación por el Banco de España de las NIIF 9 y 15. Análisis del contenido de las Circulares 4/2016, 7/2016 y 4/2017 y su incidencia en el Capital CET1 y en la concesión de crédito», en *RDBB*, núm. 150, 2018, pp. 197 ss.
- «Pasado, presente y futuro del canon digital», en *RDNT*, núm. 46, 2018.
- CASADO NAVARRO, Antonio: «El controvertido asunto de la función normativa del falseamiento de la competencia por actos desleales (art. 3 LDC)», en *RDCD*, núm. 22, 2108.
- CASTILLA CUBILLAS, Manuel: «El BCE propone la suspensión de la protección a los depositantes en entidades de crédito», en *RDBB*, núm. 150, 2018, pp. 247 ss.
- «La nueva Directiva sobre servicios de pago (DSP 2) y su aplicación desde el 13 de enero de 2018», en *RDBB*, núm. 150, 2018, pp. 255 ss
- CIVITELLI, Chiara: «Derechos de autor en las plataformas digitales», en *RDNT*, núm. 46, 2018.
- FLORES SEGURA, Marta: «La tipología de inversores en las operaciones de financiación participativa o «*crowdfunding*», en *RDBB*, núm. 150, 2018, pp. 89 ss.
- FUENTES NAHARRO, Mónica: «Digitalización y constitución de sociedades», en *RDBB*, núm. 150, 2018, pp. 275 ss.
- GÓMEZ ASENSIO, Carlos: «La aplicación de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual a las reclamaciones de daños por infracción del Derecho de Defensa de la Competencia», en *RDM*, núm. 308, 2018.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel: «La sanción a las empresas matrices por prácticas infractoras de las normas de competencia de sus filiales: regulación, principios y garantías», en *RDCD*, núm. 22, 2108.
- GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada: «La economía colaborativa: del intercambio entre pares a una nueva economía de mercado», en *RDM*, núm. 309, 2018.
- GUASCH MARTORELL, Rafael: «El procedimiento abreviado: transmisión de la unidad productiva en funcionamiento», en *RDM*, núm. 308, 2018.

- MADRID PARRA, Agustín: «Dinero electrónico revisitado», en *RDBB*, núm. 151, 2018, pp. 9 ss.
- PALMA ORTIGOSA, Adrián: «Los deberes de información en el crowdfunding. Especial atención a las plataformas de financiación participativa», en *RDBB*, núm. 151, 2018, pp. 317 ss.
- RODILLA MARTÍ, Carmen: «Cláusulas de terminación contractual en licencias de tecnología y continuación del pago de los royalties tras la nulidad de la patente», en *RDCD*, núm. 22, 2108.
- SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, Juan: «Sobre los principales riesgos para los mercados financieros europeos», en *RDBB*, núm. 150, 2018, pp. 277 ss.
- SÁNCHEZ GIMENO, Sergio y GAY QUINZÁ, Ignasi: «La aplicación privada del Derecho de la competencia: aspectos procesales», en *RDCD*, núm. 22, 2108.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Las criptomonedas y sus ofertas públicas: advertencias de las autoridades europeas, españolas y de la SEC», en *RDBB*, núm. 150, 2018, pp. 237 ss.
- «Titulización conjunta de los bonos soberanos europeos como alternativa a su mutualización», en *RDBB*, núm. 150, 2018, pp. 261 ss.
- «La nueva normativa española y europea sobre las cuentas bancarias», en *RDBB*, núm. 150, 2018, pp. 261 ss.
- TATO PLAZA, Anxo: «¿Qué significa ser «el mejor»? Alegaciones de tono excluyente, exageraciones publicitarias y otras categorías colindantes en el derecho de la publicidad», en *RDCD*, núm. 22, 2108.
- TOBÍO RIVAS, Ana María: «Competencia desleal y publicidad encubierta: recientes desarrollos en la regulación española y de la unión europea», en *RDCD*, núm. 22, 2108.
- VARGAS VASSEROT, Carlos: «Las mutuas de seguros. Paulatina pérdida de identidad y necesidad de integración», en *RDM*, núm. 308, 2018.
- VERCHER MOLL, Francisco Javier: «La transcendencia jurídica de la gestión de riesgos en las entidades de crédito», en *RDBB*, núm. 150, 2018, pp. 143 ss.

## DERECHO DE SOCIEDADES

- ABRIANI, Niccolo: «La novísima SRL-PYME italiana. Nuevos medios de financiación de las pymes y su repercusión sobre el Derecho de sociedades», en *RDS*, núm. 53, 2008.
- ALCALÁ DÍAZ, M.<sup>a</sup> Ángeles: «La junta general en el concurso de acreedores», en *RDM*, núm. 309, 2018.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Los acuerdos irregulares y la ideología hipotecarista en la calificación registral mercantil», en *AAMN*, núm. 58, 2017-2018, pp. 239 ss.

- ÁLVAREZ ROYO-VILANOVA, Segismundo: «Traslado de domicilio social dentro de la CEE», en *AAMN*, núm. 58, 2017-2018, pp. 435 ss.
- ARIAS VARONA, Francisco Javier: «Aplicación del derecho de separación del socio por falta de distribución de dividendos (art. 348 bis LSC) y propuestas de reforma», en *RDS*, núm. 52, 2008.
- BARRERO RODRÍGUEZ, E. Y VIGUERA REVUELTA, R.: «Una visión crítica del derecho de separación por falta de distribución de dividendos en el derecho societario español», en *RdPat*, núm. 45, 2018.
- CAMPUZANO LAGUILLO, B. Y MOLINA HERNÁNDEZ, C.: «La retribución de los administradores y directivos de las sociedades cotizadas», en *RdPat*, núm. 46, 2018.
- CASTAÑER CODINA, Joaquim: «El grupo de sociedades encabezado por una persona física: A propósito de la STS 190/2017, de 15 de marzo, y de la STS 437/2018, de 11 de julio», en *RDS*, núm. 54, 2008.
- CIAN, Marco: «*Alternative investment funds controlling a company and company law*», en *RDS*, núm. 52, 2008.
- COHEN BENCHETRIT, Amanda: «Comentario a la STS, sala primera, de 19 de septiembre de 2017, sobre retribución de administradores sociales: exigencia de constancia estatutaria de la remuneración y grado de concreción del sistema de remuneración, actos propios y percepción de retribuciones por pacto parasocial», en *RDS*, núm. 52, 2008.
- «Comentario a la STS, Sala Primera, de 26 de febrero de 2018, sobre retribución de administradores sociales: Determinación del ámbito subjetivo del principio de determinación estatutaria de la remuneración. Retribución del consejero con funciones ejecutivas», en *RDS*, núm. 53, 2008.
- DEL VAL TALENS, Paula: «El traslado internacional del domicilio sin cambio de sede real», en *RDS*, núm. 52, 2008.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «La tragicomedia de la paridad: Sobre la composición plural y equilibrada de órganos representativos», en *InDret*, 2018-4.
- EMBED IRUJO, José Miguel: «Las fuentes del derecho de sociedades y la orden Jus/319/2018, de 21 de marzo», en *RJNot*, núm. 106, 2018, pp. 367 ss.
- EMBED IRUJO, J. M. Y SALA SANJUÁN, A. J.: «La sociedad unipersonal, el deber de lealtad del administrador único y la calificación concursal con condena por el déficit», en *RDM*, núm. 309, 2018.
- ESTEBAN MONASTERIO, Ignacio: «Reclamación de deudas sociales al administrador a través de la acción individual», en *RDS*, núm. 54, 2008.
- FARIAS BATLLE, Mercedes: «Sociedad participada por los trabajadores. A propósito del régimen de la Ley 44/2015, de sociedades laborales y participadas», en *RDS*, núm. 53, 2008.
- GALLEGO CÓRCOLES, Ascensión: «¿Existe un deber de los socios de apoyar la adopción de medidas de saneamiento en la proximidad a la insolvencia de la sociedad?», en *RDBB*, núm. 151, 2018, pp. 61 ss.

- GALLEGO CÓRCOLES, Ascensión: «La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría», en *RDM*, núm. 308, 2018.
- GARCÍA MANDALONIZ, Marta: «Hacia un gobierno corporativo sostenible con implicación efectiva y sostenible de los accionistas para la mejora del rendimiento financiero y no financiero a largo plazo y con divulgación de la información no financiera», en *RDS*, núm. 54, 2008.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: «La prestación de otros servicios por los administradores sociales y su remuneración», en *RDM*, núm. 309, 2018.
- GARNACHO CABANILLAS, Lourdes: «Deber de lealtad del socio en una sociedad de capital», en *RDS*, núm. 52, 2008.
- GONDRA ROMERO, José María: «100 Años de debate sobre el «gobierno corporativo»: La importancia del contexto», en *RDS*, núm. 52, 2008.
- GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada: «Deber de lealtad y responsabilidad concursal del administrador persona jurídica. Reflexiones a la luz de la STS de 20 de diciembre de 2017», en *RDS*, núm. 52, 2008.
- GUERRERO LEBRÓN, M.<sup>a</sup> Jesús: «El art. 348 bis LSC como mecanismo de protección del socio externo ante una gestión desleal del grupo», en *RDS*, núm. 54, 2008.
- HERNÁNDEZ CEBRIÁ, Luis: «La «titularidad real» de las sociedades de capital: entre el orden público y la autonomía privada», en *RCDI*, núm. 768, 2018, pp. 1789 ss.
- HIERRO ANIBARRO, S. Y ZABALETA DÍAZ, M.: «Cogestión y gobierno corporativo en Europa: Un viaje de ida y vuelta», en *RDS*, núm. 52, 2008.
- IRÁCULIS ARREGUI, Nerea: «Derecho de separación del socio externo de la sociedad matriz y de la filial: controvertida construcción de este mecanismo de protección», en *RDM*, núm. 308, 2018.
- IRIBARREN BLANCO, Miguel: «Pactos parasociales y cambios de socios. (Una visión dinámica de los pactos parasociales)», en *RDS*, núm. 53, 2008.
- «Pactos parasociales, dividendos encubiertos y transmisión de participaciones: Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25 de noviembre de 2016», en *RDS*, núm. 54, 2008.
- JUSTE MENCÍA, J. Y CAMPINS VARGAS, A.: «Interpretación del régimen legal de retribución de administradores. A propósito de la STS de 26 de febrero de 2018», en *RDS*, núm. 53, 2008.
- LAGOS RODRÍGUEZ, Begoña: «Responsabilidad de los fundadores por la realidad de las aportaciones sociales y la valoración de las no dinerarias en las sociedades anónimas: análisis del artículo 77 LSC», en *RDBB*, núm. 150, 2018, pp. 47 ss.
- LARGO GIL, Rita: «El folleto como instrumento de transparencia en las ofertas públicas y en la admisión a cotización de valores en un mercado regulado», en *RDBB*, núm. 150, 2018, pp. 9 ss.

- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura: «Análisis de la responsabilidad patrimonial del socio en sus relaciones con la sociedad cooperativa: fundamentos y límites», en *RdPat*, núm. 46, 2018.
- LÓPEZ-BUSTABAD, Ignacio-Javier: «El levantamiento del velo de la persona jurídica: una doctrina impredecible. Comentario a la STS de 14 diciembre 2017 (RJ 2017, 5811)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 141 ss.
- LUCINI MATERO, Álvaro: «El documento público notarial en la perspectiva del proyecto de digitalización del Derecho europeo de sociedades», en *AAMN*, núm. 58, 2017-2018, pp. 193 ss.
- MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando: «La retribución de los consejeros ejecutivos», en *RDM*, núm. 309, 2018.
- MARINA GARCÍA-TUÑÓN, Ángel: «Derecho de sociedades, Derecho contable y capital social en la perspectiva de la Unión Europea: sobre su necesaria integración», en *RDM*, núm. 308, 2018.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora: «Sobre la extinción societaria o concursal de las sociedades sin activo con un acreedor», en *RDM*, núm. 308, 2018.
- MASSAGUER FUENTES, José: «El incumplimiento de los contratos de licencia de patente y de licencia de secretos empresariales: concurrencia entre acciones contractuales y acciones por infracción», en *RDM*, núm. 309, 2018.
- MEGÍAS LÓPEZ, Javier: «El deber de independencia en el consejo de administración: Conflictos de interés, dispensa y *business judgment rule*», en *RDS*, núm. 52, 2008.
- MORENO DE LA SANTA GARCÍA, Enrique: «La función de apoyo del Compliance Officer a los administradores de sociedades de capital. Distribución de Deberes y Responsabilidades», en *RDBB*, núm. 151, 2018, pp. 259 ss.
- MUÑOZ CERVERA, Miguel: «Sobre la aplicación del derecho transitorio a los estatutos sociales (STS 451/2017, de 21 de diciembre de 2017)», en *RDS*, núm. 52, 2008.
- PANIAGUA ZURERA, Manuel: «Constitución económica y libertad de empresa en la jurisprudencia constitucional», en *RDM*, núm. 309, 2018.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido: «El concepto de sociedad profesional», en *RDS*, núm. 54, 2008.
- PÉREZ PUEYO, Anunciación: «Aviso a los interesados: La retirada del Reino Unido y las normas de la Unión Europea sobre Derecho de sociedades», en *RDS*, núm. 52, 2008.
- PINO ABAD, Manuel: «El deber de información de las entidades financieras y la protección jurídica del usuario inversor de SWAP», en *RDBB*, núm. 151, 2018, pp. 229 ss.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «El traslado de domicilio social: protección de socios y acreedores», en *RDM*, núm. 309, 2018.

- RABAS MARTÍNEZ, Ignacio: «Integración del capital social con criptomonedas», en *RDS*, núm. 53, 2008.
- RAMOS GÓMEZ, Marta: «Luces y sombras en torno a la votación consultiva del informe anual sobre remuneraciones de los consejeros», en *RDS*, núm. 54, 2008.
- RECAMÁN GRAÑA, Eva: «Relevancia de la ausencia de la inscripción del cese del administrador en el cargo en cuanto al ejercicio de la acción de responsabilidad por las obligaciones sociales», en *RDM*, núm. 308, 2018.
- «La *business judgement rule* en la crisis. Una propuesta interpretativa», en *RDS*, núm. 54, 2008.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «Las Juntas generales clandestinas y la buena fe», en *RCDI*, núm. 766, 2018, pp. 1098 ss.
- RODRÍGUEZ PEÑAMARÍA, Tomás: «A vueltas con la renovación tácita de los auditores», en *RDS*, núm. 54, 2008.
- ROJÍ BUQUERAS, José María: «A propósito de la unanimidad de facto: propuestas contra las situaciones de veto individual del socio», en *RDS*, núm. 54, 2008.
- RUANO MOCHALES, Teresa: «La posición jurídica del administrador y los presupuestos de la potencial asunción de responsabilidad penal en la formulación de las cuentas anuales», en *RDS*, núm. 52, 2008.
- SÁEZ LACAWE, M.<sup>a</sup> Isabel: «Activismo accionarial, Hedge Funds y el artículo 161 de la LSC», en *InDret*, 2018-4.
- SÁNCHEZ CERBÁN, A. Y ZHOU, Y.: «Inscripción de una cláusula estatutaria atípica que establece que para el reparto de la prima de emisión sean aplicables los mismos requisitos que la reducción de capital», en *RDS*, núm. 54, 2008.
- VARGAS VASSEROT, Carlos: «El nuevo (por diferente) marco legal de las sociedades cooperativas en Andalucía. El paso de una concepción social de la cooperativa a una economicista radical», en *RDS*, núm. 53, 2008.
- VERCHER MOLL, Francisco Javier: «Efectos societarios de las medidas de supervisión prudencial en las entidades de crédito», en *RDS*, núm. 53, 2008.
- ZURUTUZA ARIGITA, Iñaki: «La evolución del régimen de transmisión de acciones y participaciones sociales en las sociedades laborales», en *RDS*, núm. 52, 2008.

## CONTRATOS MERCANTILES

- CARRASCO PERERA, Ángel: «Garantías y registro internacionales sobre equipo aeronáutico en el convenio de Ciudad del Cabo», en *AAMN*, núm. 58, 2017-2018, pp. 407 ss.

Análisis de las reglas contenidas en el Convenio relativas a operaciones garantizadas sobre equipos aeronáuticos que pretenden facilitar su financia-

ción mediante determinados mecanismos de reconocimiento y eficacia de las garantías.

CARRASCO PERERA, Ángel: «Garantías y registro internacionales sobre equipo aeronáutico en el Convenio de Ciudad del Cabo», en *RDM*, núm. 308, 2018.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «El recargo por demora del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro en el seguro de asistencia sanitaria. Comentario a la STS de 6 febrero 2018 (RJ 2018, 15213)», en *CCJC*, núm. 107, 2018, pp. 331 ss.

JUAN Y MATEU, Fernando: «El transporte sobre cubierta y la responsabilidad del porteador marítimo», en *RDM*, núm. 309, 2018.

LOIS CABALLÉ, Ana Isabel: «La protección del consumidor de viajes combinados: una perspectiva jurisprudencial», en *RDM*, núm. 309, 2018.

MARTÍ MOYA, Vanessa: «Hacia un verdadero mercado único digital: la prohibición del bloqueo geográfico en las compras *online* transfronterizas», en *RDNT*, núm. 47, 2018.

MARTÍN CASTRO, M.<sup>a</sup> de la Paz: «La llamada acción directa del porteador efectivo contra el cargador contractual en los supuestos de subtransporte», en *RDM*, núm. 308, 2018.

PAÑOS PÉREZ, Alba: «Aspectos legales de los *smart contracts*: la revolución del comercio electrónico», en *RDNT*, núm. 48, 2018.

PORTELLANO DÍEZ, Pedro: «Las tarjetas de débito diferido y las de débito-crédito (universales) ante las tasas de intercambio», en *RDBB*, núm. 151, 2018, pp. 97 ss.

ROSELLÓ, Francisca María: «La naturaleza jurídica del contrato de computación en la nube pública», en *RDM*, núm. 309, 2018.

TAPIA HERMIDA, Javier: «La responsabilidad civil del notario y su aseguramiento», en *AAMN*, núm. 58, 2017-2018, pp. 35 ss.

VÁZQUEZ RUANO, Trinidad: «La tutela del consumidor en la fase previa de la contratación a distancia: Referencia al deber de información y a la remisión comercial», en *RDM*, núm. 309, 2018.

## TÍTULOS VALOR

BUSTO LAGO, José Manuel: «Titulización y cesión de créditos hipotecarios: consecuencias en la legitimación activa en el proceso de ejecución hipotecaria», en *RDBB*, núm. 151, 2018, pp. 139 ss.

GARCÍA-OCHOA MAYOR, David y ZAPATA BENITO, Ignacio: «Comentario breve al reglamento (UE) 2017/2402, por el que se establece un marco general para la titulización y se crea un marco específico para la titulización simple, transparente y normalizada», en *RDBB*, núm. 151, 2018, pp. 291 ss.

GUIZZI, Giuseppe: «Divagaciones sobre los títulos de crédito entre *law and humanities*», en *RDBB*, núm. 150, 2018, pp. 77 ss.

## DERECHO CONCURSAL

ALCALÁ DÍAZ, M.<sup>a</sup> Ángeles: «La junta general en el concurso de acreedores», en *RDM*, núm. 309, 2018.

ARBÓ, Alberto: «La valoración y adjudicación de la unidad productiva autónoma por la administración concursal», en *ADCon*, núm. 44, 2018, pp. 259 ss.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «Fianza, concurso y exoneración de deudas», en *ADCon*, núm. 44, 2018, pp. 33 ss.

ARMENDÁRIZ IÑIGO, Juan Martín: «La tutela del acreedor hipotecario ante el convenio aprobado judicialmente cuando el concursado asume la posición de hipotecante no deudor», en *RDBB*, núm. 151, 2018, pp. 347.

BACIGALUPO, Silvina: «Administración concursal y delito de malversación», en *RDCP*, núm. 29, 2018, pp. 279 ss.

BALLESTERO BARROS, Ángel María: «Grupos de sociedades y procedimientos de insolvencia en la Unión Europea: el Reglamento (UE) 2015/848», en *RDCP*, núm. 29, 2018, pp. 83 ss.

BAÑULS, Francisco-Alexis: «El Derecho de Insolvencia en Japón», en *ADCon*, núm. 45, 2018, pp. 191 ss.

BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria: «Prenda de créditos futuros y contratos pendientes de ejecución en el concurso», en *InDret*, 2018-3.

BETHENCOURT RODRÍGUEZ, Geraldine: «Concurso de acreedores y venta de unidad productiva: análisis de los límites a la exoneración de responsabilidad», en *RJUAM*, núm. 37, 2018, pp. 85 ss.

BLÁZQUEZ LIDOY, Alejandro: «La problemática concursal de las deudas por delito contra la Hacienda Pública», en *ADCon*, núm. 44, 2018, pp. 7 ss.

BRENES CORTÉS, Josefa: «Clasificación concursal del crédito de reembolso del socio que se separa ex artículo 348 bis LSC: a propósito de la Sentencia de La Audiencia Provincial de La Coruña (núm. 12/2018, de 15 de enero 2018)», en *RDCP*, núm. 29, 2018, pp. 171 ss.

DE CÁRDENAS SMITH, Carlos: «La propuesta de directiva sobre reestructuración temprana y su transposición al derecho español», en *RDCP*, núm. 29, 2018, pp. 223 ss.

DÍAZ LA CHICA, Salvador: «Los contratos pendientes de ejecución por ambas partes durante las negociaciones de reestructuración en la propuesta de directiva europea sobre marcos de reestructuración preventiva», en *ADCon*, núm. 44, 2018, pp. 99 ss.

FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo: «La apertura de la liquidación concursal (Consideraciones sobre la regulación actual y la proyectada en la

- Propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal)», en *ADCon*, núm. 44, 2018, pp. 215 ss.
- FLORES SEGURA, Marta: «La competencia judicial objetiva para declarar el concurso del empresario cesado», en *ADCon*, núm. 44, 2018, pp. 239 ss.
- GARCÍA-ARGUDO MENDES, José Antoni: «La reestructuración bancaria, SAREB y el Concurso de Acreedores», en *RDCP*, núm. 29, 2018, pp. 99 ss.
- GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ, M. Y SOBEJANO NIETO, D.: «La reserva de dominio en el concurso de acreedores», en *RDCP*, núm. 29, 2018, pp. 253 ss.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Tracto sucesivo y convenio concursal», en *RCDI*, núm. 766, 2018, pp. 1078 ss.
- «Limitaciones y prohibiciones impuestas al concursado en el convenio. La acción de reintegración del artículo 137.2 de la Ley Concursal», en *RCDI*, núm. 767, 2018, pp. 1615 ss.
- «La inhabilitación del concursado persona física culpable», en *RCDI*, núm. 768, 2018, pp. 2319 ss.
- LATORRE CHINER, Nuria: «El *discharge* y la propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva y segunda oportunidad», en *RDCP*, núm. 29, 2018, pp. 65 ss.
- LÓPEZ ORTEGA, Raquel: «La prenda de créditos en el concurso. Especial referencia a la prenda de depósitos bancarios», en *ADCon*, núm. 45, 2018, pp. 87 ss.
- MARTÍN MOLINA, Pedro Bautista: «El concurso de Banco de Madrid», en *RdPat*, núm. 45, 2018.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel: «La reintegración concursal de pagos preferentes realizados a favor de entidades bancarias fruto de operaciones sobre activos inmobiliarios», en *RCDI*, núm. 767, 2018, pp. 1674 ss.
- MARTÍNEZ-GUJÓN, Pablo: «Créditos subordinados, concursado persona jurídica y grupos de sociedades», en *ADCon*, núm. 44, 2018, pp. 161 ss.
- MELERO BOSCH, Lourdes Verónica: «La designación de mediador concursal para la tramitación de los acuerdos extrajudiciales de pago», en *RDCP*, núm. 29, 2018, pp. 187 ss.
- MUERZA ESPARZA, Julio J.: «Calificación del concurso y proceso penal», en *ADCon*, núm. 45, 2018, pp. 21 ss.
- ORELLANA CANO, Nuria A.: «Reparto de dividendos y concurso de acreedores», en *RDCP*, núm. 29, 2018, pp. 237 ss.
- RAMOS MUÑOZ, David: «Resolución bancaria y preferencias de crédito», en *RDCP*, núm. 29, 2018, pp. 23 ss.
- REBOLLO RODRÍGUEZ, Marina: «La rescindibilidad en el concurso de las operaciones de escisión de sociedades», en *RJUAM*, núm. 37, 2018, pp. 441 ss.

- ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús Antonio: «Una revisión del «paradigma ético» de los administradores concursales por daños a la masa», en *ADCon*, núm. 45, 2018, pp. 58 ss.
- SALA SANJUÁN, Abel Joan: «El proyecto de reforma orgánica del derecho concursal italiano (Ley núm. 155, de 19 de octubre de 2017, de delegación al gobierno para la reforma de la disciplina sobre crisis empresarial e insolvencia», en *ADCon*, núm. 44, 2018, pp. 299 ss.
- SÁNCHEZ PAREDES, M.<sup>a</sup> Luisa: «Los efectos para los contratos pendientes de ejecución en el derecho concursal español y en la propuesta de directiva europea sobre marcos de reestructuración preventiva», en *ADCon*, núm. 45, 2018, pp. 133 ss.
- SANZ SANZ, Alberto: «Enajenación de unidad productiva y prohibición de competencia en el concurso de acreedores», en *RDCP*, núm. 29, 2018, pp. 143 ss.
- VAQUER MARTÍN, Francisco Javier: «Liquidación de sociedades sin activo: aspectos societarios y concursales», en *RDCP*, núm. 29, 2018, pp. 53 ss.
- VIÑUELAS SANZ, Margarita: «Las proposiciones de conversión de créditos en instrumentos financieros (capital y préstamos participativos) como contenido concursal», en *ADCon*, núm. 44, 2018, pp. 191 ss.
- YÁÑEZ EVANGELISTA, J. Y CAAMAÑO RODRÍGUEZ, F. J.: «Modificaciones estructurales e incumplimiento de convenio: posición del acreedor», en *RDCP*, núm. 29, 2018, pp. 125 ss.

## DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- AGOÚES MENDIZÁBAL, Carmen: «La servidumbre forzosa de paso aéreo de instalaciones de energía eléctrica sobre suelo rural: algunos aspectos controvertidos», en *RUE*, núm. 42, 2018, pp. 69 ss.
- BENUSAM MARTÍN, M.<sup>a</sup> del Pilar: «Los instrumentos de planificación como respuesta a los fenómenos naturales con más incidencia en el territorio: riesgos y desastres naturales», en *RDU*, núm. 323, 2018, pp. 129 ss.
- BLASCO ESTEVE, Avelino: «La nueva ley balear de urbanismo (L.12/2017, de 29 de diciembre)», en *RUE*, núm. 42, 2018, pp. 19 ss.
- CEREZO IBARRONDO, Álvaro: «De los deberes de los propietarios en suelo urbano a las cargas integrales en las actuaciones sobre el medio urbano. ¿La definición de un nuevo urbanismo?», en *RDU*, núm. 324, 2018, pp. 65 ss.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «El impacto de las políticas climáticas en la Legislación de Aguas», en *RDU*, núm. 324, 2018, pp. 103 ss.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón: «Planificación urbanística y directiva de servicios. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea arroja luz», en *RUE*, núm. 42, 2018, pp. 93 ss.

- GARCÍA ÁLVAREZ, Laura: «El caso Huaraz: David contra Goliat o «Saúl L. contra RWE AG»: Un precedente clave en la justicia climática», en *RDA*, núm. 40, 2018, pp. 63 ss.
- GARCÍA ROCASALVA, Carles: «La primera década de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental: algunas cuestiones de interés», en *RDA*, núm. 40, 2018, pp. 103 ss.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando: «La injerencia de la Unión Europea en el urbanismo de sus estados miembros como consecuencia de su propuesta de modelo europeo de desarrollo urbano: especial atención a su incidencia en el caso de España», en *RDU*, núm. 323, 2018, pp. 19 ss.
- GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando: «Declaración de ruina y protección del patrimonio cultural: a propósito del caso del teatro Bellas Artes de San Sebastián», en *RUE*, núm. 41, 2017, pp. 101 ss.
- «La historia interminable de las retasaciones solicitadas por las expropiaciones para la ampliación del aeropuerto de Barajas», en *RUE*, núm. 42, 2018, pp. 159 ss.
- GONZÁLEZ CABALLERO, Jesús Carlos: «El Yin y el Yang de la nueva Ley del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias», en *RDU*, núm. 324, 2018, pp. 131 ss.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: «Sigue el litigio sobre el Algarrobo: ahora en ejecución de sentencia. Comentario a la STS 1900/2017, de 4 de diciembre», en *RUE*, núm. 42, 2018, pp. 129 ss.
- «Expropiación forzosa y recurso extraordinario de revisión. Comentario a la STS 250/2018, de 19 de febrero», en *RUE*, núm. 42, 2018, pp. 153 ss.
- «Los convenios expropiatorios no lo pueden todo (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2017 [RC 1951/2016])», en *RUE*, núm. 42, 2018, pp. 167 ss.
- «La denegación de una licencia de gran establecimiento comercial condicionada no infringe ni el derecho europeo, ni el derecho estatal (a propósito de la STS de 29 de enero de 2018 [RC 27/2016])», en *RUE*, núm. 42, 2018, pp. 177 ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: «Entidades urbanísticas de conservación y juntas de compensación. Capacidad y otros problemas habituales», en *RUE*, núm. 41, 2017, pp. 39 ss.
- HUMERO MARTÍN, Antonio Eduardo: «Irrupción de la inteligencia artificial en el mercado inmobiliario: Aplicación de la lógica difusa en las valoraciones inmobiliarias», en *RUE*, núm. 41, 2017, pp. 237 ss.
- LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «La reparcelación inversa o reversión de la reparcelación: ¿realidad o ficción?», en *RCDI*, núm. 766, 2018, pp. 1117 ss.
- «La alteración de la reparcelación a través de las llamadas operaciones jurídicas complementarias: contenido, requisitos y límites», en *RCDI*, núm. 768, 2018, pp. 2367 ss.

- LASO BAEZ, Vicente: «Las cesiones obligatorias. Especial referencia a su inscripción unilateral a favor de la Administración», en *RCDI*, núm. 767, 2018, pp. 1656 ss.
- LUEÑA HERNÁNDEZ, Jorge Agustín: «Estudio y crítica del principio de viabilidad y sus condicionantes económico-jurídicos en el marco legislativo español», en *RDU*, núm. 323, 2018, pp. 79 ss.
- MARCO DE LA HOZ, Álvaro: «El principio de inmutabilidad de la situación urbanística de las fincas en las transmisiones inmobiliarias», en *RDU*, núm. 322, 2018, pp. 37 ss.
- MARTÍN VALDIVIA, Salvador María: «Un gobierno en funciones no puede aprobar un plan como el de protección del corredor litoral andaluz (a propósito de las SSTSJ de Andalucía de 7, 14 y 21 de septiembre de 2017)», en *RUE*, núm. 41, 2017, pp. 109 ss.
- «Cosmética constitucional del derecho de propiedad de la vivienda en Navarra, Andalucía y Canarias. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional de 22 de febrero (Navarra), 12 de abril (Andalucía) de 2018 y 26 de abril (Canarias)», en *RUE*, núm. 42, 2018, pp. 133 ss.
- MEDIAVILLA CABO, José Vicente: «El artículo 108.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. Innecesariedad de indemnizar con carácter previo o simultáneo a la demolición», en *RDU*, núm. 322, 2018, pp. 37 ss.
- PAREJO NAVAJAS, Teresa: «Primera aproximación al Pacto Global del Medio Ambiente: por qué es una buena idea», en *RDA*, núm. 40, 2018, pp. 177 ss.
- RUIZ CENICEROS, Mauricio: «Silencio administrativo impropio en la tramitación del Planeamiento Urbanístico», en *RDU*, núm. 322, 2018, pp. 65 ss.
- RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel: «Una nueva tendencia jurisprudencial: la posibilidad de imponer nuevas cargas a los propietarios de suelo urbano consolidado», en *RUE*, núm. 41, 2017, pp. 75 ss.
- SERRANO ALBERCA, José Manuel: «No cabe ordenar el cese de la actividad de pisos turísticos sin indemnizar. A propósito de la STSJ de Cataluña de 29 de mayo de 2017 (recurso ordinario núm. 261/3013)», en *RUE*, núm. 41, 2017, pp. 117 ss.
- «Ningún plan puede exigir la obtención de la baja de licencias de plazas hoteleras en número igual o superior a los nuevos hoteles. A propósito de la STSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2017», en *RUE*, núm. 41, 2017, pp. 123 ss.
- SERRANO LASA, Iñaki: «La configuración jurídica de la ciudad compacta a través de las dotaciones urbanísticas», en *RUE*, núm. 42, 2018, pp. 43 ss.
- SUAY RINCÓN, José: «La «afectación» de la anulación de los Planes de Urbanismo a sus actos de ejecución: la perspectiva de la Ley Jurisdiccional», en *RDU*, núm. 324, 2018, pp. 19 ss.

- SUAY RINCÓN, José: «A propósito del contenido de la nueva legislación urbanística aprobada en Canarias (en particular, sistema de planeamiento y régimen del suelo)», en *RUE*, núm. 41, 2017, pp. 21 ss.
- TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel: «La declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional, pleno, 143/2017, de 14 de diciembre», en *RUE*, núm. 42, 2018, pp. 115 ss.
- VICENTE DAVILA, Fernando y MÉNDEZ MARTÍNEZ, Gonzalo: «La significatividad del impacto transfronterizo: ¿una apreciación discrecional?», en *RDA*, núm. 40, 2018, pp. 191 ss.

## DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- AGUILAR CALAHORRO, Augusto: «La aplicación nacional de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: una simple herramienta de interpretación de la eficacia de las directivas», en *RDCE*, núm. 61, 20189, pp. 973 ss.
- ÁLVAREZ OLALLA, M.<sup>a</sup> del Pilar: «Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por resolución judicial contraria a la doctrina del tribunal de justicia de la Unión Europea sobre el concepto de consumidor», en *DPC*, núm. 32, 2018, pp. 951 ss.
- CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Pedro: «Los reglamentos europeos en materia de regímenes matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas», en *AAMN*, núm. 58, 2017-2018, pp. 479 ss.
- DOPAZO FRAGUÍO, Pilar: «La protección de datos en el derecho europeo: principales aportaciones doctrinales y marco regulatorio vigente. (Novedades del Reglamento General de Protección de Datos)», en *REDE*, núm. 68, 2018, pp. 113 ss.
- ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia: «El caso UBER y la adaptación de la normativa europea a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017: La oportunidad legislativa portuguesa», en *RDNT*, núm. 46, 2018.
- FAGGIANI, Vientina: «El diálogo jurisdiccional tras la sentencia del TJUE M. A. S. y M. B.: entre estándar europeo de protección y tendencias centripetas», en *RDCE*, núm. 60, 20189, pp. 639 ss.
- FERRER LLORET, Jaume: «La ejecución de las sentencias del TEDH relativas a la Federación de Rusia y a Turquía: ¿han fracasado las reformas del Protocolo 14?», en *RDCE*, núm. 61, 20189, pp. 853 ss.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo: «La cosa sin la palabra: los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *REDE*, núm. 66, 2018, pp. 55 ss.

- IZQUIERDO SANS, Cristina: «La evolución del sistema de acceso al Tribunal Europeo de derechos humanos: Una revisión de calado», en *REDE*, núm. 68, 2018, pp. 55 ss.
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro D.: «La protección del inversor en proyectos de energías renovables ante los cambios regulatorios en el Sistema eléctrico español», en *REDE*, núm. 67, 2018, pp. 9 ss.
- NÚÑEZ ZORRILLA, M.<sup>a</sup> del Carmen: «Los nuevos retos de la Unión Europea en la regulación de la responsabilidad civil por los daños causados por la inteligencia artificial», en *REDE*, núm. 66 2018, pp. 9 ss.
- PÉREZ FERNADES, Sophie: «Fundamental rights at the crossroads of EU constitutionalism. Decoding the Member States' key(s) to the Charter», en *RDCE*, núm. 60, 20189, pp. 677 ss.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «La Directiva de Secretos comerciales (Know-How) y su aplicación en el Derecho Español», en *RDNT*, núm. 48, 2018.
- ROBLES CARRILLO, Margarita: «Seguridad de redes y sistemas de información en la Unión Europea: ¿un enfoque integral?», en *RDCE*, núm. 60, 20189, pp. 563 ss.
- RODRÍGUEZ IZQUIERDO SERRANO, Myriam: «Los derechos fundamentales en el procedimiento por incumplimiento y la adecuación constitucional de las actuaciones de los Estados miembros», en *RDCE*, núm. 61, 20189, pp. 933 ss.
- UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio: «Los mecanismos de eficacia equivalente a la eficacia horizontal de las directivas: Viejas consideraciones y nuevos apuntes», en *REDE*, núm. 68, 2018, pp. 21 ss.
- VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña: «Estudio de los límites del derecho a intérprete y a la traducción de los documentos esenciales en los procesos penales en la UE», en *RDCE*, núm. 60, 20189, pp. 601 ss.

## DERECHO PROCESAL

- CERDÁ MESEGUER, Juan Ignacio: «Las notificaciones electrónicas en el proceso judicial», en *RDNT*, núm. 46, 2018.
- GARRIDO CHAMORRO, Pedro: «La prueba documental en la economía digital: sus efectos y su valor económico», en *AAMN*, núm. 58, 2017-2018, pp. 83 ss.
- LÓPEZ JARA, Manuel: «El nuevo procedimiento civil para garantizar la posesión de viviendas frente a su ocupación ilegal: A propósito de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas», en *Actualidad civil*, núm. 6, 2018.
- LOZANO GAGO, M.<sup>a</sup> de la Luz: «El deber de congruencia en el proceso civil. Un ejemplo práctico relativo al mismo en el procedimiento de división de herencia», en *Actualidad civil*, núm. 4, 2018.

- MARTÍN GONZÁLEZ, Marina: «Evolución legislativa del proceso de desahucio por falta de pago», en *Actualidad civil*, núm. 6, 2018.
- MARTÍNEZ SANTOS, Antonio: «La concurrencia de un derecho o interés propios como condición necesaria de la legitimación de notarios y registradores para impugnar las resoluciones de la DGRN ante los tribunales civiles», en *RCDI*, núm. 766, 2018, pp. 1026 ss.
- MASEDA RODRÍGUEZ, Javier: «Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: La convivencia del Reglamento 1215/2012 con el Convenio de Lugano de 2007», en *RGLJ*, núm. 3, 2018, pp. 365 ss.
- MÉNDEZ TOJO, Ramón: «Validez de los pactos prematrimoniales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales», en *Actualidad civil*, núm. 4, 2018.
- MOSQUERA BLANCO, Augusto Javier: «La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de Febrero», en *InDret*, 2018-3.
- PALLARÉS NEILA, Javier: «La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos», en *RDC*, núm. 3, 2018, pp. 153 ss.

**ABREVIATURAS**

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AC	Actualidad Civil
ACM	Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
DPC	Derecho Privado y Constitución
GJ	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
PDD	Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDC	Revista de Derecho Civil
RDCD	Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDNT	Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías
RDP	Revista de Derecho Privado
RdPat	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
RDS	Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades
RDU	Revista Aranzadi de Derecho Urbanístico
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

**REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR**

Actualidad Civil  
InDret

[www.indret.com](http://www.indret.com)



# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ** (Universidad Carlos III de Madrid).

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Gabriel GARCÍA CANTERO** (Universidad de Zaragoza), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Universidad Autónoma de Madrid), **Verónica NEVADO CATALÁN** (Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Francisco SANTANA NAVARRO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

## DERECHO CIVIL

### PARTE GENERAL

**1. Prescripción de la acción: cómputo del plazo anual (art. 1968.2.º CC) en caso de tramitación de causa penal, e interrupción.**–La particular interpretación restrictiva de la que es objeto la prescripción anual (art. 1968.2.º CC) no permite derogar por la vía interpretativa esta institución. Asimismo, la improrrogabilidad del plazo de prescripción imposibilita una interpreta-

ción extensiva de las causas de interrupción (SSTS 8 de junio y 20 de octubre de 2015 y 25 de noviembre de 2016). Por ello, la solicitud de testimonio de las actuaciones penales para el ejercicio de acciones civiles no puede ser calificada como tal. Desde el conocimiento por parte del perjudicado del archivo de las actuaciones penales, y de la consecuente posibilidad de acudir a la vía civil, se inicia el cómputo del plazo de prescripción. **(STS de 12 de diciembre de 2017; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

**HECHOS.**—Una persona afectada por un trastorno depresivo y bipolar con síntomas psicóticos ingresó voluntariamente y acompañada de familiares en una clínica psiquiátrica concertada con su compañía aseguradora el día 12 de septiembre de 2007, en la que se suicidó ahorcándose con la cortina del baño el día 14 de octubre siguiente. Por estos hechos se siguió causa penal que fue sobreseída por auto del Juzgado de Instrucción de 21 de noviembre de 2007 que devino firme el 28 de abril de 2008, dictándose providencia de archivo de las actuaciones el 9 de junio de 2008. Tras ello, el 28 de enero de 2009, el hijo de la fallecida solicita testimonio de las actuaciones penales a los efectos de ejercitar las acciones civiles correspondientes. El día 22 de enero de 2010, transcurrido, por tanto, más de un año del archivo de las actuaciones, el cónyuge e hijo de la finada remiten burofax a la propietaria del centro psiquiátrico reclamando el abono de los daños y perjuicios causados, intimación que sería reiterada por el mismo medio el día 23 de diciembre siguiente. El día 29 de junio de 2011 el marido e hijo de la fallecida formulan demanda en ejercicio de acción de responsabilidad extracontractual contra la referida propietaria de la clínica y la compañía aseguradora que cubría la responsabilidad civil derivada de su explotación. Las entidades demandadas opusieron la prescripción de la acción por transcurso del plazo anual (art. 1968 CC). El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al acoger la excepción formulada. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial igualmente acogió la prescripción de la acción. Se interpone recurso extraordinario por infracción procesal por una pretendida incongruencia omisiva de la sentencia. Entiende el recurrente que la sentencia de la Audiencia resulta incongruente al declarar prescrita la acción de responsabilidad extracontractual sin resolver el fondo del asunto con base a la responsabilidad contractual, ya que en la audiencia previa se aclaró que se ejercitaban ambas acciones. Este recurso fue desestimado. Argumenta el Alto Tribunal que la actora al fijar estos hechos sobre los cuales se ha de resolver no discutió si la relación era contractual o extracontractual, ni tampoco desvirtuó a lo largo del procedimiento el carácter extracontractual mantenido por la demandada. De ahí que concluya el Alto Tribunal que la sentencia recurrida resolvió sobre los hechos alegados y dio respuesta a lo que se plantea en relación a la unidad de culpa civil para entender que la acción ejercitada es la extracontractual y no la contractual. No obstante, el Tribunal Supremo añadió que las conclusiones de la sentencia recurrida sobre la naturaleza jurídica de la acción, en función de los hechos alegados, sólo tiene como cauce de revisión el recurso de casación. El recurso de

casación se fundamenta, en su primer motivo, en la infracción de los artículos 1101 y 1258 CC por falta de aplicación, así como de la doctrina de la unidad de culpa civil; y en el segundo, en la infracción de los artículos 1968.2.º, 1969 y 1973 CC, por aplicación errónea, y en la de la doctrina jurisprudencial en relación con los actos interruptivos de la prescripción contenida en las Sentencias de 27 de mayo de 1997 y 12 de diciembre de 2011.

NOTA.—Advertimos en esta sentencia un alcance más limitado de la doctrina de la unidad de culpa civil que en otros pronunciamientos. El Alto Tribunal toma en consideración la falta de prueba acerca el carácter contractual de la relación, pero también la omisión de alegación alguna tendente a ello (vid. fundamento de derecho tercero). Sin embargo, la STS de 18 de febrero de 1997 señaló: «no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual o viceversa». No obstante, en ocasiones se ha impedido el cambio de acción por el actor al causar indefensión (STS de 3 de mayo de 1999). Pero en el caso de la sentencia extractada el actor calificó la relación como contractual en el acto de la audiencia previa.

En torno a la prescripción, se ha disentido de su interpretación restrictiva al observar que lo determinante es el no ejercicio del derecho, y no la presunción de abandono o renuncia de la pretensión (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La prescripción extintiva. En el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Civitas. Madrid, 2007, p. 48). Sin embargo, y en relación con la interpretación restrictiva de la interrupción de la prescripción sostenida en la sentencia extractada, las SSTs de 16 de enero de 2003 y 2 de noviembre de 2005 acuden a la idea de abandono de la acción para estimar interrumpida la prescripción en cuanto se manifieste el *animus conservandi* por parte de su titular, cuya concurrencia en la petición de testimonio de actuaciones penales para el ejercicio de acciones civiles nos resulta opinable. (F. S. N.)

## DERECHO DE LA PERSONA

**2. Derecho fundamental al honor: Intromisión ilegítima por insultos que no resultan amparados en las libertades de expresión e información, sin que tampoco proceda juzgar su veracidad. Determinación del *quantum indemnizatorio*: aplicación de los criterios legales.**—El derecho a la libertad de expresión no ampara la facultad de insultar, ni tan siquiera cuando el destinatario ocupe un cargo público y los insultos se profieran con ocasión de debates políticos, dado que su uso resulta completamente innecesario para la crítica política. Aunque los políticos deben tolerar un nivel de crítica superior, resulta injustificado el empleo de la expresión «*gilipollas*» al no guardar relación alguna con la actividad política, siendo del todo innecesaria para realizar una crítica en una sociedad democrática (STC de 6 de

junio de 1990 y SSTS de 30 de diciembre de 2013 y 10 de octubre de 2014). El derecho de réplica o *ius retorquendi*, consecuencia de una discusión con cruce de acusaciones, tampoco habilita al insulto cuando ha finalizado el ambiente de polémica y contradicción con el ofendido. Ello no quebranta la doctrina del TEDH fijada en sentencia de 14 de junio de 2016 (caso Jiménez Losantos) que resulta contraria a sancionar penalmente los insultos vertidos por medios de comunicación, sin afirmar que resulten amparables. La veracidad de la información no es causa de exclusión de una intromisión ilegítima conforme al artículo 8 LOPDH, porque aun siendo veraz puede atacar el honor de una persona, y además las expresiones denigrantes o vejatorias por sí mismas lo vulneran. Conforme a reiterada jurisprudencia la determinación de la suma indemnizatoria por daños morales a causa de una intromisión ilegítima en el derecho al honor, corresponde a los órganos de instancia, y únicamente resulta revisable en casación en supuestos excepcionales de arbitrariedad o irracionalidad de las bases tomadas. Debe atenderse a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido, y por último el beneficio obtenido por el causante de la lesión (art. 9.3 LOPDH). La ponderación de los daños morales debe apreciar el grado de difusión, la gravedad de los calificativos, la aportación de imágenes a la noticia, el lugar ocupado por ella en la publicación o programa, la posibilidad de difusión digital y el beneficio económico (STS de 27 de enero de 2017). La fijación de una indemnización simbólica por vulneración del derecho al honor resulta incompatible con su protección constitucional (SSTS 12 de diciembre de 2011, 4 de diciembre de 2014 y 26 de abril de 2017). Aquellos que poseen gran facilidad de acceso a la opinión pública y la consecuente posibilidad de autotutela no puedan gozar del mismo nivel de protección que otras personas. (STS de 11 de octubre de 2017; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Un dirigente político interpuso una demanda de protección del honor contra el director de un medio de comunicación que en el transcurso de un debate televisivo, en el que intervino también el primero, le llamó reiteradamente «*chorizo*» y «*mangante*»; en una red social reiteró el último insulto y publicó en referencia al político el comentario «*en España no cabe un gilipollas más*», y en una entrevista televisiva le volvió a llamar «*gilipollas*». En primera instancia fue estimada parcialmente la demanda al considerarse que la discrepancia y críticas políticas no justifican el empleo de insultos, y el demandado resultó condenado a sufragar a su costa la publicación de la sentencia en el periódico que dirigía, así como al pago en concepto de indemnización de la cantidad de 20.000 €, en vez de los 30.000 € solicitados. Tal planteamiento fue acogido por la Audiencia Provincial que excluyó a los insultos de la cobertura de la libertad de expresión, y juzgó la indemnización ajustada a los criterios del artículo 9.3 LOPDH. El demandado interpuso recurso de casación por vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de información reconocidos en los artículos 20.1, letras a) y d), de la Constitución Española, ambos en relación con el artículo 53 de la misma. Además, alegó infracción de los criterios legalmente previstos para la fijación de la indemnización (art. 9.3 LOPDH). El Alto Tribunal realiza un reco-

rrido sobre la jurisprudencia existente sobre la colisión entre los derechos fundamentales al honor y a las libertades de expresión e información, y la necesaria toma en consideración de las circunstancias concurrentes para resolver el conflicto, tras lo que concluye sobre la falta de amparo del insulto en las referidas libertades, y asume la instancia para fijar la indemnización en la cantidad de 6.000 € con fundamento en la facilidad del político para acceder a los medios de comunicación y en la falta de especial intensidad de la ofensa (*F. S. N.*)

**3. Derecho al honor, intimidad personal y propia imagen. Conflicto con libertad de información. Prevalece esta última dado el interés público de su contenido.**—La prevalencia de la libertad de información es evidente, porque tanto los reportajes de A3 como los correos y la web de RPS, incluyendo las imágenes, tenían por finalidad esencial denunciar una actividad de licitud dudosa del Sr. C. y de su empresa que podía entrañar riesgos, tanto directamente para la salud pública, por sospecharse que una persona sin la titulación adecuada en medicina o cualquier otra ciencia de la salud estaba ofreciendo sus servicios retribuidos como sanador o especialista en terapias alternativas sin base científica alguna, como relacionados con la propia influencia negativa en la libertad individual de los posibles clientes, en la medida en que también se sospechaba que el supuesto terapeuta podía estar sirviéndose de conductas de dominio o de control propias de muchas sectas.

**Veracidad de la información. Basta con que se contraste la noticia con unas fuentes objetivas.**—La veracidad de la noticia, tal como tiene declarado el Tribunal Supremo, no equivale a una exactitud total sino que se corresponde con el deber del informador de contrastar previamente la noticia mediante fuentes objetivas, fiables, identificables y susceptibles de contraste, que aporten datos conducentes a que el informador alcance conclusiones semejantes a las que podría alcanzar cualquier lector o espectador medio a partir de los mismos datos, y todo ello al margen de la forma elegida para su comunicación y sin perjuicio de que su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (SSTS de 20 de mayo y 1 de junio de 2016, que a su vez citan la doctrina del Tribunal Constitucional).

**Información obtenida con el empleo de la técnica de cámara oculta. Doctrina jurisprudencial. Licitud de la difusión si lo justifica el interés público de la información obtenida.**—La jurisprudencia declara, en síntesis, que el empleo de la cámara oculta se caracteriza porque las personas cuya actuación es grabada se comportan con una naturalidad que en otro caso no tendrían; que la autorización al periodista para entrar en el lugar de trabajo del sujeto afectado no puede ser interpretada como consentimiento a la grabación y menos aún a la difusión de lo grabado; que la intimidad no está necesariamente condicionada por el lugar; y en definitiva, que en estos casos hay intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen porque se priva al sujeto afectado de su derecho a decidir. No obstante, se admite que el uso de la cámara oculta pueda ser legítimo cuando lo justifique el interés público en el conocimiento de los hechos y ese medio sea imprescindible para obtener la información y, además, proporcionado para que la lesión de los derechos fundamentales sea la menor posible (STS de 29 de abril de 2014, y las que en ella se citan). Por su parte, el Tribunal Consti-

tucional tiene declarado que, aun cuando la información hubiera sido de relevancia pública, los términos en que se obtuvo y registró, mediante el uso de una cámara oculta, constituyen en todo caso una ilegítima intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen, descartando que la intromisión en la intimidad desaparezca por el carácter accesible al público de la parte de una vivienda dedicada a consulta. En síntesis, considera que, con independencia de la relevancia pública de la información que se pretenda obtener y difundir, la captación videográfica inconsentida de imágenes mediante la utilización de cámaras ocultas para su posterior difusión, también inconsentida, en que aparezca plenamente identificado el afectado, no resulta necesaria ni adecuada, desde la perspectiva del derecho a la libertad de información [art. 20.1 d) CE], al existir, con carácter general, métodos de obtención de la información y, en su caso, una manera de difundirla en que no queden comprometidos y afectados otros derechos con rango y protección constitucional (STC 12/2012, de 30 de enero y STC 74/2012, de 16 de abril). (STS de 23 de noviembre de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Doña C., madre de C. y J., entró en contacto con don G., presidente de la asociación RPS, dedicada a la prevención y denuncia de actividades sectarias, al que trasladó sus sospechas de prácticas ilícitas a cargo de don C y su empresa HS, S.L., que al parecer se hacía pasar por terapeuta y *coach*, y que podría estar utilizando técnicas de extorsión emocional y económica sobre sus hijos. Don G. se puso en contacto con los periodistas R. y J.F. quienes, a la vista de la información suministrada por el presidente de la asociación, decidieron llevar a cabo un reportaje a través de la técnica de cámara oculta, para lo que se presentaron en el despacho profesional del investigado y realizaron diversas grabaciones haciéndose pasar por eventuales clientes y obteniendo de aquél determinadas declaraciones. Los reportajes fueron emitidos en sendos programas de televisión de la cadena A3M, acusándose en ellos al sujeto investigado de intrusismo en el ámbito médico y de conductas claramente contrarias a la ética profesional. De tales reportajes se publicó información también en las páginas web del canal de televisión y de la asociación de don G. A consecuencia de tales difusiones, don C. como afectado presentó demanda por vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a su propia imagen contra la mercantil A3M, contra don G. y contra la asociación RPS. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó exclusivamente a la compañía audiovisual al pago de una indemnización en cuantía inferior a lo pedido por el actor. La Audiencia Provincial de las Islas Baleares estimó los recursos de apelación tanto de la parte demandante como demandada y consideró que se había producido una intromisión ilegítima en los derechos al honor, intimidad y propia imagen del actor, tanto por la cadena de televisión como por la asociación y su presidente. Sin embargo, la cuantía de las indemnizaciones fue sensiblemente inferior a lo solicitado en la demanda. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de los demandados.

NOTA.—La presente decisión vuelve a poner de manifiesto la falta de coincidencia entre la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y la emanada del Tribunal Constitucional en relación con la información obtenida a través del uso de la cámara oculta. Falta de coincidencia de la que se hace eco el Alto Tribunal en sus fundamentos jurídicos, y que ha sido reiteradamente puesta de manifiesto por la doctrina (v. a modo de ejemplo, LLAMAS POMBO, E. «Daño derivado de reportaje con cámara oculta», *RPD* (2012), núm. 102, pp. 4-5; NAVARRO MARCHANTE, V. J. La utilización de cámaras ocultas por los periodistas: una aproximación a la situación en España, *Dilemata* (2014), núm. 14, pp. 99-119). Así, frente a una casi absoluta proscripción de esta técnica, como método para la obtención de información, en la doctrina constitucional (en palabras del propio Tribunal Constitucional, «lo que está constitucionalmente prohibido es justamente la utilización del método mismo (cámara oculta)» (STC 12/2012), el Tribunal Supremo admite la posibilidad de validar la intromisión si este método resulta proporcionado al interés general de los hechos registrados. Sin embargo, la Alta Magistratura constitucional insiste constantemente en que, con independencia de la relevancia pública de la información que se pretende obtener y difundir a través de esta técnica, la misma no es necesaria ni adecuada desde la perspectiva del derecho a la libertad de información *ex* artículo 20.1, d) CE. Pues en estos conflictos entre libertad de información y derechos de la personalidad no se juzga la veracidad de dicha información, ni tampoco el interés público o general de la misma. Por el contrario, lo que se tacha de inaceptable es, precisamente, la manera de obtener tal información y que la forma en la que fue obtenida haya sido divulgada (VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. A propósito de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el empleo de «cámaras ocultas». *Derecom* (2012), núm.10, pp. 21-26). (*L. A. G. D.*)

**4. Capacidad de la persona: modificación. Legitimación del Ministerio fiscal.**—El Ministerio fiscal está legitimado siempre para promover la modificación de la capacidad de la persona: no sólo en caso de inexistencia de los familiares a que se refiere el artículo 757.1 LEC-2000, sino también en el caso de que estos no lo hubieran solicitado. También, se admite la facultad de cualquier persona para poner en conocimiento del Ministerio fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación (art. 753 LEC-2000). Pero la legitimación, en este caso, corresponde al Ministerio fiscal, y no a cualquier persona.

**Capacidad del presunto incapaz para promover su procedimiento de incapacitación y para comparecer en él.**—El presunto incapaz puede promover la limitación de su capacidad de obrar (art. 757.1 LEC-2000). Además, puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación (art. 758.1 LEC-2000), porque mientras no se haya declarado la incapacitación conforme al artículo 199 CC el demandado se encuentra en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 7.1 LEC-2000) y hay que darle por tanto la posibilidad de que pueda personarse y actuar como parte.

**Posibilidad del presunto incapaz y de su defensor judicial de comparecer simultáneamente en el procedimiento de incapacitación promovido por el Ministerio fiscal.**—Aunque el promotor del procedimiento sea el Ministerio fiscal, el nombramiento de un defensor judicial no debe excluir la comparecencia del presunto incapaz con su propio abogado cuando esa sea su voluntad, pues en otro caso se vulnera su derecho de defensa y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE), según ha declarado la STC 7/2011, de 14 de febrero.

**Nombramiento del cargo de defensor judicial: posibilidad que sea una persona jurídica.**—El artículo 300 CC y el artículo 30.2 Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, atribuyen al letrado de la Administración de Justicia gran libertad a la hora de escoger a la persona que va a desempeñar el cargo de defensor judicial. No se establece un orden de prelación, ni hay remisión a las normas que lo establecen para el nombramiento de tutor. Tampoco se exige motivación alguna, aunque naturalmente, para valorar la idoneidad el letrado de la Administración de Justicia debe atender al beneficio del menor o incapaz. No existe inconveniente alguno en nombrar defensor judicial a una persona jurídica que no tenga finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados (art. 242 CC).

**Determinación de la extensión y límites a la capacidad de obrar y el consiguiente régimen de tutela o guarda: Aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.**—Deberá fijarse exclusivamente con las medidas adecuadas y necesarias para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias, conforme a la citada Convención, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008 y que opta por un modelo de *apoyos* para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad.

**La práctica de la prueba en los procesos de incapacitación.**—Deberá estar sujeta a unas reglas especiales, recogidas en los capítulos primero y segundo, del Título Primero, del Libro IV de la LEC-2000, que deben ser interpretadas de conformidad con la *Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006* (STS de 13 de mayo de 2015). En estos procedimientos el juez goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada. Discrecionalidad que deberá justificar en la motivación de la sentencia. Aunque, como dice la STS de 10 de febrero de 1986, la ley exige varias pruebas, precisamente por ello, el juez no estaría vinculado por los criterios médicos, pues la incapacidad, a efectos civiles, no emana de lo que merezca tal consideración en el aspecto estrictamente médico, sino simplemente de que *exista en una persona, ... una enfermedad que le impida gobernarse por sí misma*.

**La prueba de la exploración judicial en la incapacitación.**—Entre las pruebas legales previstas, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia, ya que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona (STS de 1 de julio de 2014). La exploración judicial, busca que el Juez o Tribunal no describan hechos, como en las pruebas de reconocimiento judicial o inspección ocular, sino que emitan una opi-

nión con el valor que la opinión del juzgador tiene en aquellos conceptos a los que las normas jurídicas se refieren, pero se abstienen, prudentemente, de definir (STS de 20 de febrero de 1989).

**Valor de la opinión de los parientes de un presunto incapaz en el procedimiento para su incapacitación.**—Es una garantía legal de la persona con discapacidad, en la medida en que puede permitir conocer la situación real y los apoyos con los que en su caso cuenta la persona en su propio entorno (STC 174/2002, de 9 de octubre).

**La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006, establece un sistema de apoyos a estas personas.**—Este sistema está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención (STS de 16 de mayo de 2017). (STS de 8 de noviembre de 2017; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. M.ª Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El fiscal, a instancia de un vecino de la demandada con el que ésta tenía malas relaciones, interpuso demanda de juicio especial para la limitación de la capacidad de obrar y sometimiento a tutela de doña Elsa (demandada), nacida en 1977 y diagnosticada con esquizofrenia paranoide en 2006. Dada la falta de comparecencia de doña Elsa en la primera instancia (lo haría después en la apelación), se nombra defensor judicial al Instituto Tutelar de Bizkaia.

La sentencia de primera instancia declaró plenamente modificada la capacidad de doña Elsa, en las esferas personal y patrimonial de su vida y designó como tutor al Instituto Tutelar de Bizkaia, bajo la vigilancia del Ministerio fiscal. La audiencia resuelve, por su parte, que la demandada padece limitaciones de capacidad en su esfera personal y patrimonial, precisando que tiene plenamente modificada su capacidad en todo relativo a los temas de su salud, limitada su capacidad en los actos y actuaciones de trascendencia y elaboración intelectual, por lo que precisa de medidas de supervisión y apoyo, y que tiene plena capacidad para la realización de actividades instrumentales y cotidianas de la vida. El Tribunal Supremo dio lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por doña Elsa y, en consecuencia, modificó su capacidad de obrar en el sentido siguiente: la limitación queda referida básicamente en la esfera personal al ámbito médico-sanitario. Para complementar su capacidad se le nombró un curador, que fue el Instituto Tutelar de Bizkaia. (I. D.—L.)

**5. Títulos nobiliarios: no cabe aplicar criterios de estricta constitucionalidad en su desarrollo.**—Ya que el título nobiliario consiste en una institución que, en su origen, ha quedado al margen de la Constitución por significar en sí misma una desigualdad que únicamente puede subsistir por su carácter meramente simbólico (STS de 8 de marzo de 2016).

**Necesidad de respetar la Carta de concesión del título nobiliario.**—Dado que el título se fundamenta en la voluntad real al concederlo y dispone

cómo se ha de producir la sucesión, sin que pueda válidamente traerse a colación el carácter anacrónico del sistema establecido para la sucesión, pues la misma calificación podría atribuirse a la propia existencia del título según la doctrina del Tribunal Constitucional. Por tanto, al no establecer la Carta de concesión, que además contempla incluso la enajenación del título a terceros, que la sucesión sea entre descendientes *legítimos* no hay razón para exigirla.

**Aplicación del principio de propincuidad en la sucesión del título nobiliario.**—Cuando se trata de sucesión en la línea colateral respecto del último poseedor legal del título nobiliario rige el principio de propincuidad o de mayor proximidad de grado sin que resulte de aplicación el derecho de representación.

**Imposibilidad de acreditar el parentesco con el fundador del título mediante certificaciones del Registro Civil: Consecuencias.**—Es una prueba inalcanzable cuando dicho título fue otorgado, como en el presente caso, en el año 1569. La aceptación de dichas certificaciones supondría el no poder discutir un mejor derecho al título por parte de quien obtuvo su rehabilitación o de quienes de él traigan causa. (STS de 22 de noviembre de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El título nobiliario de Marqués, fue una merced otorgada por el Rey Felipe II el 31 de octubre de 1569 a don Carmelo. Al fallecer este último, el título quedó abandonado y sin poseedor hasta que fue rehabilitado a su favor, sin perjuicio de tercero, por doña Maite por Real Carta de 30 de mayo de 1984, a la que le sucedió, tras su fallecimiento, su hijo, el demandado don Epifanio, por Real Carta de 1 de septiembre de 2006.

Con anterioridad al presente proceso instado por don Imanol, su hermano don Gervasio presentó demanda en la que solicitaba pretensión sobre el expresado título. El juzgado y la audiencia desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación presentado por el actor. Estas resoluciones apreciaron la falta de legitimación activa del hijo del fallecido —inicial demandante— don Gervasio, para sustituirle procesalmente en el sostenimiento de dicha pretensión.

Fallecido don Carmelo, no se solicitó la sucesión en el título, por lo que éste caducó. Fue don Serafín, abuelo del demandado, quien solicitó, mediante escrito de 4 de marzo de 1927 su rehabilitación. Dicho expediente quedó suspendido, por causa de la instauración de la II República, hasta que don Serafín lo reanudó mediante instancia de fecha 28 de enero de 1949. Antes de la conclusión del mencionado expediente falleció don Serafín, por lo que su hija, doña Maite, madre del demandado, solicitó sustituir a su padre en dicho expediente.

Con fecha de 30 de mayo de 1984, como ya quedó señalado, se expide Real Carta de Rehabilitación a favor de doña Maite y, a su fallecimiento, sucede en la merced su hijo don Epifanio, que es el actual poseedor de la merced por Real Carta de Sucesión de 1 de septiembre de 2006 y demandado y recurrente en el presente pleito.

Con fecha 9 de julio de 2013, don Imanol y don Martín, demandaron a don Epifanio en ejercicio de las varias acciones acumuladas en relación de subsidiariedad. Así don Imanol ejercita, como acción principal, la acción declarativa de su mejor y preferente derecho

genealógico a ostentar, poseer, usar y disfrutar el mencionado título nobiliario; y, subsidiariamente, para el supuesto de que aquél falleciera durante la tramitación del proceso, interviene don Martín, su hijo, en ejercicio de igual acción frente al demandado. No obstante, este último quedó fuera del proceso al considerar el juzgado que carecía de legitimación.

La demanda se fundamentaba en que el demandante don Imanol es pariente por consanguinidad en línea colateral del fundador del título en grado 15.º, mientras que don Epifanio lo es tan sólo en grado 26.º. Se sostiene por ello que el demandante tiene un mejor y preferente derecho genealógico a poseer el título en virtud del principio de propinquidad o de proximidad de grado que rige en la línea colateral para la sucesión en los títulos nobiliarios.

Su demanda no se estima en primera instancia; en cambio, sí fue acogida por la audiencia, al reconocer mejor derecho al demandante para ostentar el título. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado. (*I. D.-L.*)

**6. Doctrina del levantamiento del velo por abuso de la personalidad societaria.**—De conformidad con lo ya manifestado en la STS de 29 de septiembre de 2016, el Tribunal Supremo señala que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo requiere la concurrencia de un aspecto subjetivo de concertación, tendente a lograr el fraude; o, lo que es lo mismo, que debe existir un velo, entendido como ocultación fraudulenta, que sea objeto de levantamiento.

Difícilmente puede hablarse de fraude cuando la otra parte contratante conocía el carácter instrumental de la sociedad al tiempo de contratar y, pese a ello, aceptó los riesgos que podían derivarse de la operación. (**STS de 14 de diciembre de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

**HECHOS.**—La empresa Gama S.L. (Gestión Agropecuaria y Medioambiental de los Alcornocales S.L.), entidad económicamente dependiente del Ayuntamiento de la Villa de Los Barrios, celebró tres contratos de préstamo mercantil con Barclays Bank S.A., por importes de 10.818.217,88, 3.000.000 y 300.000 euros. Llegadas las fechas de vencimiento de cada uno de los préstamos, Gama S.L., la sociedad prestataria, no reembolsó las cantidades debidas. Tras el impago se suscribió una ampliación del préstamo, comprometiéndose el Ayuntamiento a aportar una garantía solidaria, que finalmente no llegó a aportar. Posteriormente, la sociedad fue declarada en concurso de acreedores y se inició una causa penal para dirimir las responsabilidades del alcalde y los concejales en la administración de la sociedad municipal. Barclays Bank S.A. interpone demanda de juicio ordinario contra el Ayuntamiento, solicitando que se le condene al pago de 11.385.303 euros más los intereses de demora.

El Juzgado de Primera Instancia, por aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, entiende que las deudas de Gama S.L. son directamente exigibles al Ayuntamiento, por lo que estima la demanda y condena a éste a abonar 11.385.203 euros más los inte-

reses legales al demandante. El Juzgado llega a esta conclusión tras constatar que la sociedad estaba íntegramente participada por el Ayuntamiento, siendo éste el único socio de la entidad. Además, respecto de los contratos de préstamo suscritos por la sociedad con Barclays Bank S.A., señala el Juzgado que llegaron a preverse fórmulas de aseguramiento por parte del Ayuntamiento y destaca también la confusión de patrimonios, dado que el dinero se ingresó directamente en la cuenta del Ayuntamiento. Por su parte, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación y confirma íntegramente la sentencia de la instancia. Entiende la Audiencia que el verdadero beneficiario de las operaciones era el Ayuntamiento y señala la existencia de una evidente instrumentalización de la sociedad, que fue creada para ocuparse de funciones propias de la Administración Local y, pese a no tener patrimonio, se la comprometió a concertar el préstamo para hacer frente a las deudas del Ayuntamiento. El órgano soberano de la sociedad, de conformidad con sus estatutos, era la Corporación Municipal, el Consejo de Administración estaba presidido por el Alcalde-Presidente y como domicilio social se fijó la misma dirección del Ayuntamiento. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, casa y anula la sentencia de la Audiencia y, estimando el recurso de apelación interpuesto por el demandado, revoca la sentencia de la instancia. (V. N. C.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**7. Concepto de consumidor. Contratación fuera del marco de la actividad profesional.**—El concepto de consumidor, establecido en el artículo 3 TRLGCU, y que procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU, identifica como consumidor, persona física, a quien actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. La definición de consumidor ha evolucionado en la jurisprudencia, tendiendo a ampliarse o, por lo menos, a contextualizarse de manera más amplia. En este sentido, se ha hecho una interpretación más flexible al aplicar la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. El TJUE ha objetivado el concepto de consumidor, por ejemplo, en la STJUE 3 de septiembre de 2005 (caso Costea), de modo que lo relevante no son las condiciones subjetivas del contratante, sino si la operación se lleva a cabo en el marco de su actividad profesional. Por su parte, el Tribunal Supremo sigue la jurisprudencia del TJUE y utiliza un concepto de consumidor referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, entre otras, en las sentencias de 10 de marzo de 2014, 7 de abril de 2014, 15 de diciembre de 2015, 3 de junio de 2016, 16 de enero de 2017 o 5 de abril de 2017.

**Condiciones generales de la contratación: La buena fe como parámetro de interpretación en contratos celebrados entre profesionales.**—La LCGC se remite en materia de contratos entre profesionales a las normas

contractuales generales. Deben, pues, tenerse en cuenta los artículos 1258 CC y 57 CCo, que obligan al cumplimiento de las obligaciones que deriven de los contratos válidamente celebrados, siempre que sean conformes a las exigencias de la buena fe. Así, la buena fe contractual se configura como una norma modeladora del contenido del contrato, capaz de expulsar determinadas cláusulas que causen un desequilibrio en la posición contractual del adherente, lo que sucede cuando se modifica subrepticamente el contenido que este se habría podido representar.

Si bien es posible que una cláusula resulte nula cuando comporte una regulación contraria a la legítima expectativa que pudiese tener el adherente, también debe tenerse en cuenta que el régimen de protección del adherente no consumidor no tiene la misma intensidad que la protección dispensada al consumidor. (**STS de 7 de noviembre de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Don Alfonso y doña Begoña suscribieron en 2010 un contrato de préstamo hipotecario con Novagaliciabanco, S.A., por importe de 246.000 euros, a devolver en 35 años. La finalidad del préstamo era unificar las deudas contraídas por don Alfonso en ejercicio de su actividad empresarial, como fiador de una sociedad de responsabilidad limitada. El interés remuneratorio durante el primer año era del 5,15 %, mientras que para el segundo y sucesivos años, se estableció un interés variable, calculado anualmente mediante la adición de 1,50 puntos al valor del Euribor. Asimismo, se incluyó una cláusula limitativa de la variabilidad del tipo, en virtud de la cual, en ningún caso el interés aplicable sería inferior al 4,95 % ni superior al 15 %.

Don Alfonso y doña Begoña, interponen en 2014 demanda de juicio ordinario, en la que solicitan que se declare nula la cláusula «suelo-techo» por error vicio del consentimiento o, subsidiariamente, que se declare nula por abusiva, pues causa un importante desequilibrio contrario a la buena fe. La demanda es desestimada en las tres instancias. No se considera un contrato celebrado con consumidores porque no tiene tal condición quien suscribe un contrato en el marco de una refinanciación de deudas que son consecuencia de su actividad empresarial, como era el caso de don Alfonso. A la misma conclusión se llega respecto de doña Begoña, ya que no era ajena a las deudas que se refinanciaron con el préstamo hipotecario, sino que debía responder de ellas conforme a los artículos 6 y 7 CCo. Tampoco se aprecia la concurrencia de un error vicio del consentimiento, ni la existencia de un desequilibrio, abuso o vulneración de la legítima expectativa de los adherentes. (*V. N. C.*)

**8. Control de abusividad en contratos con consumidores.**—La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, posteriormente modificada por la Directiva 2011/83/UE, establece un listado meramente indicativo de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. En el derecho interno se ha optado por un mayor rigor en el control de la abusividad al establecerse en los artículos 85 a 90 TRLGCU un sistema de lista única, pero no cerrada, enumerándose una serie de cláusulas que en todo caso tienen la consideración de abusivas. El

modo metodológicamente más adecuado de efectuar el control de abusividad requiere analizar en primer lugar si la cláusula se encuadra en alguno de los supuestos tipificados, y solo subsidiariamente analizar su abusividad con carácter general (SSTS de 15 de abril de 2014 y 21 de enero de 2016).

**Cláusulas abusivas en contratos con consumidores. Vinculación del contrato a la voluntad del empresario.**—El artículo 82.4.a) TRLGCU establece la nulidad de las cláusulas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario y el artículo 85.11 TRLGCU la de aquellas que concedan al empresario el derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato. Estas disposiciones tienen una evidente conexión con los artículos 1256, 1091 y 1115 CC, que impiden que la validez y el cumplimiento de las obligaciones contractuales quede al arbitrio de una de las partes. Al riesgo de arbitrariedad se une en los contratos con consumidores la disminución de la tutela de la contraparte, lo que a su vez se vincula con los artículos 86 y 87 TRLGCU, referidos a las cláusulas que resultan abusivas por limitar derechos básicos del consumidor y por falta de reciprocidad, respectivamente. (STS de 20 de septiembre de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La mercantil El Mobiliario Urbano S.L.U., suscribió un contrato administrativo con el Ayuntamiento de Valencia por el que se obligó a poner a disposición del público 2.500 bicicletas en los correspondientes soportes ubicados en las vías urbanas de la ciudad. La concesionaria del servicio de transporte público fijó las condiciones generales de acceso y utilización de las bicicletas en su página web, siendo necesaria la aceptación de dichas condiciones para poder darse de alta como usuario del sistema.

El Ministerio Fiscal interpone demanda de juicio verbal contra la mercantil El Mobiliario Urbano S.L.U. en la que solicita la declaración de nulidad de tres cláusulas, contenidas en las mencionadas «Condiciones Generales de Acceso y Utilización del sistema Valenbisi». La primera de las cláusulas impugnadas (art. 5.4) se remitía, en caso de controversia sobre el periodo máximo de utilización autorizada de la bicicleta, a los datos del servidor informático del cedente. La segunda cláusula (art. 9.2) establecía que el retraso superior a 24 horas en la devolución de la bicicleta, se consideraba desaparición y, por tanto, permitía al cedente ejecutar la fianza o imponer las correspondientes sanciones al usuario. En virtud de la tercer cláusula impugnada (art. 11), se eximía al cedente de toda responsabilidad por los vicios ocultos de las bicicletas que estuviesen ligados a su fabricación.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, declara la nulidad de las tres cláusulas y condena a la demandada a eliminarlas y abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por El Mobiliario Urbano S.L.U., y deja sin efecto la declaración de nulidad relativa a la cláusula 5.4, que se remitía a los datos del servidor informático del cedente en caso de controversia. Argumenta la Audiencia que dar valor a lo que resulte del sistema informático no es abusivo, en la medida en que se trata de la forma más sencilla de probar el tiempo de uso de las bicicletas y constituye una mera presunción *iuris tantum*. Junto a dicha presunción, se prevén mecanismos de comproba-

ción y acreditación del tiempo de uso, como la existencia de una indicación sonora de confirmación del correcto anclaje de la bicicleta, la opción de imprimir un comprobante tras la devolución y la posibilidad de verificar los datos de utilización en la página web. Dado que la cláusula 5.4 no impone un medio de prueba inatacable por el usuario, no deja al arbitrio del predisponente la determinación del cumplimiento o incumplimiento contractual. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por Ministerio Fiscal y confirma la sentencia de la Audiencia. (V. N. C.)

**9. Requisitos de las condiciones generales de la contratación.**—Los requisitos que deben concurrir para estar ante una condición general de la contratación son los siguientes. En primer lugar, la contractualidad. Se trata de «cláusulas contractuales» y su inserción en el contrato no deriva del cumplimiento de una norma imperativa que imponga su inclusión. En segundo lugar, la predisposición, que significa que la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros. Lo importante es que no haya sido fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En tercer lugar, su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes —aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato no pueda obtenerse más que mediante el acatamiento de esa cláusula. En cuarto lugar, las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin, ya que se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. A estos efectos, resulta irrelevante: 1) su autoría material; 2) su apariencia externa o su extensión; 3) que el adherente sea un profesional o un consumidor.

Respecto al conocimiento y consentimiento de las condiciones generales de la contratación, la jurisprudencia ha establecido las siguientes conclusiones: a) la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario, pues el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido; b) no constituye negociación la posibilidad de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario o incluso de distintos empresarios; c) la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

En lo que atañe al requisito de la predisposición, lo determinante es que las cláusulas hayan sido redactadas antes de la celebración del contrato, a cuyo efecto resulta indiferente el formato o soporte en que estén recogidas (documento impreso o archivo informático, entre otros), así como que el predisponente sea o no su autor material, pues es suficiente con que las utilice. Así, el sujeto que predispone no necesariamente será el sujeto denominado legalmente como «predisponente» en la relación contractual, sino que lo será quien incorpore las cláusulas predisuestas al contrato. Si la ley exigiera que, para poder aplicar la normativa protectora, el predisponente debiera ser el autor material del contenido contractual, a éste le sería fácil eludir el régimen legal de condiciones generales mediante el encargo de la redacción a un ter-

cero. (STS de 29 de noviembre de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—A, R, F y G se subrogaron en un préstamo hipotecario concedido por CC al promotor de las viviendas que adquirieron, entre cuyas condiciones generales se encontraba una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés remuneratorio con un mínimo del 3% y un máximo del 8%. Las viviendas se construyeron al amparo del Plan de Viviendas de la Junta de Extremadura 2004/2007, a resultas del cual se suscribió un convenio entre la Administración autonómica y CC, en el que se establecieron las condiciones contractuales marco con la entidad bancaria, para la financiación de la construcción y la venta de las viviendas. Entre las estipulaciones del convenio marco se encontraba la posibilidad de incluir una cláusula suelo.

Los prestatarios interpusieron una demanda contra la entidad prestamista, en la que solicitaron la nulidad de la cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés y la restitución de las cantidades cobradas por su aplicación. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, declarando la nulidad de las cláusulas litigiosas y ordenando la devolución de las cantidades indebidamente cobradas desde la interposición de la demanda.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso planteado por CC, con los siguientes argumentos: a) aunque la cláusula estuviera previamente incluida en un acuerdo marco con la Administración, ello no implica que no sea una condición general de la contratación; b) una vez que fue incorporada a un contrato privado con consumidores, queda sometida a su normativa propia; c) la subrogación del consumidor en un contrato previamente concertado por el promotor no libera a la entidad financiera de sus obligaciones de información y transparencia contractual.

En casación, el Alto Tribunal desestima el recurso. Señala que no puede prosperar la alegación de la recurrente de que la cláusula suelo, al provenir de un convenio celebrado con la Administración, no tenga la cualidad legal de condición general de la contratación. Es irrelevante a estos efectos la autoría material de la cláusula, pues lo importante es su utilización e incorporación a una serie de contratos. Apunta el Tribunal Supremo que tampoco puede aceptarse que la imposición viniera determinada por la Administración, porque el convenio suscrito entre la Agencia Extremeña de la Vivienda y Caixa Catalunya tenía por objeto establecer los términos de colaboración entre la Junta de Extremadura y las Entidades de Crédito en orden a la financiación de las promociones, adjudicaciones y adquisiciones de las viviendas de nueva construcción. Nada impedía que ofrecieran condiciones más ventajosas. Ni el Decreto 33/2006, de 21 de febrero, de modificación y adaptación del Plan de Vivienda y Suelo de Extremadura 2004-2007, ni el Convenio de 12 de diciembre de 2006 obligaban a Caixa Catalunya a incluir la cláusula suelo, ya que establecían unas condiciones marco que la entidad financiera, como predisponente, podía haber modificado para ofrecer mejores ventajas a los compradores.

NOTA.— Sobre los requisitos de las condiciones generales de la contratación, *vid.* las SSTs de 18 de junio de 2012 y de 9 de mayo de 2013. (*S. L. M.*)

**10. La acción directa del artículo 1597 CC ejercitada por un subcontratista frente al comitente impide que éste quede liberado mediante el pago posterior al contratista principal.**—Se reitera la jurisprudencia contenida, entre otras, en la STS de 15 de febrero de 2017, según la cual, la tutela que el artículo 1597 CC dispensa al subcontratista se proyecta en el deber del comitente de abstenerse de realizar el pago liberatorio al contratista principal si previamente el subcontratista le ha requerido judicial o extrajudicialmente el pago de la deuda contraída por el contratista en la ejecución de la obra.

**Ámbito de aplicación de la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales.**—Los supuestos controvertidos de pago a terceros no pueden ser asimilados a la morosidad que es objeto de regulación en la LLCM. En el mismo sentido que la STS de 8 de marzo de 2017, se indica que la morosidad se valora respecto del retraso en el pago regular de deudas dinerarias en operaciones comerciales realizadas entre empresas por los contratos suscritos, y sin extensión a otros supuestos de distinta índole. (**STS de 23 de noviembre de 2017**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.— Pacadar S.A.U suscribió un contrato de suministro y montaje de vigas y placas de encofrado con la entidad UTE Variante Alcañiz, contratista principal de la obra de la que era comitente el Ministerio de Fomento. Ante el impago de una factura por la entidad contratista, Pacadar S.A.U reclamó extrajudicialmente al Ministerio el pago de la deuda (310.132,20 euros) o, en su caso, la retención del pago de las certificaciones pendientes al contratista principal. El Ministerio desestimó la reclamación y Pacadar S.A.U interpuso demanda de juicio ordinario. Con posterioridad a la interposición de la demanda, el Ministerio procedió al pago pendiente con la contratista, UTE Variante.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda porque considera aplicable la Ley 24/2011, de Contratos del Sector Público. La Audiencia Provincial, en cambio, niega que la citada normativa sea de aplicación porque el expediente de contratación se inició antes de su entrada en vigor. No obstante, la Audiencia confirma la sentencia de la instancia porque la demandada había satisfecho la totalidad del precio a la empresa contratista. Recurrida esta sentencia en casación, el Tribunal Supremo estima en parte el recurso y condena al Ministerio al pago de 310.132,20 euros y los intereses legales. (*V. N. C.*)

**11. La obligación de información en los préstamos hipotecarios multidivisa.**—Las cláusulas que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación

de pago del capital prestado por parte del prestamista, como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores. Es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, y que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. Se exige una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo, sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa.

Pero solo un prestatario que reciba una adecuada información del banco durante la ejecución del contrato o que tenga amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que puede quedar representado el capital del préstamo, puede utilizar provechosamente esa posibilidad de cambio de divisa prevista en el contrato. Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque esta se haya apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del préstamo, corre el riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incremente progresivamente, si los cambios de moneda se realizan en el «pico» de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el préstamo o en un momento cercano a esos «picos» de cotización. La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor, sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe.

La posibilidad de cambio de divisa, aunque supone un cierto mecanismo de limitación del riesgo de fluctuación en los casos de previsible apreciación de la divisa en un futuro próximo, ni elimina los riesgos asociados a la posibilidad de depreciación del euro frente a la divisa elegida, ni dispensa al predisponente de sus obligaciones de transparencia en la información precontractual que facilite a sus potenciales clientes y en la redacción de las cláusulas del préstamo hipotecario. Para que pueda tener alguna eficacia, el banco debe informar con antelación, de modo claro y comprensible, sobre las consecuencias de hacer uso de esa cláusula y ofrecer al consumidor no experto una información adecuada durante la ejecución del contrato.

En estos casos, habrá que proceder a declarar la nulidad parcial del contrato, con la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del

préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros. La nulidad total del contrato préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarle más que al predisponente. (STS de 15 de noviembre de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—JA y C concertaron con BB un préstamo con garantía hipotecaria con una duración de 28 años. La escritura fue redactada conforme a la minuta facilitada por BB, que añade que contiene condiciones generales de la contratación. BB no facilitó información por escrito a los prestatarios con carácter previo a la suscripción del préstamo. En concreto, no les facilitó folleto informativo ni oferta vinculante. La comercial de BB que les atendió en la tramitación del préstamo carecía de los conocimientos necesarios para explicar adecuadamente la naturaleza y riesgos del producto ofertado porque no había recibido la formación necesaria para dar esas explicaciones. El préstamo se calificó como préstamo multimonedado con garantía hipotecaria y se concedió para refinanciar un préstamo hipotecario y un préstamo personal que los prestatarios habían concertado con anterioridad en euros. El importe del préstamo se fijó en yenes japoneses y el contravalor en euros. En un determinado momento, debido a las fluctuaciones del mercado, la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar alcanzó una cantidad que suponía un incremento del 55% sobre la cuantía inicial. Ante la incapacidad de los demandantes para hacer frente al pago de las cuotas, las partes iniciaron una negociación para modificar los términos del préstamo hipotecario, pero no fructificaron en un acuerdo definitivo. En un momento determinado, BB formuló demanda de ejecución hipotecaria contra los actores, con base en la hipoteca constituida en garantía del préstamo multidivisa, que dio lugar a un procedimiento donde se despachó ejecución.

Los prestatarios interpusieron demanda contra BB, solicitando la declaración de nulidad parcial del préstamo hipotecario en las cláusulas relativas a la denominación en divisa y al cambio de divisa. Alegan que la cláusula multidivisa vulnera el TRLGDCU porque no cumple los requisitos de concreción, claridad, sencillez, respeto al equilibrio y buena fe, y conlleva la asunción ficticia de los riesgos inherentes al producto. El Juez de Primera Instancia estimó la pretensión de nulidad parcial por los siguientes motivos: a) el índice de referencia (Libor) era casi desconocido para un cliente minorista por su escasa trascendencia en nuestros medios de comunicación; b) el riesgo de fluctuación de la moneda es un riesgo esencial con un impacto económico importantísimo sobre la vida del contrato; c) la información precontractual escrita fue inexistente; d) los contenidos referidos a la opción multidivisa no superaban el control de transparencia y debían reputarse nulos por abusivos; e) la existencia de error del consentimiento prestado por los demandantes y dolo omisivo por la entidad bancaria.

BB interpone recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial, en base a las siguientes consideraciones:

1) el préstamo hipotecario con cláusula multidivisa en una moneda extranjera no puede conceptuarse como un instrumento o derivado financiero de los contemplados en el artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores, pues no es un valor negociable; 2) el doble riesgo, derivado de la fluctuación de la moneda y de la variación del tipo, puede ser paliado o incluso mitigado con la posibilidad ofrecida al prestatario en el propio contrato de modificar su clausulado u optando en el plazo previsto por cualquiera de las divisas pactadas; 3) la regla *pacta sunt servanda*.

Los actores recurren en casación, reproduciendo las alegaciones formuladas en primera instancia. El Tribunal Supremo estima el recurso, señalando que las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia, previsto en los artículos 60.2, 80.1 y 82.1 TRLGDCU, porque los prestatarios no han recibido una información adecuada sobre la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con la moneda en que los prestatarios reciben sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos. Por tanto, el Alto Tribunal confirma la sentencia dictada en primera instancia, declarando la nulidad parcial del contrato, eliminando las referencias a la denominación en divisas del préstamo, y quedando un préstamo concedido y amortizado en euros.

NOTA.— Sobre el control de transparencia en los préstamos hipotecarios multidivisa, *vid.* las sentencias del TJUE de 11 de septiembre de 2008 (asunto C-279/06), de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13) y de 20 de septiembre de 2017 (asunto C-186/16). En relación con el control de transparencia en general, *vid.* las SSTs de 22 de diciembre de 2009, 9 de mayo de 2013, 9 de marzo de 2017 y 8 de junio de 2017. Sobre los riesgos de este tipo de préstamos hipotecarios, *vid.* la STS de 30 de junio de 2015. (S. L. M.)

**12. Condiciones generales de la contratación. Requisitos.**—Las características que debe reunir una cláusula para tener la consideración de condición general, y que pueden deducirse de la exégesis del artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, fueron puestas manifiesto por la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. Estos requisitos son: (i) Contractualidad, pues la cláusula debe haberse redactado para su inserción en un contrato, y no debe ser la consecuencia del cumplimiento de una norma imperativa; (ii) Predisposición, lo que excluye aquellas que sean fruto del consenso alcanzado tras una fase de tratos previos, siendo irrelevante que haya sido prerredactada por la parte predisponente o por terceros; (iii) Imposición, la incorporación de la cláusula debe ser impuesta por una de las partes que, debido a su vocación de generalidad, será un profesional o empresario; (iv) Generalidad, ya que constituyen modelos de declaraciones negociales destinados a disciplinar uniformemente una pluralidad de contratos. Desde el punto de vista negativo, para calificar como condición general de la contratación resultan irrelevantes circunstancias como la condición de profesional o consumidor del adherente, la apariencia externa de la cláusula, su extensión o la autoría material.

**Condición general de la contratación relativa al objeto principal del contrato: Cláusula de interés moratorio en un préstamo hipotecario.**—El Tribunal Supremo ha señalado, entre otras, en la STS de 29 de abril de 2015, que una cláusula en la que concurran los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad se configura como una condición general de la contratación, con independencia de que tenga por objeto la regulación de un elemento esencial del contrato. Una cláusula impuesta no deja de ser una condición general de la contratación por afectar a un elemento esencial, pues lo relevante es determinar si fue objeto de negociación individual.

En el caso de los contratos de préstamo hipotecario, es posible que la cláusula relativa a los intereses remuneratorios —que afecta al objeto esencial del contrato, puesto que regula el precio del mismo— sea una cláusula impuesta, esto es, no negociada individualmente. El Tribunal Supremo declara que conceptualmente no es imposible que en un contrato de préstamo la cláusula de interés remuneratorio sea una condición general de la contratación.

**Condiciones generales de la contratación. No cabe identificar el carácter impuesto de la cláusula con una posición monopolística del predisponente.**—Siguiendo lo expuesto en las SSTS de 9 de mayo de 2013 y 22 de abril 2015, el Tribunal Supremo reitera que el carácter impuesto de una cláusula prerredactada no queda excluido por el hecho de que el empresario hubiese formulado varias ofertas si todas ellas estaban estandarizadas conforme a cláusulas predispuestas. Tampoco es obstáculo para apreciar el carácter impuesto de una cláusula la existencia de otras alternativas en el mercado, de modo que no se identifica la imposibilidad de negociación con la existencia de una posición monopolística del predisponente.

**Cláusula predispuesta de interés variable referenciado al IRPH.**—El IRPH es un índice definido y regulado legalmente que, como tal, no puede ser objeto del control de transparencia, pues quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LCGC las condiciones generales reguladas por una disposición legal o administrativa (art. 4). También la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, excluye en su preámbulo y en el artículo 1.2 las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias. Por tratarse de un tipo oficial, debe ser fiscalizado por los correspondientes organismos reguladores de la Administración. En cambio, sí debe controlarse que la cláusula que referencia el interés al IRPH esté redactada de forma clara y comprensible, y que sea transparente.

**Control de transparencia. Cláusulas predispuestas sobre elementos esenciales en contratos con consumidores.**—En contratos celebrados con consumidores, si la cláusula predispuesta afecta a elementos esenciales del contrato, además de aplicar el filtro de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC), debe efectuarse un control de transparencia como parámetro abstracto de validez (SSTS de 8 de junio y 7 de noviembre de 2017). Cuando la condición general afecta a un elemento esencial, se exige un plus de información para asegurar que el adherente pudo comprender de forma sencilla la carga económica y jurídica del contrato, de modo que la cláusula no pase inadvertida para el consumidor por dársele indebidamente un tratamiento secundario.

**Cláusula predispuesta de interés remuneratorio referenciado al IRPH en contratos con consumidores. Control de transparencia.**—El control de transparencia exige que el consumidor tuviese conocimiento del modo de cálculo del interés remuneratorio y fuese consciente de que la cláusula

configuraba un elemento esencial del contrato. La información proporcionada debe ser suficiente para asegurar que el conocimiento por parte del consumidor del índice de referencia y el diferencial a aplicar, debiendo resultar comprensible que el interés del préstamo es el resultado de sumar el índice y el diferencial.

Cuando se utiliza un índice oficial, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer los sistemas de cálculo y comparar las condiciones ofrecidas por los distintos prestamistas. Por lo que respecta al interés referenciado en el IRPH, la transparencia en la contratación mediante condiciones generales no exige que el predisponente dé una información pormenorizada sobre el modo de cálculo, puesto que su elaboración estaba supervisada por el Banco de España, sino que resulta suficientemente ilustrativa una definición básica del IRPH como el «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito».

Tampoco es exigible, a efectos del control de transparencia, el ofrecimiento de distintos índices de referencia, las explicaciones sobre el funcionamiento y el comportamiento en años anteriores o el ofrecimiento de alternativas más favorables. En cualquier caso, el control debe referirse al momento de celebración del contrato, sin que sea procedente la realización de un juicio retrospectivo para valorar si otros índices, como el Euribor, habrían resultado más favorables. (**STS de 14 de diciembre de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Don Darío celebró en 2007 un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la Caja de Ahorros de Vitoria y Álava (actualmente Kutxabank S.A.) por importe de 250.000 euros y plazo de treinta y cinco años. Para el primer año se estableció un tipo fijo, del 4,250%, aplicándose para los periodos posteriores un interés variable, revisable cada seis meses, previsto en la cláusula tercera bis y calculado mediante la adición de 0,50 puntos al IRPH-Entidades. Para el caso de que dejase de publicarse el citado tipo de referencia, se referenció como índice sustitutivo el IRPH-Cajas. El interés de demora fue del 17,50% nominal anual, siendo el TAE resultante del 18,974%.

En 2014 don Darío interpone demanda contra Kutxabank S.A., solicitando que se declare la nulidad de las cláusulas tercera y sexta por las que se establecen respectivamente los intereses remuneratorios y de demora, y se condene a la demandada a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas.

El Juzgado de lo Mercantil estima íntegramente la demanda, declara la nulidad de las cláusulas por las que se fijaban el interés remuneratorio y el interés de demora, y condena a la entidad bancaria a abstenerse de utilizar en el futuro dichas cláusulas, así como a devolver al demandante las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio calculado por referencia al índice IRPH y, en su caso, los intereses de demora. La sentencia de la instancia es recurrida en apelación por Kutxabank S.A., y confirmada por la Audiencia Provincial, que entiende que la cláusula IRPH es abusiva por falta de transparencia, ya que no se proporcionó suficiente

información al cliente sobre el modo de cálculo, ni sobre su comportamiento en años anteriores, ni sobre la diferencia con otros índices, como el Euribor, ni tampoco se ofrecieron al cliente otros índices entre los que optar. La Audiencia también confirma la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios. Kutxabank, S.A., recurre en casación el pronunciamiento relativo a la nulidad de los intereses remuneratorios, aquietándose respecto de la declaración de nulidad de los intereses de demora. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y estima en parte el recurso de apelación, revocando el pronunciamiento relativo a la cláusula de interés remuneratorio.

NOTA.—La sentencia del Pleno se dicta con un voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Ambos magistrados entienden que la Sala no aplica adecuadamente el control de transparencia a la condición general de la contratación relativa al interés remuneratorio fijado por referencia al índice IRPH-Entidades.

Coinciden con la sentencia en que no debe efectuarse un control sobre el método de cálculo del índice de referencia, ni respecto de los procedimientos existentes orientados a garantizar su fiabilidad e independencia. El control de transparencia no se superpone, pues, al control administrativo, sino que se proyecta de modo autónomo y diferenciado sobre la validez de la cláusula en atención a los deberes de información que incumben al predisponente. La utilización del índice de referencia como elemento integrante de la cláusula predispuesta, exige que sobre el mismo se proyecte el control de transparencia con el objeto de comprobar que se cumplió el deber de información, permitiéndose al consumidor valorar las consecuencias económicas de dicho índice. Los magistrados que suscriben el voto particular señalan que el deber de información va más allá de la mera referencia al índice en la cláusula predispuesta y niegan que sea suficiente el conocimiento por parte del prestatario del carácter oneroso del préstamo, en la medida en que el interés remuneratorio constituye el precio y que, lógicamente, por tratarse de un tipo variable, el mismo puede ser objeto de fluctuación.

La complejidad del índice de referencia IRPH, tanto por su fórmula matemática de cálculo como por su peculiar configuración, se proyecta en la información relevante y específica que el profesional debe suministrar acerca del alcance y funcionamiento concreto del mecanismo del índice. Para cumplir con la exigencia de información no hay un listado taxativo de parámetros de comprensibilidad (STS 9 de mayo de 2013). No obstante, en casos de variación en el tipo de cambio de una divisa o en la aplicación de un índice de referencia, la STJUE de 20 de septiembre de 2017 declaró el deber del profesional de proporcionar al consumidor información sobre los posibles escenarios que puede comportar la aplicación de tales mecanismos. A juicio de los magistrados discrepantes, la utilización del índice IRPH tenía un carácter residual que justifica un plus de exigencia de transparencia al profesional respecto de otros índices como el Euribor, que, además, venía siendo objeto de difusión

periódica en la prensa, lo que permitía al consumidor tener mejor acceso y estar más familiarizado con el Euribor que con el IRPH.

En definitiva, entienden que el Tribunal debió haber declarado la abusividad por falta de transparencia de la cláusula IRPH y, estimándose parcialmente el recurso de casación, se debió haber aplicado como índice de referencia el Euribor. (V. N. C.)

**13. Efecto de cosa juzgada de un proceso ejecutivo sobre un proceso declarativo posterior. Ausencia de cauce procesal para alegar la abusividad de una cláusula en el proceso ejecutivo. Contratos con consumidores.**—Las sentencias del TJUE de 14 de junio de 2012 (caso Banesto) y 14 de marzo de 2013 (caso Aziz) pusieron de manifiesto las insuficiencias del sistema de ejecución hipotecaria en el Derecho español, que no contemplaba el control de oficio de las cláusulas abusivas, ni preveía un cauce procedimental que permitiese a los ejecutados denunciar la abusividad de las cláusulas. Precisamente para reforzar la protección a los deudores hipotecarios se promulgó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, mediante la que se introdujo tanto el control de oficio como la posibilidad de oponer la abusividad en el proceso ejecutivo.

La sentencia del Pleno de 24 noviembre de 2014, en la que se abordó la relación entre el pronunciamiento del proceso ejecutivo y el declarativo posterior, declaró que la cosa juzgada no solo alcanza a las alegaciones realizadas en el juicio ejecutivo, sino también a las que, pudiendo haber sido alegadas, no lo fueron. No obstante, no se extienden los efectos de la cosa juzgada a las alegaciones que no pudieron oponerse en el momento de la ejecución por la ausencia de un cauce procesal oportuno, en cuyo caso, el ejecutado sí podría promover el juicio declarativo posterior (STS de 12 de marzo de 2012).

**Control de oficio de la abusividad de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores. Jurisprudencia del TJUE.**—Desde la STJCE de 17 de junio de 2000 (caso Océano vs. Murciano Quintero), la jurisprudencia comunitaria ha reiterado que el juez nacional debe examinar de oficio la validez de las cláusulas en los contratos celebrados por consumidores cuando disponga de los elementos necesarios de hecho y de Derecho. Sin embargo, ha sido solo a partir de la STJUE de 4 de junio de 2009 (caso Pannon GSM) cuando se ha indicado claramente que el juez nacional no tiene una mera facultad de pronunciarse de oficio sobre la abusividad de las cláusulas, sino que se trata de una verdadera obligación.

**Efecto de cosa juzgada de un proceso ejecutivo sobre un proceso declarativo posterior. Ausencia del preceptivo control de oficio en contratos con consumidores.**—El incumplimiento por parte del juez nacional de la obligación de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas en contratos celebrados con consumidores no impide que posteriormente se impugne la validez de dichas cláusulas. La ausencia de control de oficio en ningún caso podría perjudicar al consumidor mediante la apreciación de cosa juzgada, precisamente porque se trata de una medida destinada a su protección y resultaría paradójico que la falta de ejercicio por el tribunal redundase en un perjuicio para el consumidor al que se pretendía proteger. (STS de 27 de septiembre de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Don Ovidio, doña Leticia y doña Emma (madre de doña Leticia, posteriormente fallecida) suscribieron en 2007 un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 231.000 euros con Celeris Servicios Financieros S.A, con la finalidad de financiar la adquisición de dos viviendas. Entre los meses de julio y octubre de 2008 se produjo el impago de varias cuotas del préstamo, por lo que la prestamista inició un procedimiento de ejecución hipotecaria que finalizó con la subasta y adjudicación de los dos inmuebles hipotecados en garantía del préstamo.

D. Ovidio y Dña. Leticia interponen demanda de juicio ordinario contra Celeris S.A., solicitando la declaración de nulidad de diversas cláusulas del contrato de préstamo relativas a los gastos, la cláusula de vencimiento anticipado, el pacto de liquidez, en virtud del cual el prestamista podía determinar unilateralmente la cantidad exigible, y la cláusula de intereses moratorios, que se calculaban mediante la adición de 15 puntos al tipo aplicable en cada momento, con un máximo del 29,564%. Ante la imposibilidad de anular el proceso de ejecución hipotecaria, se reclama una indemnización de daños y perjuicios por importe de 162.450 euros. Subsidiariamente, para el caso de que se desestimase la pretensión indemnizatoria, se solicita, respecto de los intereses moratorios, su devolución (11.048,19 euros) o, subsidiariamente, un nuevo cálculo conforme al interés legal del dinero.

El Juzgado de lo Mercantil estima parcialmente la demanda, declarando la nulidad de la cláusula que fijaba el interés moratorio y condenando a la demandada al pago de 11.048,19 euros. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por Celeris S.A., revoca la sentencia de la instancia y desestima íntegramente la demanda porque aprecia la excepción de cosa juzgada. A juicio de la Audiencia, los demandantes podrían haber opuesto la nulidad de las cláusulas en el proceso de ejecución hipotecaria. El Tribunal Supremo estima el recurso por infracción procesal, anula la sentencia de la Audiencia y, desestimando el recurso de apelación, confirma la sentencia del Juzgado. (V. N. C.)

**14. Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles para uso turístico. Ámbito objetivo de aplicación de la Ley 42/1998.**—El Tribunal Supremo, reiterando lo expuesto en la sentencia del Pleno de 16 de enero de 2017, entiende que la —ya derogada— Ley 42/1998 regula no solo los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles *stricto sensu*, sino también otros contratos similares por los que se transmiten o constituyen derechos, reales o personales, de duración superior a tres años y relativos a la utilización de un inmueble durante un periodo determinado al año. Asimismo, para evitar el fraude de ley, debe declararse la nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados al margen de la Ley 42/1998 mediante los que se pretenda eludir fraudulentamente la aplicación de dicha norma (art. 1.7).

**Concepto de consumidor en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Ánimo de lucro.**—De conformidad con el TRLGCU y las diversas Directivas comunitarias, tiene la consideración de usuario la persona física que suscribe un contrato con una finalidad ajena a su

ámbito de actuación profesional o empresarial. Por lo que respecta al ánimo de lucro, el Tribunal Supremo reitera lo dicho en la sentencia de Pleno de 16 de enero de 2017 y afirma que la posibilidad de que el adquirente se lucre mediante la reventa o el alquiler de sus derechos no excluye su condición de consumidor, siempre que la suscripción del contrato sea ajena a su ámbito de actuación profesional o empresarial. En el mismo sentido, cabe citar entre la jurisprudencia comunitaria la STJCE de 10 de abril de 2008 (caso *Hamilton*) o la STJCE de 25 de octubre de 2005 (caso *Schulte*). El límite, señala el Tribunal Supremo, a la posibilidad de que el consumidor actúe con ánimo de lucro se encuentra en la habitualidad con la que efectúa ese tipo de operaciones, puesto que podría entenderse que desarrolla una actividad empresarial o profesional quien asiduamente y en periodos cortos de tiempo realiza tales operaciones.

**Efectos de la declaración de nulidad. Alcance del deber de reintegrar las cantidades satisfechas.**—En casos de nulidad de pleno derecho, el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 establece deben ser devueltas al adquirentes las rentas o contraprestaciones satisfechas. No obstante, la interpretación de la norma debe hacerse, de conformidad con el artículo 3 CC, esto es, atendiendo a su espíritu y finalidad. En este caso, dado que el propósito es dejar indemne al adquirente de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato —normalmente de adhesión— que no cumple con las prescripciones legales, solo deben reintegrarse las cantidades que proporcionalmente correspondan a los años no disfrutados, partiendo de una duración contractual de 50 años, que es la máxima legalmente permitida. (**STS de 19 de septiembre de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Don Porfirio y doña Angélica suscribieron en 2006 varios contratos con la entidad Silverpoint Vacations, S.L., mediante los que adquirieron la membresía del llamado «Club Paradiso», así como un «certificado de fiducia», que les permitía disfrutar por periodos vacacionales de unos apartamentos, a cambio de un precio abonado previamente. Respecto de algunas semanas, se suscribieron contratos de reventa independientes de los contratos de adquisición y afiliación. En 2012, don Porfirio y doña Angélica interponen demanda de juicio ordinario contra Silverpoint Vacations S.L., interesando la declaración de nulidad radical de los contratos suscritos o, subsidiariamente, la resolución de los mismos.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y declara la nulidad de la parte del contrato relativa a la adquisición de la membresía del «Club Paradiso». En consecuencia, condena a la demandada a restituir los pagos derivados de dicho contrato y a devolver por duplicado las 1.000 libras que anticipadamente abonaron los demandantes. Contra la resolución de la instancia, Silverpoint Vacations interpone recurso de apelación, que es estimado parcialmente por la Audiencia Provincial, acordándose la desestimación de la demanda y absolviéndose de todas las pretensiones a la demandada. La Audiencia no considera aplicable la Ley 42/1998, señala la dificultad para considerar consumidores a los demandantes porque suscribieron los contratos con la finalidad de alquilar o revender posteriormente y tampoco aprecia la concurrencia de error o dolo en la celebración del contrato. El Tribunal

Supremo estima el recurso de casación interpuesto por los actores, revoca la sentencia de la Audiencia y confirma la de la instancia. (V. N. C.)

**15. Ámbito de aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.**—El ámbito objetivo de esta norma era la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuía a su titular la facultad de disfrutar con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio, así como el derecho a la prestación de los servicios complementarios. Este derecho podía constituirse: 1) como derecho real limitado; 2) como un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tuvieran por objeto más de tres de ellas, hasta un máximo de cincuenta años (art. 1).

Se contemplaba también que el contrato en virtud del cual se constituyera o transmitiera cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de esa norma, sería nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos (art. 1.7). Se trataba de evitar el fraude legal.

**El ánimo de lucro en el concepto de consumidor a efectos de la legislación de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.**—El Tribunal Supremo se plantea si el adquirente de un derecho de aprovechamiento por turno que revende su derecho es o no consumidor a los efectos de obtener la especial protección concedida por el TRLGDCU, en la medida en que tendría ánimo de lucro. La redacción del artículo 3 TRLGDCU anterior a la reforma por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, se refería a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarcara la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente.

Sin embargo, la reforma de ese precepto puede arrojar luz sobre la cuestión. A diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro.

No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (ejemplo: comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles). De realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, en la medida en que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario,

conforme establece el artículo 1.1.º CCO. (STS de 20 de noviembre de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—N y S adquirieron de SP un certificado de asociación a un club por el que tenían derecho a ocupar y disfrutar de unos apartamentos por períodos vacacionales, previo pago del precio. En el contrato se pactó también la posibilidad de reventa del derecho adquirido. N y S plantean una demanda contra SP, solicitando que se declare: 1) la nulidad radical, o resolución subsidiaria, del contrato suscrito por las partes y sus anexos con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato, más los gastos de mantenimiento y servicios; 2) la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades y que se condene a devolverlas por duplicado; 3) subsidiariamente, que se declare la nulidad, por abusivas y no haber sido negociadas de forma individualizada, de las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información por parte de los complejos donde se ubicaban los apartamentos objeto del contrato de aprovechamiento por turnos, y se restituyan las cantidades entregadas en virtud de tales contratos.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la nulidad de los contratos. La mercantil demandada interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial, concluyendo: a) que no resulta de aplicación la Ley 42/1998 a los contratos como los de autos en los que la finalidad esencial de los adquirentes era la reventa de los derechos adquiridos para obtener unos beneficios; b) que no se aprecia ausencia de los elementos esenciales contemplados en el artículo 1261 CC; c) que no concurren tampoco causas de anulabilidad; d) que no existe dolo en la conducta de la parte demandada ni error esencial invalidante del consentimiento.

En casación, los recurrentes alegan: 1) la aplicación de la Ley 42/1998 a pesar de la posibilidad de reventa de sus derechos; 2) su consideración de consumidores, conforme al artículo 3 TRLGDCU, pues el ánimo de lucro no debería ser un criterio de exclusión; 3) la infracción del artículo 1.7 de la Ley 42/1998. El Alto Tribunal estima el recurso de casación, señalando: a) que era aplicable la Ley 42/1998, pues los contratos caen dentro de su ámbito objetivo de aplicación; b) que los contratos infringen la citada norma, en la medida en que no recogen el contenido mínimo a que alude su artículo 9 y se exigen anticipos. Por otro lado, no consta que N y S se dedicaran habitualmente a la reventa de derechos de aprovechamiento por turno, por lo que la mera posibilidad de que pudieran lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidores. Por otro lado, a la hora de determinar la cantidad a devolver a los actores, el Tribunal Supremo considera que, de la cantidad satisfecha, habrá de ser reintegrada por la demandada la que proporcionalmente corresponda por los años no disfrutados partiendo de la atribución de una duración contractual de cincuenta años, que es la máxima prevista por la ley, con aplicación de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. Igualmente, deberá devolver la canti-

dad entregada en concepto de anticipo, pero por duplicado. En cambio, no procede la condena a la devolución de los gastos de mantenimiento, por cuanto que los demandantes tuvieron a su disposición los referidos inmuebles para usarlos. Finalmente, también habrá que deducir el dinero obtenido por los demandantes por la reventa de semanas.

NOTA.—Sobre la noción de consumidor a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, *vid.* la STS de 16 de enero de 2017. Y en cuanto al ánimo de lucro y su relación con la condición de consumidor de una persona física, *vid.* la STS de 16 de enero de 2017. (*S. L. M.*)

**16. Aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. Ámbito objetivo de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. Es de aplicación a los contratos sobre paquetes vacacionales en las que se adquiere la condición de socio de un club vacacional.**—Del tenor de la ley debe entenderse que la misma regula no solo los derechos de aprovechamiento por turno *stricto sensu* sino también los similares, es decir, cualquier otro derecho real o personal por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año (art. 1.7). En este sentido, como señala la STS del Pleno de 16 de enero de 2017, al adquirir no simplemente la prestación de unos servicios (lo que se conoce como paquete vacacional), sino también la integración en una comunidad (membresía), mediante el abono de una cuota de entrada y de cuotas periódicas de mantenimiento, parece evidente que se estaba contratando un aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, si bien mediante una fórmula que pretendía eludir la aplicación de la normativa específica en la materia (la mencionada Ley 42/1998 y la Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido).

**El ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física.**—El ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física por las siguientes razones: La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo, en la STJCE 10 de abril de 2008 (asunto *Hamilton*), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 de octubre de 2005 (asunto *Schulte*), sobre un contrato de inversión. Además, la redacción del artículo 3 TRLGCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente (interpretación reforzada por la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14). A su vez, la reforma del artículo 3 TRLGCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede arrojar luz sobre la cuestión. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona

jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro.

**Requisitos que han de concurrir en la operación comercial para que la presencia del ánimo de lucro no elimine la condición de consumidor de la persona física.**—No obstante, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el artículo 1.1.º CCo.

**Efectos de la declaración de nulidad: reintegración de las cantidades que proporcionalmente correspondan a los años no disfrutados. Devolución por duplicado de las cantidades anticipadas.**—Como recoge la doctrina de la Sala, (STS de 20 de enero de 2017) «es cierto que el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 establece que, en caso de nulidad de pleno derecho, serán devueltas al adquirente la totalidad de las cantidades satisfechas. No obstante, la interpretación de dicha norma y su aplicación al caso no pueden ser ajenas a las previsiones del artículo 3 CC en el sentido de que dicha interpretación se ha de hacer atendiendo fundamentalmente a su «espíritu y finalidad». En el caso del citado artículo 1.7 se trata de dejar indemne al contratante de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato —normalmente de adhesión— que no cumple con las prescripciones leales. Pero no es el supuesto aquí enjuiciado, pues los demandantes han tenido a su disposición los aprovechamientos litigiosos desde el inicio de vigencia de los contratos hasta la fecha de presentación de la demanda. En consecuencia, de la cantidad satisfecha únicamente habrá de ser reintegrada por la demandada la que proporcionalmente corresponda por los años no disfrutados, partiendo de la atribución de una relación contractual de 50 años, que es la máxima prevista por la ley. A tal cantidad se le ha de sumar la correspondiente penalización por el anticipo indebido. (STS de 23 de noviembre de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

**HECHOS.**—Los que serán demandantes suscribieron con una sociedad mercantil unos contratos por los que adquirían un «certificado de licencia de vacaciones», «certificados de fiducia» por el que tenían derecho a la utilización de unos apartamentos por periodos vacacionales en unos complejos, previo pago del precio. Asimismo, suscribieron un contrato de inclusión en la lista de reventa independientemente del contrato de adquisición y de la afiliación en relación con alguna de las semanas que había adquirido. Posteriormente, presentan demanda solicitando la nulidad de dichos contratos y subsidiariamente su resolución. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima en parte los recursos presentados por los demandantes y los demanda-

dos y revoca la sentencia únicamente en el pronunciamiento de la condena en costas que deja sin efecto. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación.

NOTA. – En la sentencia el Tribunal Supremo reproduce el criterio ya apuntado en las SSTS de 16 y 20 de enero de 2017 que declararon la nulidad de los contratos de afiliación a clubs de vacaciones por mandato del artículo 1.7 de la Ley 42/1998, porque tratándose de un contrato que queda sujeto a su ámbito de aplicación no se corresponde con las modalidades de constitución expresamente previstas en el artículo 1.1 *in fine* de la Ley. A diferencia de la anterior línea jurisprudencial (SSTS de 15 de enero y 8 de septiembre de 2015, 21 de septiembre de 2016) aquí no se fundamenta la nulidad del contrato en la indeterminación del objeto o periodo de disfrute de vacaciones sino directamente en la infracción del artículo 1.7 de la Ley. Por otro lado, se vuelve a reiterar la doctrina de las SSTS de 16 de enero, 17 de julio, 20 de noviembre y 20 de diciembre de 2017, sobre la compatibilidad del ánimo de lucro y la condición de consumidor de una persona física, idea que ya había sido defendida por un grupo de autores (entre otros: Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 9.ª ed. Dykinson. Madrid, 2017; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 68). (C. O. M.)

**17. Responsabilidad extracontractual: daño sufrido al intentar subirse a un vagón del metro en el andén de una estación.**—La jurisprudencia de esta Sala ha considerado que el metro es un medio de transporte que genera el riesgo que exige a los viajeros actuar con la máxima prudencia, y a la empresa transportista adoptar las medidas de seguridad generales y específicas adecuadas para evitarlo (SSTS 927/2006, de 26 de septiembre, y 645/2014, de 5 de noviembre), desde la idea de que un riesgo mayor conlleva un deber de previsión también mayor por parte de quien lo crea o aumenta. No se puede considerar como falta de diligencia de la demandada, la no colocación de mamparas con puertas de apertura coincidente con las de los vagones. (STS de 21 de noviembre de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don Ángel reclamó a *Metro de Madrid* y a su aseguradora, 140.270 euros como consecuencia de las lesiones y secuelas sufridas con ocasión de su caída en el andén de una estación de metro de Madrid, al hacer entrada el tren en la estación. El actor manifestó en su demanda que se aproximó a las vías con intención de acceder al interior de un vagón y repentinamente sufrió el empuje de las personas que se encontraban junto a él con idéntico propósito, lo que le hizo precipitarse contra el convoy todavía en marcha y ser arrastrado por el mismo durante unos metros, mientras intentaba asirse al vagón, lo que no consiguió finalmente pese a sus esfuerzos, siendo absorbido por la inercia del convoy hacia las vías, donde quedó tendido tras detenerse el tren, con el resultado de graves lesiones consistentes en traumatismo

craneoencefálico, fractura de varias costillas, múltiples heridas inciso-contusas, pérdida de piezas dentales y la pierna izquierda severamente dañada con pérdida de sustancia.

Quedó demostrado que el daño se produjo porque la víctima cruzó la línea pintada en el suelo, junto a la banda rugosa que evita los deslizamientos, antes de la detención del tren, al que intentó acceder de forma impropia. Su petición no prosperó, ni en primera ni en segunda instancia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el perjudicado. (*I. D.-L.*)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**18. Acción declarativa del dominio. Otorgamiento de escritura pública y tradición. La ausencia del otorgamiento de la escritura pública no impide la transmisión de la propiedad si el adquirente toma posesión material de la cosa.**—Aunque el otorgamiento de la escritura pública en principio equivale a la entrega (tradición instrumental), la escritura no es otra cosa que la formalización del acuerdo (en el caso, un acuerdo de cesión) y la tradición puede ser simultánea (lo será si el acuerdo se formaliza en escritura), pero puede otorgarse escritura y aplazarse la entrega y también puede haber existido tradición con anterioridad al otorgamiento de la escritura, de forma que se habrá producido la tradición y la transmisión de la propiedad aunque no se haya otorgado escritura. Esta Sala entiende que el Ayuntamiento adquirió la propiedad de las fincas litigiosas mediante tradición y que el hecho de que no se formalizara en ningún acta la toma de posesión no excluye que se produjera la tradición. Nuestro sistema se basa en la separación entre el título de efectos obligacionales y la tradición, pero no requiere que esta última tenga lugar mediante la entrega material ni tampoco mediante un acto formal. En este caso, la tradición deriva, no del acuerdo de cesión, sino de los actos posteriores realizados en cumplimiento de tal acuerdo. La licencia preveía que se formalizaría la entrega de las fincas como cesión y esta formalización no tuvo lugar pero la toma de posesión de los espacios se acredita mediante la construcción de los inmuebles en los términos acordados, unido al hecho de que, según la sentencia la demanda presentara poco después de dictarse a su favor el auto de adjudicación de los inmuebles un escrito al Ayuntamiento para la determinación del justiprecio «revelador del conocimiento de la ocupación de los mismos por la Administración municipal».

**Fe pública registral. Inscripción de la adquisición de bienes que no pertenecen al ejecutado. Aplicación del artículo 34 LH. Necesidad de buena fe en el adquirente. Concepción ética de la buena fe. No basta el desconocimiento o ignorancia de la realidad, es necesario también acreditar una actuación diligente.**—La jurisprudencia suele identificar la buena fe con la creencia de que el vendedor es dueño de la cosa vendida o, si se quiere, con el desconocimiento de que la misma cosa se ha vendido anteriormente a otros con eficacia traslativa. Sin embargo, también se considera desvirtuada la presunción de buena fe cuando el desconocimiento o ignorancia de la realidad sea consecuencia «de la negligencia del ignorante» (SSTS de

25 de octubre de 1999, de 8 de marzo de 2001 y de 11 de octubre de 2006). La concepción «ética» de la buena fe, según la cual no basta la simple ignorancia de la realidad, sino que se precisa una actuación diligente, que va más allá de la simple consulta del Registro, ha sido confirmada por la Sala (STS de 12 de enero de 2015). La carga ética de la diligencia del adquirente no significa que se prescinda del Registro, pero la protección registral se limita, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 LH, que exige buena fe, cuando el adquirente no ha desplegado una diligencia acorde de las circunstancias para cerciorarse de que hay coincidencia entre la realidad y el Registro (arg. art. 36 LH). En el caso, la descripción de las fincas litigiosas como destinadas a zona verde, vial, aparcamientos y ensanchamiento de una avenida, tal y como figura en la certificación de cargas, imponía el despliegue de una diligencia mínima por parte del adjudicatario para conocer la verdadera situación de las fincas. Esa descripción sugiere que se trataba de terrenos sujetos a cargas urbanísticas y resulta motivo suficiente como para que la demandada tratara de cerciorarse de la situación posesoria que, de hecho, se oponía a la titularidad publicada en el Registro. Ello no puede considerarse una carga desproporcionada o extraordinaria, más tratándose de una finca segregada y que en la inscripción de la obra nueva en la finca matriz, según se considera probado, figuraba la anotación marginal de que la concesión de la licencia estaba sujeta a las condiciones de la misma. **(STS de 4 de octubre de 2017;** ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El Ayuntamiento de F., en Mallorca, promovió acción declarativa del dominio contra la mercantil IPSM, S.L., al objeto de que se reconociera su titularidad sobre dos fincas, que habían sido adjudicadas a la demandada en un procedimiento ejecutivo, y solicitó que hicieran las oportunas rectificaciones registrales. La demandada se opuso al considerar que el Ayuntamiento demandante no había llegado a adquirir las fincas por no haberse otorgado a su favor la preceptiva escritura pública prevista en el convenio urbanístico que debió dar origen a su adquisición. El Juzgado de Primera Instancia entendió que el Ayuntamiento, pese a la falta de otorgamiento de la referida escritura, había adquirido la propiedad de las parcelas ya que había ocupado materialmente las mismas y había edificado sobre ellas, de lo que era prueba incluso la reclamación formulada por la ahora demandante contra el consistorio solicitando la expropiación de tales fincas a favor del municipio y la fijación de un justiprecio. Consideraba que la falta de formalización del documento público lo único que impedía era el acceso de la titularidad municipal de los terrenos al Registro de la Propiedad, pero no la operatividad de la teoría del título y el modo, entendiéndose que existía título, ya que había un acuerdo traslativo del dominio; y también modo, representado por la efectiva y material ocupación de los terrenos por el Ayuntamiento. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca estimó el recurso de apelación de la mercantil recurrente y desestimó la demanda principal. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

**19. Propiedad horizontal. Elementos comunes. Posibilidad de alteración sin necesidad de acuerdo unánime de Junta de Propietarios: autorización estatutaria a propietarios de locales condicionada a la no afectación de la resistencia y estabilidad del edificio.**—Competencia de la Junta de Propietarios para decidir sobre la ubicación de la alteración permitida estatutariamente. La fachada constituye un elemento común del conjunto del edificio (arts. 7.1 LPH y 396 CC). Sin embargo, de tal calificación se deriva para la zona correspondiente a los pisos una configuración arquitectónica más rígida que para las plantas bajas de locales, motivada por la concreta actividad a desarrollar en éstos. Por lo anterior, los propietarios de tales locales pueden ejecutar obras que alteren la fachada del edificio y sean necesarias para el desarrollo de su actividad, siempre que no se menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general o perjudique los derechos de otros propietarios (STS de 18 de mayo de 2011). La autorización estatutaria a propietarios de locales para la ejecución de obras de adaptación a la concreta actividad, permite la apertura de puertas en fachada, siempre que no afecten a la resistencia y estabilidad del edificio. La autorización estatutaria de apertura de puerta a un elemento común no impide que la Junta de Propietarios disponga su concreta ubicación en base a argumentos justificados, al ostentar la competencia para decidir sobre la naturaleza de las obras en caso de discrepancia (art. 17.10 LPH). (STS de 8 de noviembre de 2017; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La entidad propietaria de un local situado en la planta baja de un edificio interpone demanda en contra de la Comunidad de Propietarios para que se anulen tres acuerdos que le denegaron la apertura de una nueva puerta en la fachada, y la ubicación que había propuesto de otra puerta del mismo local hacia el zaguán comunitario. La oposición de la Comunidad a la ejecución de la puerta en la fachada se fundó en una sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictada en proceso anterior seguido entre las mismas partes en la que se declararon como elementos comunes los muros de cierre del edificio. Y la denegación del emplazamiento concreto de otra puerta hacia el zaguán se apoyó en la preexistencia de buzones en el lugar propuesto por la entidad propietaria, y en razones estéticas. La actora argumentó su demanda en el tenor literal de los estatutos comunitarios que permitía las obras pretendidas, a lo que opuso la Comunidad que sobre ello prima la exigencia de unanimidad requerida legalmente para alterar elementos comunes, y que los estatutos no atribuyeron al propietario del local la facultad de determinar el lugar de apertura de la puerta hacia el zaguán. El Juzgado de Primera Instancia acogió íntegramente la demanda al estimar como privativa la fachada del edificio, e injustificados los argumentos alegados por la Comunidad en contra de la ubicación de la puerta hacia el zaguán. El recurso de apelación interpuesto por la Comunidad es desestimado, y la Audiencia Provincial confirma la sentencia de instancia y sus fundamentos. La Comunidad de Propietarios formula recurso extraordinario por infracción procesal que resulta desestimado, así como recurso de casación por infracción de los artículos 17.6 y 17.10 LPH, ambos en relación con el artículo 396 CC, al considerar necesaria la unanimidad de la Junta de Propietario para la alteración de un elemento común como es la

fachada, y para la ejecución de obras autorizadas estatutariamente en los elementos comunes como es el zaguán (*F. S. N.*)

**20. Registro de la Propiedad. Cancelación de hipoteca. Venta de finca hipotecada en la liquidación concursal. Enajenación directa de una unidad productiva junto con un bien inmueble gravado con hipoteca por precio inferior al crédito garantizado. Aplicación del artículo 155.4 LC conforme la redacción introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre: necesidad de la aceptación de los acreedores hipotecarios.**—El apartado 4 del artículo 155 LC, en la redacción aplicable al caso, prevé que, con carácter general, la realización en cualquier estadio del concurso de un bien hipotecado se haga en subasta. Pero permite que el juez pueda autorizar la venta directa, que cuando se haga fuera del convenio debe cumplir las siguientes exigencias: el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles. A falta de una expresa salvedad, debemos entender que este precepto resultaba de aplicación tanto a la venta individual o singular del bien hipotecado como a la enajenación dentro de una unidad productiva, pues no existía norma especial al respecto. De tal forma que, bajo las condiciones contenidas en aquel artículo 155.4 LC, para que pudiera autorizarse la realización del bien hipotecado dentro de una unidad productiva, si la parte del precio ofrecido por esta que correspondía al bien hipotecado era inferior el crédito garantizado con la hipoteca, era necesaria la aceptación del acreedor hipotecario.

**La realización directa de una unidad productiva junto con un bien hipotecado que se transmite sin subsistencia de la garantía en la Ley Concursal vigente.**—La normativa actual es consecuencia del RDL 11/2014, de 5 de septiembre, y la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que modificaron el régimen de enajenación de unidades productivas en el concurso de acreedores, y en lo que ahora nos interesa el artículo 149 LC. Este precepto cambia su rúbrica, pues deja de referirse a «reglas legales supletorias», para hacerlo a «reglas legales de liquidación», aplicables también cuando existe un plan de liquidación. El apartado 2 de este artículo 149 LC regula ahora con mayor detalle la cuestión controvertida, esto es, la participación de los acreedores hipotecarios en la realización de una unidad productiva que incluye el bien hipotecado, cuando se transmite sin subsistencia de la garantía. La norma reconoce una participación a los acreedores con privilegio especial que conlleva un derecho de ejecución separada (al margen de cómo se encuentran afectados en la práctica por lo previsto en los arts. 56 y 57 LC), cuando la enajenación de la unidad productiva afecte al bien gravado, y el precio asignado no cubra el valor de la garantía. En esos casos «será necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase». Esta previsión constituye un complemento del régimen previsto en el apartado 4 del artículo 155 LC, que a estos efectos no ha sido modificado, y que introduce una especialidad en caso de

venta de unidades productivas. Esta especialidad presupone la regla general de que si se ve afectado un único acreedor con privilegio especial que tenga derecho de ejecución separada, en ese caso no puede realizarse la venta por un precio inferior al mínimo que se hubiese pactado sin contar con su conformidad.

La singularidad del actual artículo 149.2 LC consiste en que cuando la venta de la unidad productiva afecta a varios acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada sobre bienes incluidos en la unidad productiva, en ese caso la exigencia de conformidad de estos acreedores se cumple cuando la prestan al menos quienes representen el 75% de este pasivo afectado. Esto es, la conformidad de los acreedores que representen 75% de estos créditos afectados permite arrastrar al resto. Si no existiera esta salvedad, sería necesario el consentimiento de todos los acreedores privilegiados con derecho de ejecución separada afectados por la venta de la unidad productiva, siempre que la parte del precio obtenido que les fuera asignado a los bienes gravados fuera inferior al valor de la garantía, lo que dificultaría la venta de la unidad productiva. El legislador, al valorar los intereses en juego, ha optado por la regla de la conformidad de la mayoría reforzada del pasivo afectado (el 75%), y mitigar con ello la exigencia del consentimiento unánime de los acreedores afectados.

**Extensión y límites de la función calificadora del registrador.**—En la medida en que la cancelación de la hipoteca supone la extinción del derecho del acreedor hipotecario, y esta cancelación es consecuencia de una venta o enajenación directa, la registradora puede revisar si, al haberse optado por esta forma de realización, en el mandamiento o el auto que autorizó la realización constan cumplidos los requisitos del artículo 155.4 LC.

Esta función revisora debe hacerse en el marco de la función calificadora que con carácter general le confiere al registrador el artículo 18 LH, y más en particular respecto de los documentos expedidos por la autoridad judicial el artículo 100 RH. Conforme al artículo 18 LH, el registrador de la propiedad debe calificar, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos registrales. Y, en relación con la inscripción de los mandamientos judiciales, el artículo 100 RH dispone que la calificación registral se limitará a la competencia del juzgado o tribunal, a la congruencia del mandamiento con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro.

Esta función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, esto es no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro cuya cancelación se ordena por el tribunal.

**En el mandamiento judicial de cancelación de la hipoteca debe constar el cumplimiento de los requisitos del artículo 154.4 LC.**—De tal forma que en un caso como el presente, respecto de lo que constituye la función calificadora de la registradora, lo relevante es que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos del artículo 155.4 LC, en relación con los acreedores hipotecarios afectados por la venta directa del bien hipotecado. Con todo lo anterior hemos de concluir que la denegación

de la inscripción por la falta de constancia en el mandamiento judicial del cumplimiento de estos requisitos del artículo 155.4 LC fue correcta, sin que en el pleito posterior de impugnación de la calificación o de la resolución de la DGRN pueda censurarse esta denegación porque se llegue a acreditar que en la realidad se cumplieron tales requisitos. (**STS 21 de noviembre de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

**HECHOS.**—La sentencia resuelve una controversia judicial originada por la resolución de la DGRN que denegó la cancelación de las cargas que pesaban sobre una finca hipotecada que se transmitió, en un procedimiento concursal, junto con la unidad productiva de la que formaba parte. En el procedimiento concursal de la que trae causa la incidencia registral, se aprobó en el plan de liquidación la enajenación unitaria de un bloque empresarial del cual formaba parte un inmueble grabado con una garantía real. En dicho plan se asignó el 47% del importe de la venta al acreedor hipotecario y se recogió que la venta se haría libre de cargas con cancelación de la hipoteca. Aprobada la oferta de compra, cuyo precio de venta fue inferior al valor de la garantía, el administrador concursal transmitió al ofertante todos los bienes, libre de cargas. Entre ellos, la finca registral. Solicitada la inscripción de la transmisión y la cancelación de las cargas, la registradora la deniega. Interpuesto recurso ante la DGRN fue desestimado. Presentada demanda contra la resolución gubernativa, el Juzgado de Primera instancia la desestima. La Audiencia Provincial estima el recurso y acuerda la cancelación de la hipoteca. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación (*C. O. M.*)

**21. La duración del contrato de explotación de derechos audiovisuales de partidos de fútbol.**—El objeto y función de los artículos 1 LDC y 101 TFUE es la regulación de las bases de nuestro sistema de libre mercado. Es por ello que la normativa *antitrust* comunitaria (arts. 101 y 102 TFUE) y nacional (arts. 1 y 2 LDC) tiene un carácter imperativo, pues a través de ella se establecen los límites a la autonomía de la voluntad de los particulares con la finalidad de tutelar el interés público español o comunitario en el mantenimiento de la competencia. En este contexto, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) resolvió en su resolución de 14 de abril de 2010, que la adquisición de los derechos audiovisuales de la Liga que supere los tres años de duración, es un acuerdo entre empresas que, por sus efectos, cae bajo la prohibición de los artículos 1 LDC y 101 TFUE y, por tanto, comporta su nulidad.

**Eficacia de las resoluciones de la CNC.**—Una decisión de la CNC es un acto administrativo, sujeto a ese régimen, que no impide a la jurisdicción civil el enjuiciamiento sobre la misma cuestión, aunque pudiera constituir un instrumento de convicción de gran autoridad. Sus resoluciones pueden ser objeto de recurso contencioso-administrativo, y la resolución judicial firme que lo resuelva sí vincula al tribunal civil. Esta previa resolución contencioso-administrativa produce un efecto condicionante o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del tribunal civil. (**STS de 3 de noviembre de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

**HECHOS.**—M y el club de fútbol RZ suscribieron un contrato de cesión en exclusiva de los derechos televisivos del club el 2 de mayo

de 2006. El 1 de agosto de 2007, mediante acuerdo de las partes, se amplió la duración inicial de 5 temporadas a 6. El 14 de abril de 2010, la CNC dictó una resolución en donde declaró que ese contrato, con una duración superior a 3 temporadas, era contrario a los artículos 1 LDC y 101 TFUE. El 25 de noviembre de 2010, el club de fútbol remitió, por burofax, a M un comunicado en el que daba por entendido que el contrato había quedado resuelto y ofreció a la empresa explotadora de derechos televisivos la posibilidad de que le ofertara condiciones para un nuevo contrato. A dicho burofax contestó M oponiendo la situación de interinidad de la resolución de la CNC, por haber sido impugnada judicialmente ante la AN y la aplicabilidad, por encima de la resolución, de la DT 12.<sup>a</sup> Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA) (que entró en vigor el 1 de mayo de 2010), que establecía una duración máxima de 4 años desde dicha entrada en vigor respecto de los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas vigentes en este momento, esto es, hasta el 1 de mayo de 2014. El 1 de junio de 2011, el RZ contrató la cesión de sus derechos televisivos y audiovisuales a la empresa DTS. Dicha cesión comprendía una de las temporadas previamente cedida a M.

M interpone demanda contra el club de fútbol, por incumplimiento de contrato. El Juez de Primera Instancia la desestimó por entender que había cosa juzgada. Además, dada la resolución de la CNC, los derechos de M se habían extinguido respecto de la temporada litigiosa. A la misma conclusión llegó la Audiencia Provincial, respecto del recurso de apelación interpuesto por la actora.

En casación, M alega la infracción del artículo 21 y de la DT 12.<sup>a</sup> LGCA, por interpretación errónea y contraria al artículo 3 CC. Argumenta que la resolución de la CNC es contraria a tales preceptos. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. Explica que la LGCA entró en vigor el 1 de mayo de 2010, es decir, con posterioridad a la resolución de la CNC de 14 de abril de 2010. En esta, la CNC concluyó que los contratos de adquisición de derechos audiovisuales con una duración superior a tres años eran contrarios a los artículos 1 LDC y 101 TFUE, con la consiguiente declaración de quedar dentro de los actos prohibidos por anticompetitivos. Por tanto, los acuerdos examinados por la CNC no pueden encontrar amparo en una norma que no estaba en vigor ni cuando esos acuerdos se llevaron a cabo, ni siquiera en el momento posterior en que la CNC los examinó y declaró contrarios a la LDC. Cuando entró en vigor la Ley, ya se había producido la resolución de la CNC que declaraba contrario a la LDC la duración del contrato litigioso. El Alto Tribunal concluye que la cláusula en la que se pacta la duración del contrato es nula de pleno derecho. La nulidad de esos pactos contractuales que infringen dicha normativa se justifica por el traspaso de estos límites a la autonomía de la voluntad.

NOTA.—Sobre esta misma cuestión, *vid.* también las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de enero y de 7 de diciembre de 2015. (S. L. M.)

## DERECHO DE FAMILIA

**22. Competencia judicial internacional: Divorcio entre ciudadano español y ciudadana egipcia domiciliada en Dubái.**—El recurso causante del presente recurso de casación versa sobre la determinación de la residencia habitual de un esposo de nacionalidad española a efectos de valorar la competencia de los tribunales españoles. Los hechos más relevantes, tal como han sido fijados en la instancia, son los siguientes:

La Sra. Mari Juana (de doble nacionalidad, británica y egipcia) y el Sr. Benjamín (nacional español) contrajeron matrimonio el 18 de octubre de 2008 en Las Vegas. El 16 de junio de 2015 el marido presenta demanda de divorcio contra su esposa en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Villaviciosa, justificando la competencia del juzgado con la cita: 1) del artículo 3.1.a) del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 (Reglam. Bruselas II-bis) por el hecho de haber residido en España, en concreto en Villaviciosa, los seis meses anteriores a la interposición de la demanda; y 2) del artículo 769.1 LEC. La Sra. Mari Juana presenta declinatoria de jurisdicción alegando que el Tribunal carece de competencia por corresponder el conocimiento de la demanda a los tribunales de Dubái. Por Auto de 31 de julio de 2015 el Juzgado desestima la declinatoria y declara la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, con cita del artículo 3 del Reglamento Bruselas II bis y del artículo 22.3 de la LOPJ (en la redacción vigente hasta el 1 de octubre de 2015), y la territorial del propio juzgado para conocer de la demanda de divorcio contencioso. El Juzgado tiene en cuenta que el demandante es de nacionalidad española y aparenta arraigo familiar y mercantil en España y la demandada tiene nacionalidad británica pero sin conexión que determine la competencia de los tribunales británicos, en atención a la residencia habitual que ella afirma en Dubái. Por auto de 14 de octubre de 2015 se desestima el recurso de reposición, añadiendo que entrando en el fondo de la cuestión planteada, no parece que quisiera acreditarse, pese a la documentación aportada, que el demandante tenga residencia habitual en Dubái, como se colige de actos propios de la demandada, la cual presentó ante el juzgado español denuncia contra el demandante por la presunta comisión de un delito cometido en el ámbito de la violencia de género, interesando asimismo orden de protección.

De la declaración prestada en el presente juzgado se deduce que el marido vive actualmente en Bilbao y posteriormente él se fue de la casa de Villaviciosa, cogiendo sus cosas el 13 de abril de 2015. De todo ello se desprende (sin perjuicio de los desplazamientos del demandante a Dubái, lo cual no se pone en duda, debido a sus actividades profesionales o económicas), que el último lugar de residencia habitual de los cónyuges fue Villaviciosa, donde vive la demandada. Igualmente mostramos conformidad para la determinación de la competencia con la aplicación del Reglamento 2201/2003, fijando el artículo 3.1 siete foros alternativos (entre ellos bastando que concurra uno solo de ellos) de competencia judicial internacional.

La apelante alega que, tras contraer matrimonio, trasladaron su domicilio a Dubái donde ella era propietaria de una vivienda en la que residían, donde fundaron una sociedad que inició su actividad en enero de 2009 y de la que el esposo sería el «manager», cuya licencia comercial se renovó en enero de 2015, mientras que ella estaba vinculada a otras sociedades que operan en Dubái. Alega que el esposo está inscrito como residente en el Consulado de

Dubái, situación que renovó el 6 de abril de 2015, y que también tiene una licencia de conducir expedida en marzo 2010 en Dubái y licencia de circulación expedidas por los Emiratos Árabes Unidos, a su nombre respecto de varios vehículos.

La parte apelada sostiene que, con independencia de su domicilio a efectos administrativos, su residencia habitual está en España, donde realiza su principal actividad empresarial, que el matrimonio residía en Villaviciosa, donde tienen una vivienda de su propiedad que adquirieron en diciembre de 2012, y que no es solo una residencia temporal y vacacional.

La sentencia de segunda instancia desestima el recurso, confirma la sentencia de primera instancia y condena a la apelante a las costas de la alzada. Por lo que se refiere a la competencia internacional, razona la Audiencia: «En primer lugar, cabe precisar que la actividad empresarial principal del demandante se desarrolla en España, en donde figura vinculado, de uno u otro modo, a once sociedades; acredita también que la mayor parte del tiempo permanece en España, y de hecho entre el 24 de junio de 2014 y el 10 de junio de 2015, ha estado en Dubái, entre el 4 y el 12 de diciembre de 2014, el 15 y el 20 de marzo de 2015 y entre el 4 y el 12 de abril de 2015, esto es 327 días ha permanecido en España. Consta además que efectivamente los litigantes tienen un lugar de residencia en Selorio (Villaviciosa), siendo de destacar que la apelante interpuso una denuncia el 19 de mayo de 2015, en donde se manifiesta que el matrimonio ha venido alternando su residencia en Dubái con estancias en Selorio y donde expresa su intención de permanecer hasta noviembre de 2015; en la misma se refiere a supuestos episodios de violencia de género acontecidos en setiembre de 2012, en junio o en noviembre de 2014 y el 30 de abril de 2015. Dificilmente, por lo tanto, cabe afirmar que, con independencia del domicilio administrativo que pueda figurar, el lugar de residencia habitual, al menos del actor, se pueda considerar que lo constituye dicho país, pues ni objetivamente atendiendo al tiempo de permanencia en España, puede así afirmarse, ni subjetivamente, teniendo en cuenta que, no solo el centro de su actividad profesional lo constituye España, sino que además, se constata que una gran parte de este tiempo ha estado en este país con su esposa, sin que ello pueda explicarse con el argumento de que se trata de simples estancias estacionales o vacacionales, pues lo cierto es que se constata que las mismas se desarrollan en muy diversas épocas del año y durante prolongados periodos de tiempo.

Contra la sentencia de la Audiencia, la Sra. Mari Juana interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. En el suplico solicita que se desestime la demanda del Sr. Benjamín, quien presenta escrito de oposición a los recursos, solicita su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida.

El recurso extraordinario por infracción procesal se apoya en dos motivos. El primero al amparo del artículo 469.1.1.º LEC por inaplicación del artículo 3.º del Reglamento de la UE 2201/2203, del Consejo. El segundo motivo al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al ser la valoración de la prueba manifiestamente ilógica, arbitraria e irrazonable al concluir que la residencia habitual del demandante estaba situada en España durante los seis meses anteriores a la presentación de la demanda. La Sala, por razones lógicas, altera el orden de los motivos.

**La valoración de la prueba no ha sido errónea, ilógica y arbitraria y por ello no se ha provocado indefensión.**—Es doctrina de esta Sala, aplicable al presente caso, la de que la valoración de la prueba sólo es revisable en

el recurso extraordinario por infracción procesal cuando las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones y cuyo contenido no haya sido tomado en consideración. En consecuencia: 1.º) El hecho de que la revisión de la valoración probatoria no esté expresamente prevista en ninguno de los motivos de infracción procesal recogidos en el artículo 469 LEC, pone de manifiesto que el legislador reservó dicha valoración para las instancias. 2.º) El carácter extraordinario de este recurso, que no constituye una tercera instancia, no permite tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio (como explica la sentencia 615/2016, de 10 de octubre, resumiendo la doctrina anterior). 3.º) La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario al amparo del artículo 469.1.4.º LEC por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba o por infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria e ilógica la valoración de la prueba, no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE (jurisprudencia recogida por la sentencia 615/2016).

La aplicación de esta doctrina al caso determina que el motivo 2.º deba ser desestimado. El escrito de la recurrente no se dirige a poner de manifiesto que no se corresponde con la prueba practicada los hechos fijados por la sentencia acerca de las estancias del demandante en España, de las extracciones de los cajeros o de sus intereses empresariales en España. Por otra parte, la sentencia no niega los hechos que la recurrente considera decisivos (la inscripción del esposo en el registro consular, su permiso de residencia). Lo que sucede es que la recurrente discrepa de la valoración que de todos esos hechos lleva a cabo la sentencia recurrida. De este modo, lo que impugna realmente es la valoración jurídica realizada por el tribunal de instancia, el criterio jurídico de la Audiencia para concluir que el demandante tenía su residencia en España, lo que no es propio de este recurso extraordinario.

**Criterios legales aplicables para establecer la competencia internacional.**—La Sala efectúa un análisis minucioso de tales criterios legales, estableciendo la siguiente doctrina: es una materia que podría analizarse de oficio y los tribunales españoles deben declararse incompetentes si comprueban que no son competentes internacionalmente con arreglo a los foros del Reglamento de Bruselas II bis, ni, en su caso, con arreglo a las normas de producción interna. Resulta oportuno resumir las posturas mantenidas por las partes acerca de cómo debe interpretarse y aplicarse en el caso las reglas de competencia internacional. La esposa (demandada, ahora recurrente) considera que los tribunales españoles no son competentes por aplicación del artículo 3 del Reglamento Bruselas II bis porque, habida cuenta de que los esposos no tienen la misma nacionalidad ni tampoco residencia común en España, procede la aplicación de la LOPJ conforme a la cual los tribunales españoles tampoco serían competentes según el texto del artículo 22.3.º, vigente en el momento de la presentación de la demanda, porque en el caso, también sería presupuesto necesario que el esposo tuviera su residencia en España, lo que entiendo no sucede. El esposo (demandante, ahora recurrido), por el contrario, considera que los tribunales españoles son competentes por aplicación del artículo 3.1 del Reglamento Bruselas II bis (demandante español con resi-

dencia habitual durante al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la demanda); añade que, incluso en el caso de que no se considerara aplicable el artículo 3, los tribunales españoles resultarían igualmente competentes por aplicación del artículo 22 LOPJ, habida cuenta de que el esposo es español y en el momento de interponer la demanda residía en España.

Por lo que se refiere a la competencia judicial internacional, el Reglamento (CE) núm. 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) núm. 1347/2000, es aplicable por los tribunales españoles desde 1 de marzo de 2005. Su ámbito de aplicación viene regulado en los artículos 6 y 7, de los que resulta que, en el caso de que ningún órgano jurisdiccional de ningún Estado miembro resulte competente con arreglo al Reglamento, y con independencia de que el demandado sea o no nacional de un Estado miembro y de que resida o no habitualmente en un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro pueden declararse competentes a través de los foros contenidos en sus normas de producción interna.

Conforme a los artículos 6 y 7:

Artículo 6. Carácter exclusivo de las competencias definidas en los artículos 3, 4 y 5.

«Un cónyuge que: a) tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o bien: b) sea nacional de un Estado miembro o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga su *domicile* en el territorio de uno de estos dos Estados miembros, sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5.»

«Artículo 7. Competencia residual.

1. Si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las reglas de dicho Estado.

2. Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro o, en lo que respecta al Reino Unido e Irlanda, no tenga su *domicile* en el territorio de uno de estos dos Estados.»

Se invoca la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 3.ª) de 29 de noviembre de 2007 (Kerstin Sundelind López y Miguel Enrique López Lizazo), en el asunto C-68/07) que afirma que el vigente Reglamento tiene por objeto establecer normas de conflicto uniformes en materia de divorcio para garantizar que la libre circulación de personas sea lo más amplia posible. Por tanto, el Reglamento núm. 2201/2003 también se aplica a los nacionales de Estados terceros que presenten vínculos suficientemente profundos con el territorio de uno de los Estados miembros, según los criterios atributivos de competencia previstos en dicho Reglamento, criterios que, según el duodécimo considerando del Reglamento núm. 1347/2000, se basan en el principio de que debe existir un vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia.

En el caso, para apreciar si debe acudirse a la LOPJ es preciso excluir primero que, por aplicación del artículo 3 del Reglamento, los tribunales españoles (o los de otro Estado miembro, lo que en el caso no se discute), no son competentes.

Conforme al artículo 3.º del Reglamento:

«Competencia general. 1. En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: a) en cuyo territorio se encuentre: – la residencia habitual de los cónyuges, o el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o – la residencia habitual del demandado, o – en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o la residencia habitual de uno de los cónyuges, o – la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su *domicile*; b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del *domicile* común. 2. A efectos del presente Reglamento, el término *domicile* se entenderá en el mismo sentido que tiene dicho término con arreglo a los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de Irlanda».

Los foros del artículo 3 del Reglamento son alternativos, sin ninguna jerarquía entre ellos; basta con que concurra uno cualquiera de los siete foros de competencia judicial internacional, los tribunales españoles son competentes. Partiendo de que en el caso la demanda la interpuso el esposo, de nacionalidad española, la cuestión se centra en determinar si el esposo había residido en España al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda.

Aun cuando el concepto de residencia parte de unos datos de hecho y, por tanto, tiene un componente fáctico importante, la valoración de esos hechos a efectos de determinar si tienen relevancia para integrar el concepto de residencia habitual es netamente una cuestión jurídica.

El reproche jurídico que formula la recurrente, haciéndose eco de una crítica doctrinal a la regulación europea, en el sentido de que puede fomentar el *Forum Shopping* no sería motivo suficiente para dejar de aplicar la norma que conduce a la declaración de la competencia de los tribunales españoles, máxime en un caso en el que no puede considerarse, a la vista de los hechos probados, que la competencia internacional de los tribunales españoles resulte imprevisible para la esposa, ni que los tribunales españoles se encuentren escasamente vinculados con el supuesto por lo que el foro se convierta en exorbitante ni que, como consecuencia de ellos se vulnere la tutela judicial efectiva. De hecho ha quedado acreditado no sólo que el esposo tenía el núcleo de su actividad profesional en España sino que la propia esposa hacía estancias prolongadas en España, como muestran sus propias manifestaciones en la denuncia penal que puso contra su marido el 19 de mayo de 2015 ante la Comandancia de la D.G. de la Guardia Civil de Gijón (puesto de Villaviciosa) y que dio lugar a la incoación de diligencias que fueron sobreseídas por auto de 21 de mayo de 2015 del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción núm. 1 de Villaviciosa.

De la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de octubre de 2016, en el asunto C-249/15 se desprende la siguiente doctrina:

El tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme que ha de buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa pretende alcanzar. Dado que el artículo 3, apartado 1, letra a), guiones quinto y sexto del Reglamento referido no contiene ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar el alcance del concepto de «demandante», dicha determinación debe hacerse en función del contexto de esas disposiciones y del objetivo del citado Reglamento. En cuanto al contexto en que se inscribe el artículo 3, apartado 1, letra a), guiones 5.º y 6.º del Reglamento, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que este artículo prevé varios criterios entre los cuales no establece ninguna jerarquía; todos los criterios objetivos enunciados son alternativos. De lo anterior se deduce que el sistema de reparto de competencias instaurado por el referido Reglamento en materia de disolución del vínculo matrimonial no pretende excluir las competencias múltiples; al contrario, se ha previsto expresamente la coexistencia de varios tribunales, sin que entre ellos se haya establecido una jerarquía. En relación con los criterios enumerados en el artículo 3, apartado 1, letra a), el Tribunal de Justicia ha declarado que estos se basan, desde distintos puntos de vista, en la residencia habitual de los cónyuges. De lo anterior resulta que las normas de competencia establecidas en el artículo 3 del Reglamento tienen como objetivo preservar los intereses de los cónyuges. Tal interpretación responde también a la finalidad perseguida por este Reglamento que ha establecido normas de conflicto flexible para tener en cuenta la movilidad de las personas y para proteger igualmente los derechos del cónyuge que haya abandonado el país de la residencia habitual común pero garantizando que exista un vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia.

El «Informe Borrás» proporciona explicación sobre el catálogo de foros que actualmente recoge el Reglamento Bruselas II bis. Se trata del «Informe del Convenio celebrado con arreglo al artículo k-3 del Tratado de la UE, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial». Texto aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998 (98/C 221/04). En relación a los criterios para determinar la competencia de los tribunales de un Estado para decidir sobre las cuestiones matrimoniales, se distinguen dos grupos que aparecen, respectivamente, en la letra a) y en la letra b). El apartado 2 del propio artículo se aplica a la letra b) del apartado 1 y también al último guión de la letra a). Los criterios que se incluyen parten del principio de que exista un vínculo real entre la persona y un Estado miembro. La decisión sobre la inclusión de unos determinados criterios responde a su existencia en los distintos ordenamientos internos y a su aceptación por los demás o al esfuerzo por encontrar puntos de acuerdo aceptables por todos. De entre los criterios que aparecen en la letra a), la determinación de la competencia judicial internacional por ser el lugar de la residencia habitual de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda (primer guión) es un criterio ampliamente aceptado por los Estados miembros y por el que, se resolverán la gran mayoría de casos. Tampoco plantea problemas el criterio incluido en el tercer guión «residencia habitual del demandado», en cuanto es el criterio general de competencia basado en el principio *actor sequitur*. Igualmente recibió amplio consenso el criterio

adoptado en caso de demanda conjunta, que aparece en cuarto guión, puesto que puede presentarse la demanda ante las autoridades de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges. Mayores problemas aparecieron en torno a la aceptación de los otros criterios incluidos en este apartado. El problema se ha visto por algunos Estados al poner esta situación en relación con la situación en que se encuentra el otro cónyuge (con ocasión de la crisis regresa a su propio país de domicilio o nacionalidad y se encuentra sometido a las limitaciones previstas en el 5.º y 6.º guion, disposiciones que, sin duda tendrán consecuencias en relación con la litispendencia). En efecto, en estas dos disposiciones se admite, de forma excepcional, el *forum actoris*, sobre la base de la residencia habitual pero reforzada con otros elementos. En el 5.º guion se admite la competencia de los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del demandante si ha residido en ese Estado por lo menos durante un año. No encontrando algunos Estados suficientes la norma formulada se incluyó en el 6.º guion la posibilidad de que entiendan del asunto matrimonial los órganos jurisdiccionales del Estado de la residencia habitual del demandante si esta ha durado al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la demanda, siempre que dicho Estado sea, además, o bien el Estado de la nacionalidad o del domicilio, en el sentido que tiene el Reino Unido y en Irlanda. La existencia de la conexión serápreciada por el juez. Aunque se discutió la posibilidad de incluir una norma que fijara el lugar de la residencia habitual de forma similar a la del artículo 52 del Convenio de Bruselas de 1968 en relación a la fijación del domicilio, se decidió al final no incluir disposición particular al respecto. No obstante, aunque no en aplicación del citado Convenio se ha tenido particularmente en cuenta que el Tribunal de Justicia ha dado en diversas ocasiones una definición, en el sentido que significa «el lugar en que la persona ha fijado, con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses que, a los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos». De todo lo anterior se desprende que el concepto de residencia habitual del Reglamento Bruselas II bis ha de ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme para todos los Estados miembros y que ha de buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa pretende alcanzar. Por residencia habitual debe entenderse, conforme al Tribunal de Justicia, el lugar donde la persona ha establecido su centro habitual o permanente de intereses, teniendo en cuenta todos los datos relevantes que puedan considerarse para determinar tal residencia. Otros Tribunales Supremos nacionales europeos han tenido ocasión de declarar que el concepto de residencia habitual del Reglamento Bruselas II bis, de acuerdo con su finalidad, atiende al lugar en el que el interesado ha fijado con carácter de estabilidad el centro permanente o habitual de sus intereses, con clara naturaleza sustancial y no meramente formal o derivada de la inscripción en registros oficiales, por lo que lo relevante es identificar la residencia efectiva en el sentido del propio Reglamento, el lugar del concreto y efectivo desarrollo de la vida personal y, eventualmente profesional, de la persona (así las sentencias de 17 de febrero y 25 de junio de 2010 de *Cass. italiana, Sezione Unite*; la sentencia de la *Cour Cass. franc. premier Chambre civ.* de 14 diciembre de 2005, según la cual la residencia habitual no exige que sea exclusiva y basta un vínculo objetivo, real y serio, sin que sea suficiente para excluirla el motivo de haber conservado un domicilio personal, fiscal, ni estar inscrito en el censo electoral de otro lugar).

En el presente caso, en el momento de la presentación de la demanda, el Sr. Benjamín, de nacionalidad española, tenía su residencia habitual en España desde al menos seis meses antes a la interposición de la demanda de divorcio, tal y como resulta de las circunstancias acreditadas en la instancia; que su actividad empresarial principal se desarrolla en España, donde está el centro de su actividad profesional, lo que se confirma por el hecho de que entre el 24 de junio de 2014 y el 10 de junio de 2015, fecha de la demanda, permaneció en España 327 días, lo que no puede explicarse por simples estancias vacacionales. La residencia habitual en España no queda desmentida ni por su permiso de residencia ni por su inscripción en el Registro de Matrícula de la Oficina Consular de Dubái, pues este dato no hace de Dubái la residencia habitual en sentido realista sino sólo en sentido formal y administrativo. A estos efectos no hay diferencia sustancial entre estar empadronado en un municipio y estar inscrito como residente habitual en el Registro de Matrícula de una Oficina Consular en el Extranjero. De acuerdo con la legislación vigente ambas inscripciones son obligatorias cuando se reside habitualmente en un municipio o en una demarcación consular, pero ninguna de las dos sirve, sin embargo, para desvirtuar la residencia real en otro lugar, porque lo decisivo es el hecho de dicha residencia habitual, con un criterio realista, adaptado a la movilidad de los cónyuges. Tampoco puede servir para desvirtuar tales datos significativos el contenido de los artículos 68 y 69 CC. Sin entrar a valorar, lo que es irrelevante en este momento, si el domicilio conyugal estaba en Dubái o en Villaviciosa, lo cierto es que ni el deber de convivencia ni la presunción de convivencia impiden que los cónyuges tengan otro lugar en el que se encuentre su centro de intereses a efectos de identificar un lugar de residencia habitual, lo que no es extraño en las crisis matrimoniales internacionales y confirma el propio abanico de foros que ofrece el artículo 3.1.a) del Reglamento de Bruselas II bis (entre los que se tiene en cuenta la residencia habitual común pero también la de cada uno de ellos) e, incluso, dentro de nuestro ordenamiento interno, el artículo 769 LEC.

En consecuencia, los tribunales españoles eran competentes cuando el Sr. Benjamín interpuso la demanda de divorcio, por lo que el motivo del recurso se desestima.

**Defectos del recurso de casación: Concepto aplicable a estos efectos del domicilio habitual.**—El recurso se formula por el ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, por tratarse de un procedimiento seguido por razón de la materia. Para justificar el interés casacional cita la sentencia de 30 de diciembre de 1992, manteniendo que se refiere a la inviolabilidad del domicilio, y las sentencias de 28 de noviembre de 1940, 26 de mayo de 1944, 18 de septiembre de 1947, 27 de septiembre de 1954 y 21 de abril de 1972. Tras un análisis de estas sentencias concluye que la jurisprudencia mantiene una interpretación subjetiva y voluntarista del domicilio y, con reiteración de los argumentos esgrimidos en los motivos del recurso de infracción procesal, concluye que la sentencia recurrida ha vulnerado la doctrina jurisprudencial al acudir a criterios objetivos de tiempo de permanencia en España. Sostiene, en definitiva, que el Sr. Benjamín no tenía su residencia en España y que la Audiencia no ha valorado los datos de los que resulta su residencia en Dubái.

El recurso de casación denuncia la infracción del artículo 40 CC cuando, en realidad, la regulación del domicilio como residencia habitual no es la norma sustantiva aplicable al fondo del asunto, el divorcio de las partes, sino en todo caso la norma que, al definir el domicilio civil como el lugar de residencia habitual de una persona, podría servir para integrar la norma de compe-

tencia internacional, lo que no es correcto por ser el de residencia habitual un concepto autónomo del Reglamento de Bruselas II bis. Puesto que la única finalidad perseguida por la recurrente es que se declare la incompetencia de los tribunales españoles por falta de competencia internacional, da la impresión de que lo que ha pretendido al interponer el recurso de casación es sortear el obstáculo a que se enfrentaba en este trance plantear esta cuestión exclusivamente mediante el oportuno recurso de infracción procesal dado que conforme a la regla 5.ª de la disp. final 16 LEC, la admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal está condicionada a la admisión del recurso de casación cuando la cuantía del asunto no exceda de 600.000 euros o se haya tramitado por razón de la materia, como es el caso.

El motivo se desestima además porque el concepto de residencia habitual del Reglamento Bruselas II bis no remite a la noción que puede resultar de la interpretación del domicilio con arreglo al Derecho interno.

A efectos del presente recurso sería irrelevante, aunque fuera cierta la supuesta interpretación del domicilio civil contenida en el artículo 40 CC que erróneamente atribuye la recurrente a esta Sala, en el sentido de atribuir al padrón (o, en su caso, a la inscripción en el Registro Consular) el valor de desvirtuar la realidad objetiva de una residencia habitual. Sucede, además, que el Derecho español parte, a la hora de fijar el domicilio de las personas, de un criterio realista, al definir el domicilio de las personas físicas en el artículo 40 CC como «el lugar de su residencia habitual», y esta Sala tiene declarado que, con carácter general, ha de atenderse al sitio donde se reside con habitualidad, que equivale a domicilio real, ya que materializa la voluntad de permanencia en determinado lugar. De tal manera que, como dijo la sentencia de 10 junio 1966, el único domicilio que la ley toma en consideración es el civil, es decir, el definido en el artículo 40 CC, como «el lugar de la residencia habitual», sin perjuicio de los requisitos específicos que puedan establecer las leyes administrativas a otros efectos (doctrina reiterada en sentencias de 13 de julio de 1989, 15 de noviembre de 1991 y 22 de marzo de 2001). Se desestiman el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.ª Mari Juana contra la sentencia 196/2016 de la Audiencia Provincial de Gijón (sección 7.ª) de 5 de mayo de 2016, dimanante de procedimiento de divorcio contencioso seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Villaviciosa. Se confirma la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Gijón, incluido su pronunciamiento sobre costas. Se imponen a la recurrente las costas de los recursos por infracción procesal y por casación, con pérdida de los depósitos constituidos para interponerlos. (STS de 21 de noviembre de 2017; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. M.ª Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.—Sentencia minuciosamente fundamentada sobre cuestiones escasamente tratadas por la doctrina científica, y que ahora fija —en este caso, convincentemente— la doctrina jurisprudencial española. La singularidad del tema puede comprobarse *ad exemplum*, en el reciente trabajo de derecho comparado de Diana GLUHAIA, «La competencia judicial internacional en los contratos internacionales de consumo en la federación de Rusia», *RCDI*, núm. 769, septiembre-octubre, 2018. pp. 2551 ss. (*G.G.C.*)

**23. Efectos de la separación y divorcio: Patria potestad compartida: Atribución de la vivienda.**—Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes: La Sra. Genoveva y el Sr. Jesús Luis se casaron en el año 2000 bajo el régimen de separación de bienes. Tienen dos hijos, nacidos en 2004 y 2008. El 24 de septiembre de 2014 la esposa interpone demanda de divorcio, y el 6 de octubre de ese mismo año el marido interpone demanda de separación matrimonial en la que también se refiere a la disolución del matrimonio. A petición de la Sra. Genoveva el Juzgado dicta el auto de 17 de noviembre por el que se ordena la acumulación del proceso más moderno al más antiguo para su sustanciación en un mismo procedimiento. El 9 de diciembre de 2014 el Juzgado fija como medidas provisionales la guarda de los hijos menores por la madre, el pago a cargo del marido de 2000 euros en concepto de cargas familiares y alimentos a los hijos y la atribución de la vivienda a los hijos y esposa.

El 2 de octubre de 2015 el Juzgado dicta sentencia por la que estima parcialmente la demanda. Declara disuelto el matrimonio y acuerda las siguientes medidas: Se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores, de forma compartida a ambos progenitores, por semanas de lunes a domingo y forma alternativa en el tiempo, con ejercicio compartido de la patria potestad. En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, verano y Navidad, dichos periodos se disfrutarán por mitad, distribuyéndose las de verano en dos periodos, desde el final del periodo escolar y el mes de julio, y el mes de agosto hasta el comienzo del colegio, correspondiendo a la madre elegir el mes en los años pares y al padre en los impares, manteniéndose durante los restantes meses vacacionales el sistema de custodia por semanas alternas. Los menores se entregarán al otro progenitor en su domicilio el último día del periodo vacacional correspondiente, a las 20 horas. Cada uno de los progenitores se hará cargo de la manutención de los menores cuando los tenga consigo, entendiéndose por tal, los gastos referidos a alimentos y vestido, abonándose por mitad entre los progenitores los gastos extraordinarios de los menores, entendiéndose por tal los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social y/o Mutua Sanitaria y todos aquellos que por su propia naturaleza son imprevisibles y de imposible cuantificación hasta su nacimiento, los cuales deberán ser consensuados, salvo que revistan carácter de urgencia, en cuyo caso deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del otro progenitor.

Se atribuye el uso y disfrute del domicilio conyugal a la madre e hijos, durante un periodo de dos años.

La sentencia motiva su decisión respecto de la adjudicación del uso de la vivienda, propiedad del Sr. Jesús Luis, y que la demandante solicitaba sin límite temporal, con el siguiente razonamiento: «Al otorgar la custodia compartida por semanas produce como consecuencia la no aplicación de la doctrina jurisprudencial de atribución de la vivienda a quien se le concede la custodia. Por tanto, al estar acreditado que ambos perciben un salario, no consta la necesidad de que a D.<sup>a</sup> Genoveva se le conceda el uso de la vivienda familiar *sine die*, por lo que de acuerdo con el artículo 96.2 CC, aplicado analógicamente, se fija un plazo de dos años durante el que la madre podrá hacer uso de la vivienda familiar, tras el que deberá abandonarla, salvo pacto entre las partes».

La Sra. Genoveva interpone recurso de apelación en el que impugna los siguientes pronunciamientos de la sentencia: i) La atribución de la guarda y custodia de forma compartida entre ambos progenitores. ii) La pensión de alimentos cuya cuantía fija en 2.000 euros, como en las medidas provisiona-

les; o, subsidiariamente en la suma de 1500 euros. iii) La limitación temporal de la atribución temporal de la vivienda (dos años). Y iv) La denegación de una pensión compensatoria.

El Sr. Jesús Luis se opone al recurso y solicita su desestimación.

La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso y declara la procedencia de una pensión de alimentos para los hijos, a cargo del padre, en la cantidad de 400 euros mensuales en total. Asimismo revoca la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda. Los Fundamentos de Derecho 3.º y 4.º de la sentencia que se refieren a estas dos medidas son del siguiente tenor literal:

*Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda:* «Impugna la Sra. Genoveva la decisión del Juzgado de atribuirle el uso de la vivienda por un plazo de dos años. El motivo debe ser estimado. El artículo 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Tal como dispone la STS de 18 de mayo de 2015: Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el Juez para evitar que se pueda producir este perjuicio». «El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así expresamente, el artículo 233-20.1 CCcat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien». «Como reiteran las sentencias de 1 y 14 de abril y 21 de junio de 2011, aunque ésta pudiera llegar a ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE) (...) Efectivamente, esta regla no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Protección del Menor». «En el presente caso, los hijos menores cuentan en la actualidad con ocho y doce años, por lo que con independencia de que se instaure un sistema de custodia compartida, no puede establecerse una limitación temporal del uso de la vivienda, que tiene carácter familiar y no exista ninguna otra que permita dar cobertura a los intereses de los menores cuando están bajo la guarda de la madre, sin perjuicio de acudir en un futuro a un proceso de modificación de medidas».

*Pensión de alimentos:* «Respecto a la petición de que se imponga a cargo del Sr. Jesús Luis la obligación del abono de una pensión de alimentos de 2.000 o 1.500 euros mensuales para sus dos hijos, debe ser estimada en parte. Con independencia del establecimiento del régimen de custodia compartida,

no compartimos la decisión de instancia de que cada progenitor asuma los gastos de manutención de los menores, por partes iguales. En nuestra sentencia de 22 junio 2016 ya disponíamos que esta modalidad de custodia no significa forzosamente que cada cual debe correr con todos los gastos del hijo durante los periodos que lo tenga en su compañía, pues pueden darse diferencias relevantes que, como sucede en el caso enjuiciado, es necesario equilibrar alimenticiamente a favor del hijo en la medida correspondiente (no de la misma entidad que si la custodia fuese exclusiva de la madre). En el presente caso, debemos tener en cuenta para la fijación de la pensión, por una parte, que el Sr. Jesús Luis es médico especialista en cirugía plástica estética y además de pasar consulta en su clínica, acude periódicamente a otra clínica en Madrid. Aunque se desconoce la cantidad exacta que percibe por su trabajo, lo cierto es que en su contestación a la demanda, reconoció que durante el año 2013, había percibido una media de 5.916,81 euros mensuales, mientras que la Sra. Genoveva percibe un salario de 1.600 euros líquidos mensuales como concejala del Concello de A Coruña. Por otra parte, las necesidades y gastos de sus hijos incluyen la asistencia a un colegio privado (que asciende a unos 825 euros mensuales, incluyendo comedor), que el padre está dispuesto a asumir».

«En virtud de lo expuesto, ponderando todos los datos económicos y la evidente diferencia de ingresos entre los progenitores, consideramos que debe fijarse una pensión de alimentos para los dos hijos a pagar por el padre en la cantidad de 400 euros mensuales en total, que deberá ser satisfecha durante los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre y que se actualizará conforme a las variaciones que experimente el IPC o índice que lo sustituya».

El Sr. Jesús Luis interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional. Se funda en un único motivo en el que denuncia infracción del artículo 96 CC en relación con los artículos 348 y 33 CE. Para justificar el interés casacional aporta las sentencias de esta Sala de 24 de octubre de 2014, 9 de septiembre de 2015, 27 de junio y 21 de julio de 2016, y 16 de septiembre de 2017. Sostiene en esencia, que la interpretación jurisprudencial de los preceptos citados determinaría que, al haberse acordado la custodia compartida de los dos hijos menores, no procede otorgar el uso de la vivienda familiar (que es propiedad del recurrente) a ninguno de los esposos o, al menos, determinar una temporalidad en el uso de no más de dos años. Argumenta que la sentencia recurrida adopta su decisión con apoyo en una sentencia de la Sala que se refiere a un supuesto en el que la vivienda se adjudica al progenitor que ostenta con carácter exclusivo la custodia, mientras que en el presente caso se ha adoptado la custodia compartida. Alega que la esposa es empresaria y concejala del Concello de A Coruña, por lo que dispone de medios económicos para sufragar una vivienda en la que estar con los hijos menores durante los periodos que le correspondan. Expone que la esposa ha disfrutado del uso a la vivienda desde el auto de medidas provisionales de 9 de diciembre de 2014 y solicita que se case la sentencia de la Audiencia Provincial en el único sentido de declarar que el uso de la vivienda familiar quedará asignado a la Sra. Genoveva e hijos por el periodo de dos años contados desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

La Sra. Genoveva se opone al recurso sosteniendo que la sentencia recurrida ha aplicado correctamente el artículo 96 CC porque al adoptar su decisión de adjudicación de la vivienda ha tenido en cuenta el principio de protección del menor. Argumenta que existe gran desproporción entre los

ingresos de los esposos, que los suyos son temporales, por proceder del ejercicio de una actividad política, que la vivienda forma parte de los alimentos y que si debe abandonar la vivienda familiar y costear una vivienda no podrá hacer frente a los gastos de los menores en una situación semejante a la que disfrutaban antes de la crisis.

El Ministerio Fiscal emite informe en el que solicita la estimación del recurso de casación.

La única cuestión jurídica que se plantea es la de la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de custodia compartida. La sentencia recurrida, tras revocar la de primera instancia, que lo había limitado a dos años, atribuye a la madre e hijos, sin límite temporal, el uso de la vivienda, que es propiedad del marido. No se ha recurrido la decisión de atribuir la guarda y custodia compartida a ambos progenitores, adoptada por el juzgado y confirmada por la Audiencia Provincial, ya que esta, valorando el interés de los menores, desestimó la apelación de la madre. Partiendo del presupuesto de que tal medida no se discute ahora, la atribución del uso de la que fue vivienda de la familia durante la convivencia de los padres debe llevarse a cabo valorando las circunstancias concurrentes, de modo que, de una parte, no resulte imposible el cumplimiento de la alternancia en los periodos en que a cada progenitor le corresponde vivir en compañía de los hijos y, al mismo tiempo, no se prive indebidamente al titular de la vivienda de sus derechos.

**Criterios para atribuir la vivienda familiar en la guarda compartida.**—En ausencia de una previsión legal en este caso esta Sala ha declarado que no procede la aplicación del artículo 96, párrafo 1.º, CC, dado que los hijos no quedan en compañía exclusiva de uno de los progenitores y ha venido entendiendo que debe aplicarse por analogía el párrafo 2.º de dicho precepto del que resulta que, en defecto de acuerdo de los cónyuges, «el Juez resolverá lo procedente». En casos de custodia compartida, es posible la atribución del uso de la vivienda a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o disponer del uso de ninguna otra, menores ingresos) para que de esta forma pueda llevarse a cabo la convivencia durante los periodos en los que le corresponda tener a los hijos en su compañía. Ello requiere una ponderación de las circunstancias completas de cada caso, que pueden dar lugar a que no proceda hacer atribución de la vivienda familiar. Así sucedió en las SSTs 576/2014, de 22 octubre y 215/2016, de 6 abril. En el presente caso, la ponderación de las circunstancias realizada por las sentencias de instancia ha llevado a ambas a acordar la atribución de la vivienda a la Sra. Genoveva (durante dos años, según la sentencia de primera instancia y sin limitación temporal en la sentencia de apelación, sin perjuicio de la posibilidad de acudir en el futuro a un proceso de modificación de medidas). Lo que se discute ahora precisamente es si «lo procedente», en términos del segundo párrafo del artículo 96 CC, es la atribución indefinida del uso de la vivienda que fue familiar o, por el contrario, en palabras de la jurisprudencia de esta Sala, acordar una atribución temporal, dirigida a facilitar la transición a la nueva situación de custodia compartida.

Cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la Sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse

con el otro en una vivienda. Así se ha entendido en casos en los que la vivienda pertenecía a ambos cónyuges, valorando que si se atribuye a uno de ellos el interés del otro cotitular quedaría indefinidamente frustrado, al no permitirle disponer de ella, ni siquiera en los periodos en los que los hijos permanecerán con él y el de los hijos a relacionarse con su madre en una vivienda. De manera general, la atribución temporal del uso de la que fue vivienda familiar en casos de custodia compartida ha sido el criterio adoptado en supuestos en los que ambos progenitores perciben salarios que les permiten arrendar viviendas separadas, lo que justifica que no conste la necesidad de que al padre se le atribuya la vivienda familiar *sine die* y se fije un límite temporal de tres años (sentencia 465/2015, de 9 de septiembre). Se trata, en definitiva, de facilitar la transición a la nueva situación de custodia compartida, como advierten diversas sentencias que oscilan entre un año y tres años, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. Este último dato puede ser relevante cuando la vivienda es común (o la venta si es en copropiedad ordinaria), pues la liquidación de gananciales o la extinción de la comunidad y, en su caso, la extinción de la obligación de hacer frente al préstamo con garantía hipotecaria, puede colocar en un plazo razonable al progenitor con menos disponibilidad económica en condiciones de buscar una vivienda digna. Sin embargo, tampoco es un dato definitivo que permita considerar *a contrario* que, por no ser común la vivienda y no poder liquidarla para poder percibir un precio el progenitor menos favorecido económicamente no pueda proporcionarse una vivienda tal y como pretende la demandante ahora recurrida.

Esta Sala también ha considerado procedente la atribución temporal de la vivienda que fue familiar al progenitor no titular de la misma en casos de custodia compartida.

Así, en palabras de la sentencia 593/2014, de 24 octubre: «El problema para hacer efectivo este régimen de convivencia, es especialmente grave en situaciones de crisis económica, cuando en la vivienda quedan los niños y son los padres los que se desplazan en los periodos de convivencia establecidos, puesto que les obligará a disponer de su propia vivienda, además de la familiar, con tres viviendas en uso. También lo es cuando uno de ellos es titular de la vivienda en que la familia ha convivido y el otro carece de ella puesto que existe el riesgo de que no pueda cumplimentar esta alternancia en los periodos en que le corresponde vivir en compañía de los hijos, como es el caso. Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo 2.º que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver «lo procedente». «Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: En primer lugar, al interés más necesitado de protección que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo 3.º para los matrimonios sin hijos, y que no sería

posible en el supuesto del párrafo 1.º de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 CC (SSTS de 3 de abril y 16 de junio de 2014, entre otras). Pues bien, el interés más necesitado de protección ya ha sido valorado en la sentencia por lo que resta por analizar si se debe imponer una limitación del derecho de uso, armonizando los dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos en los que el hijo permanece con él, y el del hijo a comunicarse con su madre en otra vivienda».

La STS 522/2016, de 21 de julio, sigue el mismo criterio para un caso en el que la vivienda era privativa del esposo y en el que la sentencia recurrida, atendiendo a la mala situación económica de la madre, atribuyó a la esposa el uso de la vivienda hasta que la hija alcanzase la mayoría de edad: se fija un plazo de dos años desde la sentencia de casación lo que, en la práctica, dio lugar a que, contando el tiempo en que había venido disfrutando del uso de la vivienda en virtud de las medidas provisionales, la esposa dispusiera de seis años para restablecer su situación económica.

Esta Sala considera que la sentencia recurrida, al atribuir a la madre el uso de la que fue vivienda familiar durante la convivencia del matrimonio, sin fijar un tiempo prudencial, no se ajusta a la interpretación y aplicación que debe realizarse del artículo 96 CC. Con apoyo exclusivo en la STS 282/2015, de 18 mayo, que reitera la doctrina de la Sala de que el párrafo 1.º del artículo 96 CC no permite establecer ninguna limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda a los hijos menores mientras sigan siéndolo, la sentencia recurrida aplica tal conclusión al caso litigioso, considerando irrelevante que haya adoptado la custodia compartida. Sucede, sin embargo que este razonamiento de la Audiencia Provincial no es coherente con la doctrina jurisprudencial de la Sala. En los casos de custodia compartida queda descartada la aplicación del párrafo 1.º del artículo 96 CC, por no concurrir el presupuesto de quedar los hijos en compañía de uno de los progenitores. El deber inexcusable de fallar, con arreglo al sistema de fuentes (art. 1.7 CC), ha llevado a esta Sala a considerar que el Juez debe resolver «lo procedente», mediante una aplicación analógica del párrafo 2.º del artículo 96, que así lo establece en los casos en que unos hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro. Lo que procede, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, es ponderar los intereses en juego, el de los hijos a disponer de una vivienda cuando estén en compañía de su madre y el del padre a disponer de una vivienda para cuando los hijos estén en su compañía.

La ponderación de las circunstancias concurrentes (la Sra. Genoveva, nacida en 1973, es licenciada en derecho, ha desempeñado una actividad empresarial, en la actualidad tiene un sueldo como Concejala del Ayuntamiento de A Coruña y desde el auto de medidas previas ha venido disfrutando de la vivienda) permite concluir que la limitación temporal del derecho de uso atribuido por la sentencia de primera instancia es coherente con la doctrina de esta Sala sobre adjudicación de la que fue vivienda familiar en caso de custodia compartida, y que se dirige a fijar un tiempo prudencial para que, de forma independiente, cada uno de los progenitores se procure una vivienda para cuando los hijos estén en su compañía.

Por todo lo expuesto, se estima el motivo del recurso, se casa la sentencia recurrida en el extremo concreto referido a la atribución sin limitación temporal del uso de la vivienda a la Sra. Genoveva, confirmando la sentencia del

Juzgado, que lo limitó al periodo de dos años. (**STS de 22 de septiembre de 2017**; ha lugar en parte.) [Ponente Excma. Sra. Dña. M.<sup>a</sup> de los Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.—La metodología empleada por el legislador en la reforma del Derecho de Familia, sobre todo a lo largo del presente siglo sigue originando nuevas dudas interpretativas que el Tribunal Supremo se esfuerza por resolver. Si la guarda compartida se ha llegado a considerar como la fórmula más beneficiosa para los hijos del matrimonio separado o divorciado, ahora se advierte la conveniencia de ofrecer una nueva fórmula del concepto de vivienda familiar que se adapte mejor a aquella. No será el único desajuste. En supuesto análogo resuelto por STS de 12 de mayo de 2017 se señala un plazo de tres años, en razón a las circunstancias concurrentes (sentencia extractada en *ADC* 2018, pp. 1719 ss., anotada por mí, p. 1721). Otros variados supuestos de guarda compartida, extractados y anotados por mí: STS de 16 de febrero de 2015, en *ADC*, 2016, pp. 1178 ss.; STS de 15 de julio de 2015, en *ADC*, 2017, pp. 326 ss.; STS 21 de diciembre de 2016, en *ADC*, 2017, pp. 1361 ss. (*G. G. C.*)

**24. Separación: Modificación de medidas: Atribución de la vivienda a uno de los cónyuges.**—El esposo instó mediante demanda presentada el 5 de septiembre de 2014 la modificación de las medidas definitivas, acordadas en sentencia de separación de 27 de septiembre de 2012, respecto de las pensiones alimenticias en favor de la esposa y los hijos y la atribución de la vivienda familiar instando que se le atribuyera al demandante en lugar de a la esposa. La demandada contestó a la demanda, solicitando la desestimación de la demanda y formulando reconvencción, en la que instaba que se devolviera el uso de la vivienda que le había sido atribuida en sentencia a sus legítimos propietarios considerando como tal a la hija de ambas partes, Remedios. El demandado se opuso a la reconvencción, alegando que, efectivamente, se trataba de vivienda familiar y el suyo era el interés más necesitado de protección. Así como que la vivienda era en realidad de su propiedad, siendo la titularidad registral de su hija como propietaria meramente formal. Se dio traslado al Ministerio Fiscal, que había interesado se le tuviera por personado y parte, presentó después escrito justificando su intervención por la existencia de hijos menores de edad, pese a que en autos consta que todos los hijos eran mayores de edad.

El 10 de junio de 2015, el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia e Instrucción núm. 4 de Chiclana de la Frontera dictó sentencia, en autos de juicio de modificación de medidas estimando parcialmente la demanda, suprimiendo las pensiones de alimentos, desestimó la pretensión de atribución de la vivienda por considerar que es improcedente pronunciarse al respecto, al no tener el inmueble el carácter de vivienda familiar, finalmente desestimó la reconvencción.

El 18 de julio de 2016, la Sección 5.<sup>º</sup> de la Audiencia Provincial de Cádiz, aclarada por auto de 7 de septiembre de 2016, corrigiendo el error en la identificación del juzgado de procedencia, estimó el recurso formulado por el demandante, considerando que el inmueble en cuestión tiene el carácter de vivienda familiar, porque así lo consideran las partes, que no recurrieron la sentencia de separación. Considera que es un hecho nuevo relevante el que

las personas a cuyo favor se estableció el uso de la vivienda ya no la ocupen ni reclamen tal uso y en función de ello atribuye el mismo al apelante/demandante. Hace expresa reserva de las acciones legales que pudieron corresponder a terceras personas en cuanto a la propiedad del inmueble. Contra dicha sentencia se interpone por la demandada recurso de casación.

La parte recurrente utiliza el ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, que constituye la vía casacional adecuada, habida cuenta de que el procedimiento se tramitó en atención a la materia. El recurso se articula en un motivo en el que se invoca la infracción de la doctrina de esta Sala sobre la atribución de la vivienda familiar, en dos aspectos: (i) No cabe pronunciamiento en el proceso de separación o divorcio respecto de inmuebles que no tengan el carácter de vivienda familiar. (ii) En caso de pronunciarse al respecto, en los supuestos en que los hijos son mayores de edad, sólo puede atribuirse el uso de la vivienda al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección y por tiempo limitado.

Son hechos acreditados y no contradichos que la vivienda fue familiar y en la que residió la esposa con los hijos, en virtud de atribución en el proceso matrimonial, no está ocupada por ella. La demandada reside actualmente en Alicante, ciudad a la que se trasladó. La vivienda es de titularidad registral de la común hija Remedios, la que declaró la obra nueva y edificó sobre finca indivisa. Remedios no ha sido parte en el procedimiento, siendo mayor de edad y vive independiente, habiendo manifestado su oposición a que el padre resida en la vivienda.

La recurrente plantea si es correcto que la Audiencia Provincial se pronuncie sobre la atribución al otro cónyuge del uso de dicha vivienda, en el supuesto de que se considere que no tiene el carácter de vivienda familiar. La vivienda no se encuentra ya ocupada por la esposa a quien se le atribuyó el uso y quien considera ya extinguido su derecho. Y si en caso de atribuirse dicha vivienda, debe serlo en todo caso fijando un límite temporal.

**Gravamen para recurrir.**—La recurrente no pretende la vivienda para sí, sino para una hija mayor de edad, entendiendo que su hija era la propietaria. La vivienda fue atribuida en procedimiento de separación conyugal a la esposa e hijos, pero la Sra. Marisa se trasladó de ciudad y los hijos son mayores de edad y no consta dependencia económica. A la vista de estas circunstancias, la Sala acordó oír a las partes sobre la existencia de gravamen. Estudiadas las alegaciones de las dos partes, procede declarar de acuerdo con el artículo 448 LEC que la Sra. Marisa ostenta legitimación suficiente para recurrir, dada la existencia de gravamen o potencial perjuicio que pudiera resultar de la tramitación del presente recurso dado que: (i) el presente procedimiento de modificación de medidas lo es de las acordadas en procedimiento de separación conyugal, con lo que se acuerde en el mismo, no cierra la vida jurídica del matrimonio; (ii) si se mantuviese la declaración de la vivienda como vivienda familiar, la Sra. Marisa quedaría afectada por las cuestiones económicas derivadas de esta atribución; (iii) la Sra. Marisa tendría que seguir litigando en futuros procedimientos de familia por la cuestión relativa a la vivienda familiar y siempre partiendo de lo que se declarase en la presente sentencia, la cual, por tanto, le afecta.

El artículo 448.1 LEC establece que se podrán recurrir las resoluciones judiciales perjudiciales que «afecten desfavorablemente» a las partes.

La sentencia 188/2012, de 27 de marzo declara que «el recurso de casación exige un interés para recurrir –gravamen–, el cual puede ser económico, o estrictamente jurídico, pero en todo caso ha de suponer que se pretende

eliminar un posible perjuicio u obtener un beneficio propio, que no tiene quien ha sido absuelto en la sentencia». La sentencia 582/2016, de 30 de septiembre declara a su vez que es presupuesto de admisibilidad del recurso en el proceso civil (...) que la resolución recurrida afecte desfavorablemente al recurrente, por lo general una parte del proceso aunque excepcionalmente pueda ser un tercero al que alcancen los efectos de la cosa juzgada; que ese gravamen ha de ser propio del recurrente, pues no puede recurrirse por el perjuicio causado a otro; y que, como regla general, el perjuicio ha de concretarse en la existencia de un pronunciamiento desfavorable en el fallo o parte dispositiva de la resolución, aunque excepcionalmente pueda recurrirse cuando las declaraciones contenidas en la fundamentación jurídica de la resolución generen por sí solas un perjuicio para el recurrente, sin que la mera disconformidad de la parte con los razonamientos de la resolución constituya por sí misma un perjuicio».

La STC 17/2003, de 15 de septiembre, declara que: «El verdadero núcleo se halla en la determinación de si es preciso, como presupuesto del recurso, que el perjuicio que el recurrente sufra derive precisamente de la parte dispositiva de la resolución judicial (...) Nuestro sistema procesal no permite mantener semejante solución. En este sentido (...) es perfectamente imaginable la existencia de supuestos en los que las declaraciones de la resolución judicial, contenidas en su fundamentación jurídica, generen un perjuicio para el recurrente, con independencia absoluta del contenido de tal parte dispositiva. Y, sobre esta base, no existe razón alguna para negar, con carácter general, que la vía de los recursos pueda ser utilizada para la impugnación de aquellas declaraciones, so pretexto de una pretendida concepción de los recursos como limitados a aquellas pretensiones que tengan por objeto la alteración de la parte dispositiva de la resolución judicial recurrida, concepción limitada que no encuentra un fundamento jurídico que la sostenga, máxime teniendo en cuenta que con la misma se están restringiendo las posibilidades de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas, y, en consecuencia, afectando a un derecho fundamental de las mismas, el reconocido en el artículo 24.1 CE».

**Estimación del recurso.**—Con base en la siguiente doctrina: En la sentencia 284/2016, de 3 de mayo, la vivienda que fue familiar dejó de serlo por acuerdo entre los esposos y como consecuencia de la atribución al esposo del domicilio conyugal y la compra de otra vivienda por la esposa, a la que se trasladó a vivir con la hija, quedando satisfechas las necesidades de habitación. La sentencia recupera el carácter familiar de la vivienda que dejó de serlo por voluntad de los interesados, y ello contradice la jurisprudencia de esta Sala. La atribución del uso a la menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario, y esta tutela de los intereses del menor, siempre prevalentes, se procuró en su momento y se mantiene en la actualidad, que es ajena a las vicisitudes posteriores desde el momento en que dejó de tener el carácter al que la norma asocia el uso.

La sentencia 604/2016, de 6 de octubre, declara que la sentencia recurrida, utilizando el criterio del interés de los hijos mayores, contradice la doctrina de esta Sala, ha de ser casada, sin que ninguna influencia tenga el hecho de que existan otras viviendas al no ser posible fijar en procedimiento matrimonial el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar, que es al que se refiere el artículo 96 CC.

La STS 191/2011, de 29 de marzo, dictada en un caso en que la madre que ostentaba la guarda había pasado a habitar con su hija una casa propia y el progenitor propietario pedía la devolución, dijo que «cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios (...) no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. (...) La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96 ni en el artículo 7 CC».

La STS 695/2011, de 10 de octubre afirma, con cita de la STS 178/2011, que «para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia. Tal y como indica la sentencia del Pleno de esta Sala de 18 de enero de 2010, la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges nada tienen que ver con los terceros propietarios».

De lo expuesto se deduce que hay que estimar el recurso dado que no se trata de vivienda familiar, ya que dejó de serlo desde que la esposa se trasladó a Alicante y tampoco consta que el demandante tenga el interés más necesitado de protección, todo ello sin perjuicio de las acciones que las partes crean ostentar sobre la propiedad del inmueble. En la sentencia recurrida se atribuye al esposo una vivienda en su consideración de que era familiar, cuando había dejado de serlo. La atribución a la esposa lo fue en consideración a la edad de los hijos, y esta variable ha desaparecido dada la independencia de los hijos y el traslado de la madre de ciudad.

Se estima el recurso, se casa la sentencia recurrida, y asumiendo la instancia se confirma íntegramente la sentencia de 10 de junio de 2015, del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Chiclana de la Frontera. No procede imponer a la recurrente las costas de la casación, con devolución del depósito (arts. 394 y 398 LEC). **(STS de 27 de noviembre de 2017; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.] (G. G. C.)

**25. Contrato de alimentos indefinido en convenio regulador.**—El presente recurso tiene por objeto la cuestión de si cabe extinguir por desistimiento un contrato de alimentos pactado de manera voluntaria en casos en los que no existe una obligación legal de alimentos. Los antecedentes más relevantes para la decisión son los siguientes:

En un litigio anterior entre las mismas partes, esta Sala dictó la sentencia 758/2011, de 4 de noviembre. Esta sentencia que puso fin al proceso de su divorcio, confirmó las medidas adoptadas en el previo proceso de separación matrimonial que había aprobado el convenio regulador que las partes había suscrito el 17 de febrero de 2003. En ese convenio figuraba la cláusula 4.ª del siguiente tenor: «De las prestaciones que el esposo debe satisfacer a favor de la esposa para el levantamiento de las cargas familiares y asignación de pensión alimenticia al menor. 4.1) Alimentos a favor de la esposa. La esposa a partir de la focalización del presente convenio será contratada por D. Gonzalo, en los negocios que éste desarrolle en concepto de colaboradora-asociada,

con una percepción mensual equivalente a 6000 Euros de salario o contra-prestación neta, en el establecimiento denominado (...). Si por cualquier causa el esposo cambiara de explotación o de negocio, la obligación de mantenimiento del contrato de la esposa en calidad de colaboradora-asociada quedará subsistente, si bien podrá celebrarse sobre la nueva explotación de la que aquél fuera titular. Si el esposo incumpliera esta obligación o se produjera, a instancia de éste la resolución o cancelación antes mencionada, cualquiera que fuera la causa para ello, incluso el incumplimiento de las obligaciones contractuales, desde ese mismo momento el esposo queda obligado a satisfacer una cantidad equivalente de 6000 Euros en concepto de alimentos a favor de la esposa, garantizando a ésta, en todo momento, una prestación mensual equivalente. En todo caso la contratación de la esposa y su derecho al percibo de la cantidad establecida como prestación alimenticia, se configura como personal e intransferible, como derecho inherente a la persona de la esposa, sin que ésta pueda cederlo a tercero».

La citada sentencia 758/2011 sentó la siguiente doctrina sobre la anterior cláusula: «El convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los excónyuges. El pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentista deberá seguir prestándolos». De esta forma la sentencia 758/2011 desestimó la pretensión sostenida por el esposo en el proceso de divorcio de excluir del convenio regulador la cláusula transcrita, relativa a los alimentos a la esposa. Entendía el esposo que, producido el divorcio quedaba extinguida la obligación de alimentos, porque desaparecido el vínculo conyugal la prestación a favor de la esposa en todo caso debía cobijarse como pensión compensatoria, que en el convenio se excluyó expresamente por la razón de que no había desequilibrio, dada la adjudicación de bienes que se hará a la esposa.

En el mes siguiente a la notificación de la sentencia 758/2011, el 17 de enero de 2012, don Gonzalo remite a doña Estíbaliz por conducto notarial la revocación formal del contrato de alimentos contenido en la cláusula 4.<sup>a</sup>1 del convenio regulador que habían suscrito en 2003, invocando el criterio jurisprudencial que permite a cualquiera de las partes dar por terminados los contratos indefinidos mediante su denuncia o revocación unilateral. El 10 de octubre de 2014, don Gonzalo interpone demanda contra doña Estíbaliz en la que solicita que se declare resuelto el contrato de alimentos gratuito e indefinido contenido en la cláusula 4.1 del convenio regulador con efectos de 17 de enero de 2012 o, subsidiariamente, con efectos desde la fecha de la interposición de la demanda o desde la fecha de la que declare resuelto el contrato. La esposa se opuso alegando cosa juzgada (art. 222 LEC), y preclusión (art. 400 LEC.), por basarse el demandante en otros argumentos para solicitar lo que ya pretendió en el proceso de divorcio. Sostiene que la pensión se pactó con carácter indefinido, sin límite temporal, por lo que sólo procederá su extinción por fallecimiento y que carecen de relevancia las nuevas circunstancias del actor derivadas de su segundo matrimonio y de tener nueva descendencia.

El Juzgado desestima las dos excepciones procesales opuestas por la demandada y, entrando en el fondo desestima la demanda por considerar que las partes suscribieron un contrato del artículo 153 CC, producto de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC que, interpretado conforme a los artículos 181 y ss. CC, reconocía un derecho personalísimo, permanente, indefinido y vitalicio al que no le resultan de aplicación las causas de extin-

ción del artículo 152 CC. Don Gonzalo interpone recurso de apelación. Doña Estíbaliz se opone al recurso, pero no impugna la sentencia de primera instancia en lo que le sea desfavorable (art. 461.1 LEC), por lo que la Audiencia Provincial, sin entrar a analizar la cosa juzgada, circunscribe su análisis a los estrictos términos objeto del recurso de apelación, conforme al artículo 465.5 LEC, según la cual la resolución «no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado.»

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación del demandado con apoyo en la sentencia 758/2011, argumentando: (i) No se trata de la obligación legal e imperativa de alimentos entre parientes, sino de unos alimentos voluntarios y asumidos contractualmente por el obligado a prestarlos, por lo que si hubiera querido establecerse un límite temporal a la prestación alimenticia así se hubiera hecho constar y, no haciéndolo así, es de suponer que la obligación pactada tenía una firme voluntad de permanencia en el tiempo; (ii) La sentencia 758/2011, confirmó las medidas adoptadas en los autos de separación de mutuo acuerdo de las partes, que podrán ser modificadas cuando se alteren las circunstancias, pero que no concurren en el caso los presupuestos para la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*» porque las posibles alteraciones que hayan podido experimentar las partes desde el divorcio obedecen al devenir de los negocios cuya titularidad ostentaban y al entramado de complejas relaciones económicas y diferentes interpretaciones que sobre las mismas mantienen, que han dado lugar a varios procedimientos judiciales entre ellos, fundamentalmente dirigidos a la extinción de la copropiedad de las acciones y participaciones de diferentes sociedades. (iii) No puede equipararse el contrato celebrado por las partes al arrendamiento, en el que el elemento temporal está ínsito en la ley (art. 1543). Tampoco a los contratos de duración indefinida como el de obra, la sociedad, el mandato, el comodato o el depósito, en los que se admite la resolución unilateral como excepción al artículo 1256 CC, siempre que sea de buena fe y se ejercite de forma no abusiva, porque en el caso el marido quedó vinculado a pagar la pensión en caso de incumplimiento de la obligación preestablecida de contratación, o en caso de resolución de la contratación laboral y aun para el caso de que la esposa incumpliere sus obligaciones laborales. (iv) Los alimentos contractuales se rigen por lo pactado y solo subsidiariamente por las normas de alimentos entre parientes. En el caso no concurren las circunstancias del artículo 152.2.º CC de venir el alimentante a peor fortuna porque, además de la nómina que admite percibir, se ha adjudicado 1.348.791,16 euros de la liquidación de gananciales y aun quedan dos sociedades vigentes. Tampoco concurre la circunstancia del artículo 152. 3.º porque convinieron ambos cónyuges que en la liquidación se adjudicarán mayores liquidaciones a la esposa para compensar el desequilibrio que le suponía el divorcio, además de que la prestación alimenticia es una consecuencia del incumplimiento de la obligación de contratación de la esposa en el negocio que el esposo ostentaba en ese momento o del que pudiera ser titular con posterioridad.

Don Gonzalo interpone recurso en el que solicita la casación de la sentencia y que se dicte otra en el sentido solicitado en su demanda. Se funda en un único motivo en el que denuncia infracción del artículo 152 CC, en relación con los artículos 1255 y 1583 CC. Doña Estíbaliz presenta escrito de oposición al recurso en el que sostiene que la sentencia 758/2011 calificó el pacto como un contrato de alimentos oneroso, regulado en los artículos 1791 y ss. CC, y que se mantiene en la actualidad la situación de falta de contrata-

ción de los servicios de doña Estfbaliz, por lo que subsiste la causa que dio origen al pacto alimenticio 4.1 del convenio, siendo inoperantes las causas de extinción referidas a las causas sobrevenidas.

La Sala considera oportuno exponer previamente algunas previsiones. 1.<sup>ª</sup>) Doña Estfbaliz reitera la excepción que opuso en la contestación de la demanda de cosa juzgada, al entender que la sentencia 758/2011 impedía volver a pronunciarse sobre la extinción de los alimentos. Sucede que la sentencia de la Audiencia Provincial fue favorable a doña Estfbaliz, al confirmar la desestimación de la demanda, de ahí que no está previsto el trámite de impugnación en el recurso de casación. Pero lo cierto es que tampoco impugnó la sentencia de primera instancia en lo que le fuera desfavorable, por lo que la Audiencia Provincial no se pronunció, ni tampoco puede hacerlo ahora esta Sala, sobre la excepción de cosa juzgada y preclusión que, por lo demás, de manera razonable, el juzgado desestimó con el argumento de que en el primer proceso se trataba de la extinción de alimentos pactados en convenio regulador como consecuencia del divorcio y el demandante ahora recurrente inicia el presente proceso alegando la extinción de la obligación por haber cesado la causa de liberalidad, por lo que debe admitirse el desistimiento, así como por la concurrencia de las causas de extinción del artículo 152 CC.

En atención a la seguridad jurídica debemos partir de la interpretación que de la cláusula 4.1 del convenio regulador suscrito por las partes hizo la sentencia de esta Sala 758/2011: «El recurso presenta interés casacional, por resolver cuestiones sobre las que existe doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, en la aplicación de los artículos 155 y 1255, y 90 y 91 CC sobre la compatibilidad del divorcio con el mantenimiento de los pactos que establecen alimentos entre los firmantes del convenio regulador en un procedimiento de separación previo. Dice que la interpretación de la sentencia recurrida es «totalmente equivocada» y que no hay doctrina unánime en las Audiencias Provinciales, que se pronuncian de manera contradictoria. A favor de la validez del pacto de reconocimiento de una prestación de alimentos en un convenio regulador: varias resoluciones de la Audiencia Provincial de Barcelona y de la Audiencia Provincial de Málaga (Melilla). En contra, varias sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, Murcia y Cádiz.

En consecuencia de estos argumentos, el recurso pide que se pronuncie la Sala en unificación de doctrina. El motivo se estima.

**El convenio regulador como negocio jurídico de Derecho de familia.**— El convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia que se otorga con ocasión de la crisis matrimonial y que puede presentar un contenido atípico. La autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en la STS de 22 de abril de 1997, que puso de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: «en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 CC». Del mismo modo, pueden existir pactos referidos a las consecuencias del matrimonio fuera del propio convenio, ya sea en unas capitulaciones matrimoniales, ya sea en documentos complementarios. De aquí se deduce que los cónyuges pueden pactar un contrato de alimentos en el convenio regulador, que tendrá las características del artículo 153 CC, se tratará de

alimentos voluntarios, que pueden ser onerosos, en cuyo caso se regirán por lo dispuesto en el artículo 1791 CC, o gratuitos, como ocurre en este caso. El pacto de alimentos debe incluirse en esta categoría porque los contratantes no tienen ya un derecho legal a reclamárselos al haber cesado su cualidad de cónyuges. Nada obsta a que el convenio regulador de separación regule de forma voluntaria los efectos económicos del divorcio, siempre y cuando las circunstancias lo permitan.

La sentencia recurrida califica correctamente el acuerdo entre los cónyuges como un pacto que contenía «una verdadera prestación alimenticia», lo que aparece confirmado por la conducta posterior de las partes. Sin embargo, no tiene en cuenta que dicha prestación debe mantenerse en el procedimiento de divorcio, dada su naturaleza de contrato. En efecto, el divorcio no puede constituir una causa de cese de los efectos del contrato sobre los alimentos, porque: a) hay que reconocer la validez del pacto en virtud de la autonomía de la voluntad de los cónyuges; b) de acuerdo con las cláusulas del propio convenio, la prestación de alimentos pactada viene a constituir una forma de compensar a la esposa, que era propietaria del 50% del negocio en el que el marido decía contratar sus servicios, de modo que en caso de incumplimiento del contrato o de cesación en la actividad por cualquier causa, se establecían estos llamados «alimentos», que en realidad no constituyeron una consecuencia de la crisis matrimonial, sino de las relaciones económicas, no claramente explicadas, que mantenían los cónyuges, y c) en el propio convenio no se determinó la forma o causa de cesación del derecho voluntariamente establecido. La razón por la que la sentencia 758/2011 declaró que procedía mantener la obligación de satisfacer el derecho de alimentos establecido en el convenio regulador de separación, a pesar del divorcio, era que no se trataba del derecho legal de alimentos, sino de una obligación de origen voluntario, nacida de un contrato, válido al amparo de la autonomía de la voluntad. La cuestión jurídica que se plantea ahora es la de si procede admitir como causa de extinción del derecho de alimentos pactado voluntariamente, el desistimiento unilateral del obligado. El esposo pretende que se declare extinguida su obligación porque considera que no se trata de un vitalicio, que se prolongaría hasta el fallecimiento de la alimentista, sino de un contrato de alimentos indefinido, regulado por el artículo 153 CC. Argumenta que es un contrato gratuito, basado en la pura liberalidad, que ya ha cesado, y que resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial que permite poner fin a los contratos de duración indefinida mediante declaración unilateral.

El recurso se desestima por las siguientes razones. La sentencia recurrida no infringe el artículo 152 CC sobre extinción de los alimentos entre parientes. Salvo pacto en contrario, al derecho de alimentos que nace de un contrato no le son de aplicación las causas de extinción del artículo 152 CC, por lo que la sentencia recurrida, al entenderlo así, no infringe el precepto. Aunque el artículo 153 establece que las disposiciones que se ocupan de los alimentos entre parientes en el Código Civil son aplicables a los casos en que por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo cierto es, sin embargo, que el alcance de esa remisión legal es muy limitado. En efecto, los alimentos contractuales no se fundamentan necesariamente en la situación de necesidad del beneficiario ni dependen de la situación económica de los contratantes. Por eso, en el contrato de alimentos que regula el Código Civil, la extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerán de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni las del caudal de quien los recibe (art. 1793 CC).

Por eso las causas extintivas no son las aludidas en el artículo 152, salvo la muerte del alimentista (art. 1794 CC). Pero, en cambio, el alimentista puede optar por resolver el contrato si se incumple la obligación de alimentos (art. 1795) y son de aplicación las causas generales de extinción de las obligaciones.

Aparte de que la cita del artículo 1255 CC por sí misma es demasiado genérica para fundar el recurso de casación, la sentencia recurrida no infringe la autonomía privada, porque respeta el acuerdo alcanzado por las partes en el año 2003. Al amparo de aquel cabe que las partes pacten una variedad heterogénea de tipos de contratos en función de sus intereses: contratos de naturaleza personal o real, con causa onerosa o gratuita, a cambio de contraprestación o sin ella y durante cualquier espacio de tiempo. En el caso litigioso, las partes incluyeron en el convenio regulador una obligación de pago de una renta mensual a cargo del marido y a favor de la mujer que era consecuencia de las relaciones económicas que mediaban entre ellos. La causa del contrato no era la mera liberalidad, la generosidad del esposo, ni respondía a un acto desinteresado. No es un contrato gratuito ni procede una interpretación a favor de la menor transmisión de derechos, contra lo que sostiene el recurrente con invocación de los artículos 1274 y 1289 CC.

La sentencia recurrida, al considerar que la obligación del ex marido no se ha extinguido por su declaración de revocación y que tampoco procede la declaración judicial de extinción por ese motivo, no contradice la doctrina jurisprudencial que reconoce una facultad de desistimiento en los contratos en los que no se ha acordado una duración predeterminada porque tal doctrina no resulta de aplicación en este caso. En el ámbito del contrato de alimentos, la admisibilidad del desistimiento unilateral, es polémico en la doctrina jurisprudencial. (i) Así la sentencia 415/1965, de 28 de mayo, confirmó la interpretación del contrato realizada por la Audiencia Provincial, porque consideraba con criterio lógico lo convenido por las partes, sin que hubiera infracción del artículo 1256 CC, al considerar incluida en el contrato concertado la facultad del alimentista de recuperar la finca abonando los gastos de manutención y medicinas generados hasta entonces. Se consideró que sería absurdo un compromiso que obligara al alimentista a convivir hasta su fallecimiento con los alimentantes, por lo que era lógico que pudiera dejar sin efecto en cualquier momento el contrato concertado, exonerando a la otra parte de sus deberes de cuidado. Esta conclusión se alcanzó a la vista de las condiciones de un contrato en el que las partes simulaban una venta de la finca por parte de la alimentista a los alimentantes y en el que la primera se reservaba la facultad de recuperar la finca sin pagar precio pero abonando los gastos, incluidos los de alimentos y medicinas que hubiera originado su cuidado hasta entonces. (ii) Esta doctrina fue aceptada por la sentencia 302/1972, de 29 de mayo: La sentencia rechazó que constituyera infracción del artículo 1256 CC la atribución en el contrato de la facultad del acreedor de alimentos de prescindir voluntariamente de ellos, porque no podía ser obligado a la convivencia ni a recibir asistencia y cuidado. En el caso fue la propia acreedora de alimentos quien planteó la cuestión por primera vez en casación, en un pleito en el que había solicitado la declaración de nulidad por simulación por falta de precio de una escritura de venta de una finca. La Sala descartó que se tratara de una compraventa porque la causa fue el compromiso de la adquirente de habitar con la otorgante, prestarle alimentos y cuidarle. (iii) Con posterioridad la sentencia de 2 de julio de 1992 da por buena esta doctrina. En el caso se había ejercido con éxito la resolución del contrato a instan-

cia del alimentista, que solicitaba la restitución de las fincas transmitidas por incumplimiento de la alimentante de sus obligaciones de cuidado y asistencia; la alimentante alegó en casación la aplicación por analogía de los artículos 1802 y 1805 que permiten al perceptor de los alimentos reclamar su cumplimiento pero no resolver el contrato. Para rechazar esta tesis, la Sala, con cita de la sentencia 415/1965, afirma que el vitalicio es un contrato autónomo, diferente de la renta vitalicia, en el que también se puede pactar el apartamiento unilateral cuando los alimentos cuando los alimentos hayan de prestarse en régimen de convivencia.

En definitiva, la doctrina de estas sentencias no es ajena a la consideración de los problemas de convivencia que pueden surgir en el ámbito de una relación de cuidado en la que el alimentante (deudor de los alimentos) se obliga a tener al alimentista (acreedor de alimento) en su compañía. Contemplan además casos en los que la facultad de desistimiento se atribuye al acreedor de alimentos en virtud del contrato, lo que se considera lógico cuando se trata de «vitalicio» y no de «renta vitalicia». Junto a ello, se tienen en cuenta los efectos del ejercicio de tal facultad, de modo que el alimentista podría recuperar «el capital» que cedió a cambio de los alimentos, sin perjudicar al alimentante, que tendría derecho al abono de los gastos (incluidos los de manutención en que hubiera incurrido antes de que se pusiera fin a la relación).

La regulación del contrato de alimentos introducida en el Código Civil en 2003 permite a cualquiera de las partes exigir la transformación de la prestación de alimentos en una pensión cuando se haya pactado la convivencia y concurren circunstancias graves que impidan la pacífica convivencia (art. 1792 CC).

El Código civil no contempla la posibilidad de desistimiento. Sí lo hace, en cambio, para el vitalicio, la Ley gallega 2/2006, de 14 junio, de Derecho civil, que permite a quien se ha comprometido a prestar alimentos hasta el fallecimiento del alimentista a desistir del contrato, pero restituyendo los bienes que haya recibido en virtud del contrato mientras que, a quien recibe los alimentos, solo le reconoce la facultad de resolver el contrato en caso de incumplimiento de la prestación alimenticia (arts. 152 y 153).

El Código civil tampoco contempla que se pueda pactar un desistimiento unilateral. Sin embargo, no lo excluye y es evidente que quedaría amparado por el artículo 1255 CC. Este pacto no sería contrario al artículo 1256, dado que «no significa ni representa entregar la validez y cumplimiento de un contrato a uno de los contratantes, sino autorizar para que pueda poner fin a una situación jurídica determinada y expresamente convenida» (sentencias 746/1999, de 22 septiembre, y 314/2004, de 13 abril). Desde esta perspectiva, se recoge expresamente la extinción del contrato de alimentos por el desistimiento unilateral del contratante en la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil.

En ausencia de revisión legal y de pacto que la otorgue, debe negarse la facultad unilateral de extinguir la obligación de pago de una renta pactada voluntariamente. De una parte, porque en la obligación de pagar periódicamente una renta no juega la especialidad de la prestación de alimentos en régimen de convivencia, que permitiría, en las condiciones apuntadas anteriormente, aun sin pacto expreso, reconocer la facultad de desistimiento. De otra parte porque, tanto si se establece por tiempo determinado fijado expresamente como si se hace por referencia a un acontecimiento, la obligación no carece de plazo de duración. Incluso si ese acontecimiento es la muerte de una persona determinada (arts. 1791 y 802 CC) porque, por mucho que sea

incierto, es seguro que ha de llegar. Otra cosa es que la obligación pudiera modificarse o incluso quedar extinguida si su cumplimiento resultara imposible o extraordinariamente oneroso como consecuencia de un cambio de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento del nacimiento de la obligación, lo que en el presente caso fue descartado por la sentencia recurrida y el recurrente ya no plantea en casación.

En el presente caso litigioso, la razón de la obligación de pago de la renta se conectaba a los negocios de los ahora exesposos y el pago de la cantidad pactada era subsidiaria del salario que correspondería a la esposa por su contratación como colaboradora-asociada en los negocios que el marido desarrollara, incluso si cambiaba de explotación o negocio. Subsidiaria del salario porque la obligación de satisfacer la prestación mensual pactada como «alimentos» nacía en el caso de que el esposo incumpliera la obligación de contratarla o resolviera o cancelara el contrato por cualquier causa, incluso el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Dado ese carácter subsidiario del salario, aunque se pudiera entender que la obligación se pactaba hasta la edad de la jubilación de la esposa y no hasta su fallecimiento, es evidente que antes de ese momento la sola voluntad del obligado no permitiría extinguir la relación. No solo por tener plazo de duración sino porque en caso contrario quedaría en sus manos la subsistencia del pago de la cantidad mensual pactada, algo que el convenio quiso evitar al declarar que se «garantizaba» a la esposa la prestación mensual tanto si la contrataba, como si no lo hacía como si, después de contratarla ponía fin al contrato por cualquier causa.

Procede desestimar el recurso, con imposición de costas. (STS de 20 de noviembre de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. M.<sup>a</sup> de los Angeles Parra Lucán.]

NOTA.—Supuesto de hecho extraordinariamente complejo, debido, en parte, a las singulares relaciones mantenidas *inter partes*, antes, durante y después de su litigio matrimonial, no siempre bien aclaradas. La sentencia trata de determinar con claridad el objeto del proceso para aplicar la regla adecuada y justa. Empeño, a mi juicio, claramente logrado. (G. G. C.)

## 26. Sociedad de gananciales: Indemnización por incapacidad permanente absoluta percibida por uno de los cónyuges antes del divorcio.—

Los antecedentes más relevantes son los siguientes: Doña Sacramento y don Rosendo contrajeron matrimonio el 4 de noviembre de 1989. El 6 de mayo de 2013 se admite a trámite la demanda de divorcio y el 25 de septiembre de 2013, doña Sacramento presenta solicitud de formación de inventario, al amparo del artículo 808 LEC. Citados los cónyuges, en el acto celebrado el 19 de diciembre de 2013 don Rosendo manifiesta que se opone parcialmente a la propuesta presentada por doña Sacramento. En el mismo acto, cada una de las partes solicita la inclusión en el inventario de otras partidas sobre las que tampoco alcanzan un acuerdo. Conforme al artículo 809 LEC, se ordena la continuación de la tramitación conforme a los trámites del juicio verbal. Los litigantes discrepan acerca de la naturaleza, privativa o ganancial, de la indemnización en concepto de incapacidad permanente absoluta percibida por don Rosendo antes del divorcio, abonada por la compañía aseguradora Antares, que tenía concertada con la Telefónica en la que trabajaba éste una

póliza de seguro colectivo que cubría el siniestro acaecido. Doña Sacramento defiende que la indemnización es ganancial, de acuerdo con el artículo 1347 CC, porque la indemnización se percibe por un beneficio social que concede la empresa a sus trabajadores y no se indemnizan los daños sufridos (art. 1346.6.º CC), ni es inherente a la persona (incluido en el art. 1346. 5.º). Don Rosendo argumenta que, de acuerdo con el artículo 1346, la indemnización es privativa, pues ha sido abonada por un seguro como consecuencia de haber sido incapacitado para toda profesión, por lo que se trataría de un bien inherente a la persona incluido en el artículo 1346.5.º CC. La sentencia del Juzgado estima parcialmente la demanda y declara que el activo del inventario de la sociedad de gananciales del matrimonio formado por los litigantes se encuentra constituido por la «indemnización percibida por don Rosendo por el importe bruto de 107.046,25 euros, deduciendo 47,52 euros, y líquido de 67.486,67 euros (37 % de retención)». El Juzgado cita las SSTs de 25 marzo 1988, 26 junio 2007 y 18 junio 2008, así como algunas sentencias de las Audiencias Provinciales de Granada y Sevilla. Razona así: «La indemnización por incapacidad permanente absoluta recibida en base a la póliza de seguro fue percibida por el Sr. Rosendo antes de la sentencia de divorcio y mientras estaba vigente la sociedad de gananciales. Debe ser considerada como activo de la sociedad de gananciales porque la jurisprudencia ha señalado que las cantidades percibidas en concepto de indemnización por un cónyuge por una póliza de seguros que cubra el riesgo de invalidez no constituyen un bien privativo incluido en el artículo 1346.6 CC, sino que se integra en el contenido del artículo 1347. 1 CC. El Tribunal Supremo ha establecido que las indemnizaciones obtenidas por uno de los cónyuges por una póliza de seguros que cubría el riesgo de invalidez, no están incluidas en el artículo 1346.6 CC, porque su carácter es totalmente económico o patrimonial, basado en su derecho al trabajo, pero que no se confunde con este, por ser una consecuencia económica y permanente que se hace común en el momento en que se percibe por el beneficiario trabajador y, por consiguiente, ingresa en el patrimonio conyugal, que al disolverse la sociedad de gananciales ha de liquidarse y repartirse».

Don Rosendo interpone recurso de apelación en el que, entre otras cuestiones, impugna la calificación de la indemnización como bien conyugal. La Audiencia lo desestima y confirma la sentencia de primera instancia. Basa su decisión en que no existe diferencia en este punto entre el régimen civil de gananciales y el navarro de conquistas. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de primera instancia, basándose en que no existe diferencia en este punto entre el régimen del Código Civil y el navarro de conquistas, y en que las otras dos sentencias citadas por el Juzgado aplican el Código Civil.

Don Rosendo interpone casación en su modalidad de interés casacional, que identifica con la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. La indemnización percibida por don Rosendo afecta a su aptitud o capacidad laboral, por lo que es un bien inherente a la persona y debe calificarse como bien privativo del artículo 1346.5.º y no como bien ganancial del artículo 1347.1.º CC. Argumenta que después de la sentencia de la Sala de 25 de marzo de 1988, ha habido un cambio de criterio a partir de la STS de 22 de diciembre de 1999 (que se refiere a la indemnización cobrada al amparo de un plan de bajas anticipadas que colocó al esposo en situación de jubilación). La postura mayoritaria de las Audiencias Provinciales es la de considerar que la indemnización por incapacidad absoluta

tiene carácter privativo. No es aplicable la doctrina de las sentencias citadas por las dos sentencias de instancia porque son supuestos diferentes: de una parte porque en el presente caso el pago de la póliza concertada por la empresa para la que trabajaba el esposo se hacía por la propia empresa, no por el trabajador; de otra parte, porque la indemnización percibida no se calculaba en función del salario el trabajador, sino de la cantidad fijada en el contrato de seguro.

Doña Sacramento presenta escrito de oposición, alegando que las sentencias aportadas no son aplicables al caso por referirse a supuestos diferentes. No se trata de una indemnización procedente del Instituto Nacional o de la Tesorería General de la Seguridad Social, donde la concesión de la indemnización determina la imposibilidad de prestar un servicio o actividad, sino ante una cobertura de un seguro que determina única y exclusivamente un monto económico con independencia de la causa para su concesión. Concluye que, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria, la indemnización por incapacidad permanente absoluta recibida en base a una póliza de seguros que cubra el riesgo de invalidez no constituye un bien privativo incluido en el artículo 1346.6.º, sino que se integra en el contenido del artículo 1347.1 CC.

Primero la Sala rechaza el óbice de inadmisibilidad del recurso, pues concurre interés casacional suficiente ya que no existe jurisprudencia sobre el caso, y está recibiendo respuestas diferentes en las distintas Audiencias Provinciales. La única sentencia de la Sala que se ocupa de la indemnización por invalidez permanente absoluta pagada a un cónyuge por un seguro de grupo concertado por la empresa en la que trabajaba es la de 25 de marzo de 1988. En otras sentencias la Sala se ha pronunciado sobre la naturaleza privativa o ganancial de pensiones e indemnizaciones de diferente naturaleza y función cobradas por los cónyuges en circunstancias no idénticas. Así: (i) Sobre indemnización por despido cobrada durante la vigencia de la sociedad; (ii) sobre indemnización por despido cobrada después de la vigencia de la sociedad, (iii) sobre planes de pensiones contratados por la empresa; (iv) sobre jubilación anticipada; (v) sobre pensión de jubilación. La jurisprudencia recaída en los mencionados casos se ocupan de prestaciones e indemnizaciones reconocidas, por la ley o por acuerdos voluntarios (seguros privados concertados por el cónyuge y seguros colectivos de mejora de las prestaciones sociales contratados por la empresa, con diferente procedencia del dinero empleado para la satisfacción de las primas, aportaciones o cotizaciones) que cubren riesgos o acontecimientos de diferente naturaleza, y, por tanto, cumplen distinta función. Además, según los casos, las prestaciones y las indemnizaciones se han devengado, totalmente o solo en parte, durante la vigencia de la sociedad y se han podido cobrar, durante la vigencia de la sociedad o con posterioridad a su extinción, bien como pensión o mediante el pago de un capital. De ahí que, en cada caso, deba analizarse el carácter ganancial o privativo de las indemnizaciones y de las pensiones en función de su naturaleza sustitutiva del salario o del carácter compensatorio que de un bien privativo deba atribuírseles. En consecuencia, ante la riqueza y heterogeneidad de los supuestos que pueden suscitarse en la realidad práctica, a efectos de no oscurecer el razonamiento, conviene precisar que, dada la naturaleza del recurso de casación, esta sentencia se pronuncia exclusivamente sobre el problema jurídico debatido en el presente recurso: la indemnización por incapacidad permanente absoluta cobrada por un cónyuge durante la vigencia del régimen de gananciales en virtud de una póliza concertada por la empresa en que trabajaba.

La Sala se aparta del criterio seguido en un caso semejante por la STS de 25 de marzo de 1988, y entiende que concurren razones para sostener que la indemnización por incapacidad permanente absoluta cobrada por un cónyuge durante la vigencia de la sociedad en virtud de una póliza colectiva de seguro concertada por la empresa para la que trabajaba tiene carácter privativo, y ello por las siguientes razones:

1.<sup>a</sup>) En ausencia de norma expresa sobre el carácter privativo o ganancial de determinado bien o derecho, la resolución de los conflictos que se susciten debe atender a la naturaleza del derecho y al fundamento por el que se reconoce, aplicando los criterios que la ley tiene en cuenta para supuestos semejantes.

2.<sup>a</sup>) La invalidez permanente es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presente reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. En la legislación de la Seguridad Social, la incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasifica en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado. En particular, lo característico de la incapacidad permanente absoluta es que el trabajador está inhabilitado por completo para toda profesión u oficio, con independencia de que la situación sea revisable y de que el cobro de la pensión vitalicia sea compatible, hasta la edad de acceso a una pensión de jubilación, con actividades lucrativas compatibles con la incapacidad absoluta (arts. 136, 137, 139 y 141 del RDL 1/1994 de 20 junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, objeto de modificaciones puntuales en varias ocasiones y de desarrollos reglamentarios y, en la actualidad, de lo dispuesto en los artículos 193, 194, 196.3, 198 y disposición transitoria vigésima sexta del RDL 8/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

En consecuencia, por su propia naturaleza y función, la titularidad de esta pensión guarda una estrecha conexión con la personalidad (es inherente a la persona, art. 1346.5.º CC) y con el concepto de resarcimiento de daños personales (art. 1346.6.º, con independencia de que hayan sido «inferidos» por otra persona, sean consecuencia de un accidente o procedan de una enfermedad común). Atendiendo, por tanto, a los criterios presentes en los apartados 5.º y 6.º del artículo 1346, la titularidad de la pensión derivada de una incapacidad permanente debe ser calificada como privativa. En efecto, tal pensión dispensa protección a quien ve mermada su capacidad laboral como consecuencia de una enfermedad o de un accidente; se dirige a compensar un daño que afecta a la persona del trabajador, la ausencia de unas facultades que tenía y que ha perdido, lo que en el futuro le mermará las posibilidades de seguir obteniendo recursos económicos por la aplicación de esas facultades. El reconocimiento del carácter privativo de la pensión tiene como consecuencia que, después de la disolución de la sociedad, el beneficiario no debe compartir la pensión con su cónyuge (ni, en su caso, con los herederos del cónyuge premuerto).

Cuestión distinta es que, en ausencia de norma específica que diga otra cosa, las cantidades percibidas periódicamente durante la vigencia de la sociedad tienen carácter ganancial, dado que el artículo 1349 CC no distingue en función del origen de las pensiones y atribuye carácter común a todas las cantidades devengadas en virtud de una pensión privativa durante la

vigencia de la sociedad, a diferencia de lo que hacen otros derechos, como el aragonés (arts. 210. 2.º y 212 del Código de Derecho Foral de Aragón).

3.ª) Junto a las prestaciones de la Seguridad Social básica o pública, son posibles mejoras voluntarias implantadas por la iniciativa privada, dirigidas a incrementar las coberturas. Una de las fórmulas es la del seguro. Así sucede en este caso en que la Telefónica tenía concertada con Antares una póliza de seguro colectivo. La indemnización pagada por la aseguradora que cubre la contingencia de la incapacidad permanente se dirige, al igual que el reconocimiento derivada de la incapacidad, a reparar el daño que deriva de la merma de la capacidad laboral y sus consecuencias económicas respecto de los eventuales ingresos derivados del trabajo. Con independencia de que el pago de las cuotas del seguro lo realizara la empresa para la que trabajaba el beneficiario, el hecho generador de la indemnización es la contingencia de un acontecimiento estrictamente personal, la pérdida de unas facultades personales que en cuanto tales no pertenecen a la sociedad. Que la sociedad se aproveche de los rendimientos procedentes del ejercicio de la capacidad de trabajo no convierte a la sociedad en titular de esa capacidad. El contenido económico de la indemnización y que, una vez percibida, resulte transmisible, no hace perder a la indemnización su carácter privativo e inherente a la persona. Puesto que la indemnización está destinada a asegurar una utilidad personal al cónyuge beneficiario no sería razonable, dada su función, que al disolverse la sociedad correspondiera una parte al otro cónyuge (o, incluso, en su caso, a los herederos del cónyuge).

Aplicando lo expuesto al caso litigioso debe concluirse que la indemnización percibida por don Rosendo tiene carácter privativo, y, al no entenderlo así la sentencia recurrida, infringe el artículo 1346 CC y debe ser casada. En su lugar, asumiendo la instancia, y en virtud de todo lo razonado, procede dictar sentencia por la que se estima parcialmente el recurso de apelación de don Rosendo (en el que discutía otras partidas del inventario que no han sido objeto de impugnación en el presente recurso) y declaramos que es privativa la indemnización que percibió por la póliza de seguro de incapacidad permanente absoluta en el importe bruto de 107.046,27 euros (líquido de 67.486,67). No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de las instancias, ni se impongan las costas del recurso a ninguna de las partes. Conforme al apartado 8 DA 15.ª LOPJ, procede devolver el depósito constituido para interponer el recurso de casación a la parte recurrente. **(STS de 14 de diciembre de 2018; ha lugar.)** [Ponente Excm.a. Sra. Dña. M.ª Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.—Al margen de aspectos particulares, el hecho de haberse dictado esta resolución por el Pleno de la Sala 1.ª me permite dejar constancia de una propuesta personal que trata de dar respuesta a cuestiones generales: ¿Por qué no modificar los aspectos procesales de los juicios familiares? ¿Por qué no ofrecer cauces que permitan a los jueces y tribunales dar mejor cumplimiento al *bonum filii*, principio que, al parecer, suscita ahora adhesión generalizada? Quizá convenga recordar el reciente ejemplo del legislador suizo, que codificó civil y mercantilmente de modo ejemplar en 1907 y 1912, y ha esperado nada menos que al siglo XXI para codificar y unificar el Derecho procesal (hasta entonces, meramente cantonal). Sin embargo, el ejemplo que me inspira es directamente el japonés que conozco por haber visitado el Tribunal Supremo, a fines del siglo pasado, con ocasión de un Congreso internacional organizado

por la Asociación internacional *Family Law*, y haber planteado cuestiones que amablemente me contestaron.

He aquí la reforma que se propone:

Que los litigios sobre todas las cuestiones de Derecho de Familia en ambas instancias, en casación y revisión, se resuelvan por Tribunales pluripersonales que se configuren como una especialidad o subclase de la jurisdicción civil.

Que sea obligatorio en toda clase de litigios familiares la sumisión previa del conflicto a la intervención de los mediadores, ya sean propuestos de acuerdo por los litigantes o, subsidiariamente, de oficio. Si las partes aceptan la decisión del órgano mediador se producirá el efecto de la cosa juzgada.

Si se observa entre nosotros que las sucesivas reformas parciales, de forma más bien tímida parecen encaminarse en la dirección indicada ¿Por qué no dar el paso legislativo definitivo? (G. G. C.)

**27. Sociedad de gananciales: Liquidación por divorcio: Calificación de clínica dental en la que ha colaborado la esposa.**—Los antecedentes más relevantes son los siguientes: Doña Francisca y don Juan Enrique contrajeron matrimonio el 3 agosto 2001. Tras el divorcio, establecido por sentencia de 22 abril 2010, el 6 marzo 2013 presenta don Juan Enrique demanda de liquidación del régimen económico matrimonial. Citados los cónyuges, en el acto celebrado el 16 de abril de 2013, no alcanzan un acuerdo sobre varias partidas. Conforme al artículo 809 LEC, se ordena la continuación de la tramitación con arreglo a lo previsto en el juicio verbal. La principal discrepancia se refiere a la naturaleza, privativa o ganancial, de la clínica dental, pues doña Francisca defiende que es ganancial, por tener un valor cierto de fondo de comercio, independiente del valor del inmueble y de los elementos de equipamiento, mientras que don Juan Enrique argumenta que la clínica es privativa, por constituir mero ejercicio profesional.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia incluye en el activo de la sociedad la clínica dental así como los rendimientos de la clínica hasta la disolución de la sociedad de gananciales, momento que identifica con la fecha de la sentencia de divorcio. Además incluye como partidas distintas los dos pisos en los que está instalada la clínica y el instrumental, equipamientos y existencias propias del ejercicio profesional del esposo. El Juzgado considera de aplicación el artículo 1347.5 CC y razona su decisión de la siguiente manera: «En el ordenamiento jurídico español rige el principio de presunción de ganancialidad de los bienes, aunque ciertamente admite prueba en contrario (...). El artículo 1361 CC establece que se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer. En el presente caso no se discute que la sociedad económica matrimonial que formaron los litigantes se rigió por las normas de la sociedad legal de gananciales, y al disolverse a consecuencia del pleito matrimonial, su liquidación a instancia de parte ha de seguir el procedimiento previsto en los artículos 1396 y ss. CC, debiendo formarse inventario de acuerdo con las normas específicas de la Ley Procesal. Sentado lo anterior la partición ha de hacerse bajo el prisma de aquel que alegue o afirme que los bienes existentes al momento de la liquidación son privativos, debe probarlos porque (...) en caso contrario se presume su ganancialidad». «Debe señalarse que por más que, en efecto, las aptitudes del individuo para

el trabajo, la libertad misma de trabajo y sus consecuencias, estén vinculadas a los derechos de la personalidad, y en puridad conceptual son tales dotes o capacidades bienes privativos, es lo cierto que sean cuales sean las competencias profesionales del actor, la clínica dental es un negocio, se desarrolla en un establecimiento mercantil abierto al público, cualquiera que sea la ubicación del establecimiento, en un determinado espacio físico y empleando un mobiliario e instrumental específico para la realización de su fin; habiéndose fundado, establecido y constituido la clínica dental durante el matrimonio, vigente la sociedad de gananciales, con recursos de tal carácter ganancial, debe concluirse que mentada clínica dental debe tener carácter ganancial». «Será en la valoración de la clínica dental donde deberá tenerse en cuenta: el mobiliario e instrumental con que cuenta la clínica para la realización de su fin y el indudable peso que la cualificación profesional del actor deberá tener en cuenta la referida valoración del negocio. Pero nos encontramos ante la formación de inventario y no ante el avalúo de los bienes integrantes del inventario. Este criterio es mantenido reiteradamente por la jurisprudencia (entre otras, sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 26 de enero de 2000, de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de junio de 2003 y 16 de noviembre de 2004)». No se imponen las costas.

Ambos cónyuges recurren en apelación y se oponen al recurso contrario. Don Juan Enrique impugna la inclusión en el activo de la clínica dental como una empresa ganancial fundada durante el matrimonio con recursos comunes (art. 1347.5.º CC) y defiende su carácter privativo como simple actividad profesional inherente a su persona como odontólogo (art. 1346.5.º CC). Ello, añade, sin perjuicio del carácter ganancial de los pisos donde se ejerce la profesión, así como de los rendimientos hasta la fecha de la sentencia de divorcio y el derecho de reintegro a favor de la extinta sociedad por el valor del instrumental o de que fuesen considerados gananciales los equipamientos e instrumentos. Doña Francisca, conforme con la inclusión en el activo del inventario de los beneficios o rendimientos de la clínica dental, discrepa del criterio del Juzgado, que los limita a los obtenidos hasta la disolución de la sociedad de gananciales y sostiene que corresponden a la comunidad post-ganancial hasta su efectiva liquidación, al continuar generándose y proceder de un negocio o empresa reconocida como ganancial en la propia sentencia.

La sentencia de la Audiencia Provincial estima el motivo del recurso de apelación del marido que impugnaba la inclusión en el activo de la clínica y desestima el recurso de la esposa que pretendía se incluyeran también los beneficios o rendimientos de la clínica hasta la liquidación de la sociedad, pues tal presunción presupone que la clínica es ganancial, lo que se niega por la Audiencia Provincial. En su extenso fundamento jurídico tercero, se basa en el siguiente razonamiento: Partiendo de que el ejercicio profesional y sus instrumentos son privativos (art. 1346, 5.º y 8.º CC), mientras que el establecimiento y empresa fundados durante la sociedad con dinero común es ganancial (art. 1347, 5.º), existe un casuismo jurisprudencial que, en general, resuelve el problema de distinguir la actividad empresarial del ejercicio profesional valorando la mayor o menor semejanza que en cada caso presentan ambas y la mayor o menor semejanza que en cada caso presenta la actividad profesional con la empresarial y la mayor o menor dedicación de la persona a la actividad; entiende que en la empresarial prima la organización, la unidad patrimonial, mientras que en la profesional prima el aspecto personal, subjetivo, realizada al amparo de una titulación intransferible lograda con el estudio y el esfuerzo personal. Concluye que «tras el panorama y consideraciones

expuestas lógicamente se puede concluir que si una persona que ha obtenido una titulación, obviamente por sus personalísimos méritos y esfuerzos, se dedica precisamente a trabajar en aquello para lo que su título le habilita, aunque lo haga con medios materiales mobiliarios, inmobiliarios e instrumentales de origen privativo o ganancial, y con personal colaborador o auxiliar, habremos de entender que en principio se trata de un ejercicio profesional ganancial y no de una empresa o negocio en funcionamiento, a los fines examinados, salvo circunstancias especiales que demuestren que no es esa su dedicación fundamental sino de otro tipo, como la de administrador de la organización, y en fin que se trate de una verdadera actividad empresarial».

Por lo que se refiere a la clínica, sostiene lo siguiente: «Tenemos que aclarar que el término más o menos ampuloso utilizado de “clínica” (dental), por muy extendido que esté actualmente, no significa magnificar su significado como si fuera algo más grande o importante sugiriendo una organización empresarial tipo hospital o sanatorio, cuando en la mayoría de los casos no pasa de lo que tradicionalmente se denominaba «consulta» o «despacho», en este caso de dentista, aunque en local habilitado al efecto con diversas dependencias y medios actuales adecuados al avance de la ciencia y la tecnología». «Es cierto que en el caso enjuiciado la clínica dental empezó vigente el matrimonio y la sociedad de gananciales, que se montó con dinero ganancial, que se extiende a dos pisos gananciales (izquierda y derecha), que cuenta con cuatro sillones de dentista, y que el exmarido no trabajaba solo, sino que además del personal auxiliar, también lo hace una ortodoncista y otros dos odontólogos, funcionando incluso muchas mañanas mientras aquél trabajaba en el SERGAS. Pero también es cierto que no siempre fue así, sino en los últimos años, pues antes trabajaba él solo, acaso con la ayuda de personal auxiliar, en uno de los pisos con dos sillones, la ampliación derecha e izquierda se produjo más recientemente, la superficie útil total no es excesiva (125 metros cuadrados), y él sigue dedicándose personalmente en la clínica al ejercicio de su profesión de odontólogo aproximadamente desde las tres y media de la tarde hasta las nueve de la noche o más, mientras que aquellos otros titulados lo hacen bajo su supervisión o conformidad profesional personal, colaborando, a media jornada y no todos los días, y siempre se identificó desde el inicio bajo el nombre del propio marido, sin usar nombres comerciales ni marcas ni publicidad. En definitiva, es dudoso realmente que se trate de una empresa o apreciar un fondo de comercio empresarial.

Doña Francisca interpone recurso de casación con base en los apartados 2 y 3 del artículo 477 LEC. El interés casacional lo justifica por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. La clínica dental debe incluirse en el activo del inventario por ser una empresa o establecimiento fundado vigente la sociedad de gananciales a expensas de los bienes comunes. Se ha infringido el artículo 1347.5.º CC porque no es una clínica unipersonal, sino que hay cuatro puestos de trabajo de odontólogo con cuatro sillones; que no es la única fuente de ingresos del marido, que ejerce su puesto de trabajo como funcionario del sistema público de salud y su dedicación a la clínica es como negocio para obtener beneficios; que la clínica también funciona por las mañanas, cuando el esposo está trabajando en el sistema público, que es una verdadera empresa, que constituye un fondo de comercio, valorada como unidad de producción a efectos de un posible traspaso en 576.474 euros a fecha de 24 de febrero de 2014; que es susceptible de transmisión como conjunto porque no es una actividad personalísima; que la

esposa colaboraba en tareas de limpieza, indicios todos ellos valorados por la jurisprudencia para calificarlo de ganancial. Se ha vulnerado además el artículo 1361 CC, porque no probado el carácter privativo de la clínica, debe presumirse que es ganancial; porque según el razonamiento de la Audiencia Provincial ningún negocio que requiera titulación podría ser ganancial; y porque sería paradójico que no lo fuera cuando, de haberse constituido una sociedad para el mismo negocio, las acciones sí serían gananciales».

Don Juan Enrique presenta escrito de oposición, invocando la inexistencia de interés casacional. Como motivos de fondo sostiene en esencia: Que la clínica es personal, por más que disponga de medios auxiliares humanos y materiales; que se trata de una profesión liberal que, cierto que se inició constante matrimonio, pero que requiere una constante formación y estudio desde la más temprana edad, hasta la licenciatura, especialización e incluso a lo largo del desarrollo profesional; que la consulta «es el propio esposo» y no existiría sin él, que la consulta constituye la principal actividad profesional del esposo, por lo que la recurrente hace supuesto de la cuestión; argumenta que desempeña su profesión con carácter personalísimo, propio del mero ejercicio profesional; que, como recogió la sentencia recurrida, antes trabajaba solo en uno de los pisos, acaso con ayuda de auxiliar y la ampliación a los dos pisos se produjo más recientemente, que además de trabajar por la mañana en el SERGAS (sin el descanso matinal para salir antes, solo en turno de mañana, sin hacer guardias ni intervenciones quirúrgicas, sino en una consulta de odontología que es una unidad de apoyo a un centro de salud), trabaja a jornada completa todas las tardes en la consulta, mientras que los otros titulados lo hacen bajo su supervisión o conformidad profesional personal, colaborando a media jornada y no todos los días; reitera que la esposa no pidió que se aplicara el artículo 1408 CC y tuvo en cuenta los ingresos de la clínica para pedir su pensión compensatoria y los alimentos, además, niega la contribución de la esposa con su trabajo.

Concluye finalmente que, de acuerdo con la doctrina civilista debe distinguirse la sociedad empresarial, unidad patrimonial que quedaría incluida en el artículo 1347.5.º CC y el mero desarrollo de un trabajo profesional, excluible de su valoración ganancial como bien inherente a la persona (art. 1346. 8.º). Sostiene que la diferencia fundamental entre actividad empresarial y trabajo profesional es que en la primera la labor del titular es accesoria y lo esencial es la unidad patrimonial integrada por el conjunto de bienes organizados, mientras que en el segundo caso existe un fuerte matiz subjetivo de dedicación del sujeto y que hay mero ejercicio de la profesión cuando los bienes adscritos al oficio o profesión no han alcanzado la categoría de unidad patrimonial susceptible de ser explotada. Alega que en el presente caso la consulta es expresión de la actividad profesional del marido, por lo que no puede ser considerada ganancial y, en consecuencias, la sentencia recurrida no ha infringido el artículo 1347.5.º Y tampoco se ha infringido el artículo 1361 CC porque la clínica no es ganancial, habiendo en la materia un gran casuismo. Solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida en todos sus extremos.

**Estimación del recurso.**—Esa Sala considera que sí concurre el interés casacional en grado suficiente como para clarificar la doctrina sobre el artículo 1347.5.ª CC a efectos de precisar su aplicación cuando, durante la vigencia de la sociedad y a expensas de bienes comunes, uno de los cónyuges inicia el desarrollo de una actividad profesional titulada con una cierta organización, para lo que cuenta con un equipo material y personal y una sede en

la que se localiza la oferta. El procedimiento no se ha tramitado por razón de la cuantía, por lo que debe concurrir el interés casacional que justifique el acceso a la casación (art. 477.3 LEC) y, existiendo doctrina de esta Sala es a ella, y no a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales que pudiera existir, a la que debe atenderse para apreciarlo. Las sentencias que cita se refieren a supuestos diferentes (farmacia fundada antes del matrimonio, discutiéndose la ganancialidad de las existencias en la STS de 16 de junio de 2006; ganancialidad del bar-cafetería fundado por el padre del marido antes del matrimonio en la STS de 29 de septiembre de 1997; incrementos habidos en un negocio de fontanería cuya ganancialidad no se discutía, en STS 23 de octubre de 2003; momento en que debía valorarse la licencia de taxi, en STS 15 de septiembre de 2008; carácter ganancial de licencia de taxis adquirida constante matrimonio, en STS 4 de abril de 2007). Hay otras sentencias que la recurrente no cita y en las que se admite la distinción entre la titularidad precisa para el ejercicio de una actividad y la base económica del negocio, que sí puede ser ganancial si se dan los requisitos del artículo 1347 CC.

Conviene hacer dos observaciones: A efectos de la resolución del recurso es irrelevante el artículo 1361, porque la presunción de ganancialidad no juega cuando puede concluirse, por aplicación de los criterios legales, que un bien es privativo. En el caso, la sentencia recurrida no aplica incorrectamente el artículo 1361 CC ni lo infringe, porque considera probado el carácter privativo de la clínica al valorar que prima el aspecto personal sobre el organizativo propio de la empresa y, en consecuencia, concluye que no es aplicable el artículo 1347.5.º CC. El artículo 1361 no es un argumento para interpretar el 1347.5.º cuando no se discute en qué momento se fundó la clínica o si se utilizó para ello dinero privativo o ganancial. En el caso, la actividad es realizada sin que se haya creado una sociedad con personalidad jurídica, ejercitando en nombre propio la actividad profesional. Este es precisamente el supuesto al que resultaría de aplicación el artículo 1347.5.º para el caso de que se considerara que la actividad llega a constituir una empresa o establecimiento en el sentido del precepto. Cuando se haya formado una sociedad, la titularidad privativa o ganancial de las acciones o participaciones se resuelve por aplicación de las reglas generales contenidas en los artículos 1346 y 1347 CC, tal y como entendió la sentencia de 18 de septiembre de 1999. De la aplicación e estas reglas resulta: (i) que tendrán carácter privativo las acciones o participaciones que pertenecieran a uno de los cónyuges con anterioridad a la sociedad de gananciales (art. 1346.1.º), o que hayan sido adquiridas a costa de bienes privativos, incluido por tanto el caso de una empresa privativa que se constituye como sociedad durante la vigencia de la sociedad de gananciales (art. 1346.3.º); y (ii) que tendrán carácter ganancial las acciones o participaciones adquiridas a título oneroso a costa del caudal común, tanto si la adquisición se hace para comunidad como si se hace para uno solo de los esposos (art. 1347.3.º), con independencia de quien adquiera el carácter de socio. Además, cuando sea procedente, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 1352 y 1384.

El Código Civil se refiere en ocasiones conjuntamente a la explotación de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio (1362.4.º), en otras «al ejercicio de la profesión u oficio», y «al ejercicio de la profesión u oficio» y al «establecimiento y explotación» como realidades diferentes (art. 1346.8.º) o, como sucede en el artículo 1347.5.º, solo a la «empresa y establecimiento».

Los conceptos de «empresa», «establecimiento» y «explotación» son polisémicos y su sentido debe identificarse de manera específica dentro del

conjunto normativo en el que se utilizan, en atención a la finalidad perseguida por la norma y a la realidad social del tiempo en el que se aplica (art. 3 CC). Al igual que sucede en otros preceptos, como el artículo 66 del Texto Referido de la Ley de sociedades de capital, el artículo 1347.5.º CC utiliza los términos empresa y establecimiento como equivalentes. No se trata, por tanto, como mero local o sede física donde se ejerce la actividad. Para describir la misma realidad el artículo 1346.8.º utiliza la expresión «establecimiento o explotación». La expresión «explotación» alude a actividades agrícolas o ganaderas u otras no comerciales o industriales que, por razones históricas, están excluidas del ámbito mercantil, pero que comportan una actividad económica realizada con habitualidad y organización.

Esta utilización indistinta de las expresiones «empresa», «establecimiento» y «explotación» confirma que, para determinar su sentido en la calificación de los bienes en la sociedad de gananciales, debe estarse a un concepto amplio, comprensivo de toda organización o explotación económica, con independencia del sometimiento del titular al estatuto jurídico del empresario. En consecuencia, también será empresa o establecimiento cuando se trate de una actividad profesional que coordine un conjunto de elementos, una pluralidad de medios o de otros servicios, incluidos los de los auxiliares o los de otros prestadores de servicio, para intermediar en el mercado de servicio. Desde esta perspectiva quedan fuera del artículo 1347.5.º el mero ejercicio profesional y la prestación de servicios que, aun iniciados durante la vigencia de la sociedad, no se organicen de modo semejante al de los empresarios, porque si bien durante la vigencia de la sociedad sus rendimientos, por su propia naturaleza no pueden serlo los meros servicios intelectuales o materiales de un profesional que se presten *intuitu personae*. En cambio, sí puede ser común el propio establecimiento, por carecer de carácter personalísimo y no ser inherente a la persona. La empresa, establecimiento y explotación sí son transmisibles, podrían hipotéticamente continuar su actividad como organización sin su titular actual y poseen un valor superior a la suma de sus integrantes, por la plusvalía que deriva de su propia organización. Ello es así aun cuando hayan sido las cualidades personales y profesionales del cónyuge que dirige y trabaja en la empresa, establecimiento o explotación, las que hayan permitido su desarrollo y consolidación, lo que sucede habitualmente, con independencia de que se trate de una actividad comercial, industrial o de prestación de servicios materiales o profesionales, y se requiera o no una titulación determinada. Este dato debe jugar con posterioridad, a efectos de la valoración en la liquidación, para lo que deberá tenerse en cuenta exclusivamente el valor por el que podría transmitirse a un tercero el «fondo de comercio objetivo», basado en las condiciones del establecimiento.

Esta Sala ha admitido la distinción entre la titularidad precisa para el ejercicio de una actividad y la base económica del negocio que sí puede ser ganancial si se dan los requisitos del artículo 1347: La STS 469/2003, de 14 de mayo, respecto de una farmacia, distingue dos facetas: la primera, referida a la titulación regulada por normas administrativas que exigen estar dotado del título de farmacéutico para ser titular de una farmacia, y la base económica de la farmacia, que comprende el local en el que se asienta físicamente, las existencias, la clientela, el derecho de traspaso y demás elementos físico-económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad negocial de la farmacia, que es perfectamente la que puede ser considerada ganancial cumpliendo los requisitos del artículo 1347 CC. lo que estima en el caso.

La STS 61/1979, de 26 de febrero, llegó a la misma conclusión conforme al derecho anterior del CC respecto de la sociedad de gananciales.

La STS 1082/2000, de 20 de noviembre, en relación con una óptica, su titular argumentaba que el ejercicio de una profesión liberal, que requiere la aplicación de unos conocimientos profesionales, aunque precise también un espacio físico y determinado instrumental, no puede considerarse una actividad profesional y no puede considerarse una actividad empresarial y debe quedar excluida de la ganancialidad. Pero la Sala declaró que este razonamiento está impregnado de la confusión entre lo que son «bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona» y la clara dicción del artículo 1347,1 CC que atribuye la naturaleza de bienes gananciales a los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges. Las dotes y capacidades de cada sujeto para el trabajo, la libertad misma de trabajo y sus secuencias, están tan vinculados a los derechos de la personalidad que, en puridad conceptual, no cabe más que considerarlos como bienes privativos, pero el ejercicio extremo de estas capacidades o cualidades por muy propios del sujeto que sean (v.g. condiciones de artista o habilidades profesionales, etc.) si se traducen en una actividad productiva, tiñen de ganancialidad a los bienes económicos obtenidos por aquella.

La STS 283/2001, de 23 de marzo, ratifica este criterio para un negocio de asesoría, gestoría y agencia de seguros cuyo titular alegaba que su titulación y actividad personal debía llevar a valorar la capacidad laboral del esposo como derecho de la personalidad y excluir la ganancialidad del negocio, cuyo incremento sería debido a la actividad y prestigio profesional del esposo.

En el presente caso litigioso, a la vista de los hechos probados, hay que concluir que no nos encontramos ante el mero ejercicio de una actividad profesional. Con independencia de su denominación y de que desde el inicio de la clínica se identificara con el nombre del marido, en los servicios prestados predomina el aspecto objetivo de la estructura y la organización mediante la apertura al público de un establecimiento en el que hay cuatro sillones de dentista y en el que trabajan, además de don Juan Enrique y del personal auxiliar, una ortodoncista y otros dos odontólogos. Así lo confirma el que la clínica funcione incluso muchas mañanas mientras el marido trabaja en el SERGAS. El recurrido, por tanto, no se limita a desarrollar personalmente la actividad profesional que le es propia, sino que por el modo en que la ejercita ha dado lugar a un entramado de instrumentos que determina la aplicación del artículo 1347.5.º CC. Por ello procede casar la sentencia de la Audiencia Provincial que, al calificar la clínica como bien privativo, ha infringido dicho precepto y, asumiendo la instancia, confirmamos en este punto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

En aras de agotar la respuesta a las razones aducidas por el recurrido para sostener el carácter privativo de la clínica hay que añadir que no se opone a la calificación de la clínica como bien ganancial el que en el activo del inventario aprobado por la sentencia de primera instancia, los pisos en los que está instalada la clínica se incluyeran de manera separada y no como parte de la misma. El que exista una organización solo implica que diferentes elementos se integran de manera funcional en una unidad económica, pero ello es independiente del título por el que se disponga, en particular, de la sede física, que puede ser de propiedad o no y es igualmente independiente de que se trate de un bien común o privativo. La clínica sería ganancial aunque no lo fueran los pisos y, por el contrario, no deja de serlo porque los pisos también lo sean. Tampoco se opone a la valoración de la clínica como ganancial el

que en el inventario se incluyeran, con el acuerdo de ambos cónyuges, su instrumental y equipamientos. Tampoco se opone a la calificación de la clínica como ganancial que para desarrollar la actividad profesional se requiera una formación, una capacidad profesional y una titulación. Tanto el título, académico o no, como en su caso, la cualificación profesional necesaria para el ejercicio de una actividad, conservan su carácter personal, lo que es compatible con el carácter disponible y transmisible de la empresa, explotación o establecimiento que se creen, susceptibles de ser bienes gananciales si concurren los requisitos legales de haber sido fundados durante la vigencia de la sociedad de gananciales y a expensas de bienes comunes.

En el presente caso las partes discrepan acerca de la realidad de otros datos que consideran pueden tenerse en cuenta como indicios de la calificación de la clínica como ganancial, pero que no son decisivos. Así, si ella trabajó o no en la clínica en tareas de limpieza. En realidad para calificar la naturaleza privativa o común de la clínica es irrelevante que la esposa trabajara o no en la misma.

Polemizan también acerca de qué parte de la actividad desempeñada por don Juan Enrique (la pública en el sistema sanitario público o la privada en la clínica) es más importante. En realidad tampoco este dato es decisivo, porque la aplicación del artículo 1347.5 CC requiere una actividad de modo organizado y habitual, no puntual o esporádico, pero es indiferente que se trate de la actividad principal o no.

Contra lo que sostiene el recurrido, a efectos de determinar la ganancialidad de la clínica, es irrelevante que la esposa no invocara la aplicación del artículo 1408 CC si consideraba que la clínica era ganancial. Ello por cuanto que la esposa solicitó desde el primer momento que se incluyera en el activo del inventario la clínica y el artículo 1408 no impone la obligación ni la carga de hacerlo.

Tampoco excluye el carácter ganancial de la clínica la falta de solicitud por parte de la esposa de medidas de administración y de rendición de cuentas de la gestión de la clínica. Se trata de una facultad que le hubiera permitido tomar precauciones para evitar que el marido pudiese burlar su participación en los rendimientos, pero cuya ausencia no comporta el carácter privativo del bien ni una renuncia a su calificación como ganancial cuando precisamente se está pidiendo de forma expresa.

La alegación por parte de la esposa en el proceso de divorcio, a efectos de solicitar la pensión compensatoria y los alimentos de la hija, de los ingresos obtenidos en la clínica, tampoco excluye que en la liquidación de la sociedad de gananciales se atribuya a la misma carácter ganancial. Todo ello es mera consecuencia del régimen económico del matrimonio que se liquida.

**Rendimientos de la clínica desde la disolución de la sociedad hasta su efectiva liquidación.**—La esposa mantiene en el recurso de casación, reiterando lo que solicitó durante la confección del inventario y fue objeto de su recurso de apelación, que la calificación de la clínica como ganancial comporta también la inclusión en el activo de todos los rendimientos que genere hasta la liquidación. La sentencia de primera instancia añadió que debían incluirse sus rendimientos hasta la disolución de la sociedad, producida por la sentencia de divorcio. En su apelación la esposa interesó, con cita de la STS de 28 de septiembre de 1993, que se incluyeran los rendimientos hasta la liquidación.

La llamada «comunidad postganancial», existente desde que se disuelve la sociedad hasta que se produce su liquidación, carece de regulación en

el CC, pero esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre el régimen aplicable a este patrimonio del que son titulares, según los casos, los cónyuges o ex cónyuges o el viudo y los herederos del premuerto. Se trata de una comunidad en la que los partícipes no tienen una cuota sobre cada uno de los bienes sino sobre la totalidad del patrimonio y a la que no resultan de aplicación las reglas de la sociedad de gananciales según jurisprudencia reiterada (desde la STS de 21 de noviembre hasta las más recientes de 14 de febrero y 10 de junio de 2005). Estas sentencias se ocupan de resolver la variedad de problemas que plantea la comunidad postganancial tales como su composición (bienes y deudas comunes), el régimen de responsabilidad (tanto por deudas comunes como privativas) o el régimen de disposición de los bienes comunes. Interesa destacar: (i) La comunidad indivisa no se ve aumentada con las rentas de trabajo ni con las de capital privativo, que serán en todo caso privativas, excepto los frutos de los bienes privativos que estuvieren pendientes en el momento de la disolución, a los cuales habrá de aplicar analógicamente las normas referentes a la liquidación del usufructo; por supuesto, ingresan en el patrimonio común los frutos de los bienes comunes; (ii) El patrimonio de la comunidad indivisa sigue respondiendo de las obligaciones que pesaban sobre la sociedad, pero las que contraiga con posterioridad cualquier titular recaen sobre su propio patrimonio; los acreedores podrán pedir el embargo de la cuota abstracta que su deudor tenga sobre el patrimonio común, que quedará especificada en bienes concretos, al producirse la división y adjudicación, pero no antes.

De esta doctrina jurisprudencial resulta que los rendimientos generados por un establecimiento común gestionado por uno de los ex cónyuges son comunes hasta la liquidación, pero ello no hace comunes los ingresos que procedan del propio trabajo del ex cónyuge. En consecuencia, los frutos o rendimientos de la empresa o explotación generados por su actividad se integran en el patrimonio indiviso pero corresponde al productor una remuneración por su actuación. Es decir, de los beneficios reclamados solo pueden ser tenidos en cuenta los rendimientos de la clínica, pues las retribuciones del titular se hicieron privativas desde el mismo día en que se disolvió la sociedad. En consecuencia, en el periodo entre la disolución y la liquidación, los beneficios de la clínica son frutos de bienes comunes (la clínica) pero deben excluirse los rendimientos de trabajo del titular correspondiente a dicho periodo, lo que deberá concretarse en la liquidación del régimen que cualquiera de los cónyuges podrá solicitar de conformidad con el artículo 810 LEC.

Por lo que se refiere a los gastos, calificada la clínica como ganancial y calificados también como gananciales los rendimientos de la clínica debe reconocerse que las deudas derivadas de la gestión de la clínica que quedaran acreditadas también son comunes, de modo que lo que sucede en realidad es que, a efectos de la liquidación, los rendimientos deben limitarse a los rendimientos netos de la clínica. Así lo entendió, en un caso semejante al presente, la STS de 10 noviembre de 1988, en la que se dijo que deben distinguirse los beneficios brutos y los netos, entendiendo por estos los obtenidos una vez deducidos los costes de producción.

El fallo estima el recurso de casación interpuesto por doña Francisca, casando parcialmente la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 13 de febrero de 2015 en lo que se refiere a la supresión del activo de la sociedad de gananciales del matrimonio formado por los litigantes, de la clínica dental sita en Avda. de Villaboa 102, 1.º, derecha e izquierda En su lugar

procede incluir en el activo los rendimientos netos de la clínica hasta la liquidación, pero no las retribuciones correspondientes al trabajo personal de don Juan Enrique en la clínica, privativas desde el día en que se disolvió la sociedad y cuya valoración se hará en la liquidación. No se imponen las costas de casación a ninguna de las partes, y no se hace especial pronunciamiento de las causadas en las instancias, con devolución del depósito para interponer la casación. (STS de 10 de noviembre de 2017; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.] (G. G. C.)

**28. Acción de filiación reclamando paternidad no matrimonial: Orden de los apellidos del hijo reconocido por la madre al nacer.**—Son hechos relevantes para la decisión del recurso los siguientes: El 23 de febrero de 2016 D. Cristóbal formuló demanda de determinación legal de la filiación frente a D.<sup>a</sup> Graciela, con quien había mantenido una relación sentimental de la que quedó embarazada y dio a luz una niña en 2015. Solicitó que en sentencia se declare la filiación paterna de la menor y que se acuerde la rectificación de la inscripción de nacimiento de la misma a fin de introducir los datos del demandante y que el apellido paterno pase a ser el primero. La parte demandada reconoció la paternidad del demandante, pero se opuso a la rectificación del apellido, por cuanto si bien es cierto que, según el artículo 194 RRC, se impondrá en primer lugar el apellido paterno, tal solución favorece el predominio de la desigualdad, máxime cuando durante el embarazo y crianza de la niña se ha visto sola. La sentencia dictada en primera instancia, con cita de la sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 2015, desestima la petición del padre sobre los apellidos. Ante la falta de acuerdo de los progenitores, la juzgadora mantiene la opción de fijar el primer apellido de la madre y el segundo del padre, de acuerdo con la opción de la madre en el interrogatorio y que considera justificada (...) por ser ella quien se ha venido haciendo cargo de la menor desde que nació y de cara a terceros lleva ostentando casi un año los apellidos maternos...». Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la sección 22.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia que estima el recurso de apelación y declara que la menor ostentará como primer apellido el del padre y como segundo el de la madre. La sentencia recurrida con cita de la STS 15/2016, de 1 de febrero, argumenta que pese a la orientación jurisprudencial: «... en el supuesto contemplado no concurren las circunstancias que permiten, o inclusive exigen, prescindir del criterio expuesto en la normativa aún vigente, ya que el apelante presentó su demanda de reclamación de paternidad cuando apenas habían transcurrido seis meses desde el nacimiento de la común descendiente, no encontrándose por tanto la misma entonces incorporada a un centro escolar, y ni siquiera a una guardería, (...) Tampoco en el ámbito social la menor ha mantenido los apellidos de la madre con un cierto periodo de permanencia que aconseje, en aras de su interés prioritario y en evitación de enojosos problemas administrativos, modificar el orden que, respecto de sus apellidos, recoge la repetida normativa». A mayor abundamiento en cuanto a la conducta del demandante durante el embarazo, nacimiento y periodo inmediatamente posterior, sin prueba alguna de dejación maliciosa de sus deberes, considera que no puede condicionar la respuesta judicial conforme a la doctrina jurisprudencial que pondera circunstancias distintas.

El recurso de casación se estructura en dos apartados, el primero por infracción de las normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento y el segundo relativo a la infracción de la jurisprudencia reiterada del Tribunal

Supremo. El primer apartado se estructura en cuatro motivos: 1.º, al amparo del artículo 477.2.3.º LEC, la existencia de interés casacional por vulneración del «Principio del Interés Superior del Menor», tal y como ha sido recogido por la sentencia 76/2015 de 17 de febrero de 2016, establecido de contraste, en relación con lo establecido en la Ley de Registro Civil de 2011, cuya entrada en vigor se producirá en julio 2015, si bien los principios informadores de la misma deben inspirar todas las resoluciones judiciales posteriores a su publicación. 2.º) vulneración del artículo 14 CE en relación con la Ley Orgánica 3/2007 sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, artículos 1 y 3, en relación con los principios informadores de la Ley de Registro Civil 2011, que lo aplican al prescindir de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno, permitiéndose que ambos progenitores decidan sobre el orden del mismo, o como en el presente caso, la autoridad judicial. 3.º) vulneración del artículo 18.1 CE, sobre el derecho a la propia imagen del menor, a la luz del Tribunal Constitucional, el TJUE y el TEDH. 4.º) vulneración del artículo 39 CE en relación con la declaración de los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España y la Carta Europea de los Derechos de Niño. Conforme a la STS de 17 de febrero de 2015 entiende la recurrente que el beneficio de la hija menor es mantener como apellido el de la madre.

La parte recurrida reconoce que resulta aconsejable y beneficioso que la pequeña de tan solo dos años, lleve como primer apellido el de su padre, ya que, si bien en el presente momento pudiere resultar irrelevante, podría ser muy beneficioso de cara al futuro de la menor, precisamente por la relevancia identificadora del primero de los apellidos de una persona. Es decisivo y trascendental para la menor, que al menos pueda saber en el futuro que lleva como primer apellido, el de su padre biológico, porque el mismo se empeñó, ante la postura disolvente o separadora de su madre, cuando era tan solo un bebé.

**Nueva interpretación jurisprudencial *contra legem*.**—La Sala se ha pronunciado sobre el orden de los apellidos de un menor, existiendo desacuerdo de los progenitores, en caso de paternidad reconocida en procedimiento de reclamación de paternidad no matrimonial, a partir de la sentencia 76/2015, de 17 de febrero. En concreto remite a ella la sentencia 621/2015 de 12 de noviembre, siguiendo el discurso lógico de aquella, en los siguientes términos:

(i) En términos de estricta legalidad vigente al tiempo de dictarse la sentencia recurrida no existe duda sobre su decisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 CC, artículos 53 y siguientes de la LRC 1957 y artículo 194 RRC. Así en defecto de la opción prevista en el artículo 109 CC, que es el caso presente, «el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo apellido, el primero de los personales de la madre...».

(ii) La respuesta, sin embargo, no puede ser de interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor, por lo que la Sala, cuando ha tenido que acudir a negar o posibilitar la interpretación correctora de una norma que afectaba a alguna medida en la que se encontraba interesado un menor, se ha cuidado de tener en cuenta el interés superior de éste (SSTS 29 de marzo, 1 de abril y 10 de octubre 2011 y 5 de noviembre de 2012). Así se hacía ver en la sentencia 582/2014, de 27 octubre, con cita de la normativa que se ha ido promulgando, tanto estatal, como internacional y autonómica, subrayando que el interés superior del menor late como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte. El mayor exponente ha sido la LO 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica

del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha sufrido una modificación por la LO 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, pues, como afirma su Preámbulo, «transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la citada norma, se han producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo de la Constitución».

(iii) Resulta de sumo interés la Ley del Registro Civil 20/2011, de 21 de julio, en cuya Exposición de Motivos se afirma que «en relación con los aspectos sustantivos de la Ley, merece una mención especial el artículo VI relativo a hechos y actos inscribibles». «El nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos».

Se ha insistido en esa doctrina, con mayor sustento, en las sentencias 621/2015, de 27 de octubre, 15/2016 de 28 de octubre, tras haber entrado en vigor el artículo 49 de la Ley de Registro Civil 2011, latiendo en todas ellas como *ratio decidendi* de la cuestión el interés superior del menor que «no aparece definido, precisándose su configuración, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material, bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales».

Por todo ello ha declarado (STS 15/2016, de 1 de febrero) que lo relevante no es el deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento del menor, por noble que fuese, sino cual será el interés protegible de ese menor al día de hoy respecto al cambio del orden de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil, y con el que viene identificado, desde entonces, en la vida familiar, social o escolar.

Es cierto que la aplicación de esa doctrina a los supuestos enjuiciados, con cita de la STC, Sala Segunda, 167/2013 de 7 octubre, ha podido inducir a pensar que el interés del menor solo justifica que no se acceda al cambio de apellidos cuando la reclamación de paternidad sea tardía. Pero, sin embargo, con ser ello un elemento relevante a considerar, no puede ser tenido como único y esencial, pues, a juicio de la Sala, se ha de partir de que el menor se inscribió con una sola filiación reconocida, teniendo como primer apellido el que entonces se determinó, así como que «es patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona».

Para salir al paso de esa posible inducción a error se dictó la sentencia del Pleno 659/2016, de 19 de noviembre, en la que se puntualiza que «la interrogante que hemos de responder en estos supuestos no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Si no consta ese beneficio, no existe, pues, razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado el menor».

Precisamente por no constar ese beneficio, siempre bajo el interés superior del menor, es por lo que procede la estimación del recurso.

Los argumentos de la parte recurrida obedecen a unos esquemas de desigualdad superados por la Constitución Española y por la Ley de Registro Civil de 2011, pues se detienen en que el día de mañana sería muy beneficioso para la menor que su primer apellido fuese el del padre, pero no justifica por qué, salvo que se refiera a la diferencia de sexo, pues, sin negarle su interés o preocupación por la hija, tampoco cabe negárselo a la madre.

Se estima el recurso interpuesto por doña Graciela contra la sentencia dictada con fecha 13 de diciembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.<sup>a</sup>, en el rollo de apelación 1351/2016 dimanante de la reclamación de filiación paterna 193/2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Collado Villalba. Se casa la sentencia recurrida y, con asunción de la instancia, se desestima la apelación interpuesto contra ella, confirmándola y cuya firmeza se declara. **(STS de 1 de diciembre de 2017; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Parece consolidada la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala 1.<sup>a</sup> que puede considerarse *contra legem* en relación con la atribución de apellidos a los hijos extramatrimoniales, singularmente cuando el reconocimiento del padre se retrasa en relación con la madre. En ADC he extractado y anotado las sentencias de 17 de febrero de 2015 y 12 de noviembre de 2015, respectivamente en el vol. de 2016, pp. 1176 ss. y 2017, pp. 936 ss. Aunque el argumento fundamental es *the best interest of child*, no siempre las circunstancias fácticas son idénticas. Un retraso tardío del padre cuando el menor ha iniciado sus estudios, suscita menos reservas que cuando se produce a los dos años del alumbramiento. Incluso se invoca el (¿habitual?) retraso administrativo del reconocimiento paterno que puede prolongarse durante cuatro años. Por mi parte creo que el sutil deslizamiento de la norma atributiva de los apellidos hacia la autonomía de la voluntad de los progenitores puede originar graves problemas al abrirse la sucesión del hijo. (G.G.C.)

## DERECHO MERCANTIL

**29. Concurso de acreedores. Declaración del concurso: momento de la solicitud.**—El deber de solicitar la declaración de concurso surge no solo cuando se conoce la situación de insolvencia, sino cuando se debió conocer. No es preciso que se referencie a un día exacto, bastando con que pueda situarse en un momento anterior a los dos meses que establece el artículo 5 Ley Concursal (LC).

**Concurso de acreedores. Declaración del concurso: demora en la solicitud.**—El incumplimiento del deber legal de solicitar a tiempo la declaración de concurso traslada al administrador de la sociedad concursada la carga de probar que el retraso no incidió en la agravación de la insolvencia. Teniendo en cuenta que el criterio normativo que determina la consideración del

incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso como causa para calificar el mismo como culpable es la agravación de la insolvencia y el aumento del déficit patrimonial que este retraso puede suponer, al continuar la sociedad actuando en el tráfico mercantil contrayendo nuevas obligaciones cuando ya no podía cumplirlas regularmente, los elementos consistentes en la duración de la demora en solicitar el concurso y la importancia del aumento del déficit patrimonial son elementos objetivos pertinentes en relación al criterio normativo relevante para calificar el concurso como culpable.

**Concurso de acreedores. Irregularidades contables: alcance.**—Al exigir la LC que la irregularidad contable sea relevante, expresa que debe tener suficiente entidad, cuantitativa o cualitativa, para desvirtuar la imagen de la empresa que ofrece la contabilidad. La irregularidad será cualitativamente relevante cuando impida al tercero tener una información correcta y suficiente del estado patrimonial de la empresa y, especialmente, cuando oculte la existencia de una causa de disolución o de una situación de insolvencia. Y lo será cuantitativamente cuando el importe económico de la incidencia, en relación con el tamaño de la empresa, altere significativamente la situación patrimonial y financiera que se proyecta al exterior.

**Concurso de acreedores. Irregularidades contables: error e irregularidad.**—Por razón de la trascendencia que se atribuye a la función informativa de las declaraciones de conocimiento en que consisten las cuentas anuales, la distinción entre error e irregularidad en que, por razón de la intencionalidad carece de significación para la comisión del comportamiento que se describe en la norma del ordinal primero del apartado 1 del artículo 164 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, dado que la realización del tipo que en ella se describe no exige que el sujeto agente tenga conciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión ni que el resultado del comportamiento sea querido por él. Lo que no significa que las consecuencias de la calificación deban ser necesariamente ajenas al reproche que merecen las manifestaciones culposas o dolosas de la irregularidad.

**Concurso de acreedores. Irregularidades contables: puntual o conjunta.**—Respecto a la cuestión a si la irregularidad debe ser puntual (relativa a cada anotación contable discutida) o conjunta, el artículo 164.2.1.º LC no exige que la irregularidad deba tener relevancia en sí misma, sino que hace una consideración general, al referirse a la relevancia para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor. Lo que demuestra que la irregularidad puede consistir en una sola conducta o en un conjunto de ellas, siempre que individual o globalmente produzcan el resultado típico. Por ello, puede suceder que una sola irregularidad tenga tal envergadura que, por sí sola, integre el supuesto del artículo 164.2.1.º LC, al impedir el conocimiento de la verdadera situación patrimonial del concursado. O puede ocurrir que, aunque distintas infracciones aisladamente consideradas no colmen por sí mismas la conducta legalmente descrita, en su conjunto sí lleven al mismo resultado de imposibilidad de averiguar el estado financiero del deudor por la falta de fiabilidad de las cuentas.

**Concurso de acreedores. Irregularidades contables: carácter objetivo.**—Por razón de la trascendencia que se atribuye a la función informativa de las declaraciones de conocimiento en que consisten las cuentas anuales, la realización del tipo descrito en el artículo 164.2.1.º LC no exige que el sujeto agente tenga conciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión, ni que el resultado del comportamiento sea querido por él, bastando

con que incumpla las obligaciones que, a tal efecto, le venían impuestas legalmente.

**Concurso de acreedores. Calificación de culpable: presunción.**—En lo que se refiere al alcance de la presunción de culpabilidad del concurso del artículo 165.1.1.º LC (incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso), es doctrina jurisprudencial consolidada la que afirma que dicho precepto es una norma complementaria de la del artículo 164.1 LC. Contiene una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción *iuris tantum*, que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario, en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia.

**Concurso de acreedores. Calificación de culpable: conductas tipificadas.**—La jurisprudencia considera que el artículo 164.2 LC tipifica una serie de conductas cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor, o sus administradores o liquidadores, ha incurrido en dolo o culpa grave. Así la expresión «*en todo caso*» no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada a continuación, ya que, cuando menos, constituye una negligencia grave del administrador.

**Concurso de acreedores. Personas afectadas por la calificación: consideración de la limitación temporal.**—El artículo 172.2.1.º LC, al regular quienes pueden ser personas afectadas por la calificación, cuando se refiere a «los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales», exige que o bien tengan esta condición al tiempo de la declaración de concurso o bien la hubieran tenido «dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso». Esta limitación temporal respecto de la condición de administrador o liquidador de derecho o de hecho, o apoderado general, no se coordina con una limitación temporal de la conducta que puede haber merecido la calificación culpable. Salvo en las limitaciones temporales previstas en el propio tipo de algunas de las conductas que por sí solas merecen la calificación culpable de concurso, como son las enajenaciones fraudulentas realizadas dos años antes de la declaración de concurso (art. 164.2.5.º LC), o de las presunciones de dolo o culpa grave, como el incumplimiento del deber de formular las cuentas anuales, o de someterlas a auditoría o de depositarlas, una vez aprobadas en el Registro Mercantil, en alguno de los tres últimos ejercicios (art. 165.3.º LC), con carácter general no se limitan las conductas que pueden merecer la calificación culpable a su realización dentro de los dos años anteriores a la calificación.

**Concurso de acreedores. Personas afectadas por la calificación: alcance de la limitación temporal.**—La exigencia temporal de 2 años prevista en el artículo 172.2.1.º LC afecta exclusivamente a la determinación de las personas afectadas por la calificación, pero no supone que con carácter general que se limite la calificación a las conductas acaecidas dentro del periodo de los dos años previos a la declaración de concurso. Conforme al propio artículo 172 LC, en primer lugar, el juez ha de juzgar si concurre alguna causa de calificación ajustándose a los requisitos propios de cada una de las causas invocadas. En el caso del artículo 164.2.1.º LC no establecen ningún límite temporal previo, esto es, no exige que las irregularidades contables se

hubieran realizado dentro de un determinado periodo de tiempo anterior a la declaración de concurso. Sí se exige en el caso del artículo 164.2.5.º LC que la salida fraudulenta de bienes se haya hecho en los dos años anteriores a la declaración de concurso, pero según el propio relato fáctico de la sentencia, es lo que ocurrió en este caso, por lo menos, en parte.

**Concurso de acreedores. Complicidad: concepto.**—Según su propio sentido gramatical, cooperar significa obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado, o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación culpable, y tal colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación.

**Concurso de acreedores. Complicidad: requisitos.**—Para que se pueda apreciar complicidad tienen que darse dos requisitos: a) Que el cómplice haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable. b) La cooperación tiene que haberse realizado con dolo o culpa grave.

**Concurso de acreedores. Complicidad: relación de causalidad y voluntariedad.**—La actuación de los terceros que pueden ser declarados cómplices debe estar directamente relacionada con la conducta o conductas que han motivado la calificación del concurso como culpable. Además, resulta necesario atender no sólo a dicha actuación, sino que también ha de constatar su voluntariedad, esto es, que haya *consilium fraudis* o ánimo de defraudar o, cuando menos, *consciis fraudis* o connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable.

**Sociedades mercantiles. Administradores: obligaciones contables.**—Nuestro ordenamiento no contempla una concepción meramente formal o aparente del cargo de administrador. Con carácter general, el artículo 25.2 CCo establece que el empresario es responsable de la contabilidad cuya formulación delegue en terceros. El nombramiento como administrador o como consejero de una sociedad de capital conlleva una serie de obligaciones, entre ellas las de la llevanza y formulación de la contabilidad, sin que pueda ampararse en la actitud de otro u otros administradores para excusar su propia incuria, pues o debería haber actuado conforme a la legislación societaria y concursal para evitar la situación a que se llegó, o en el último extremo, haber renunciado al cargo. (STS de 27 de octubre de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

**HECHOS.**—La representación procesal de la administración concursal de la entidad L. D. P., S.A. presentó informe de calificación del concurso como culpable. El Ministerio Fiscal emitió informe en el mismo sentido. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo dictó sentencia calificando como culpable el concurso de la entidad L. D. P., S.A., con los efectos siguientes: declarar personas afectadas por la calificación a don R., don A., don J. A. y a la entidad S.I., S.A. y doña M. como cómplice; además, don R., don A., don J. A. y a la entidad S.I., S.A. quedan inhabilitados para administrar los bienes ajenos durante un período respectivo de 10 años para primero, de 5 años para el segundo y tercero y 2 años para la cuarta, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período; también, condenar solidariamente a don R., don

A., don J. A. y a la entidad S.I., S.A al abono del 100% de la cantidad, que una vez concluida la fase de liquidación, resultase impagada a los acreedores de la masa y concursales; a su vez don R., don A., don J. A. y la entidad S.I., S.A perderán cualquier derecho que, como acreedores concursales o contra la masa, pudieran tener frente a la concursada. Igualmente, don R. es condenado a abonar a la masa del concurso en concepto de daños y perjuicios cierta cantidad de dinero. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña M., don R., don A., don J. A. y la entidad S.I., S.A., la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, desestimó los recursos de apelación de doña M., don A., y don J. A., y estimó parcialmente los recursos de don R., y S.I., S.A., en el sentido de revocarla en el extremo de limitar la condena de S.I., S.A., a responder solidariamente de determina suma que, una vez concluida la fase de liquidación, resulte impagada a los acreedores concursales y contra la masa; así como en el de absolver a don R. de la condena a abonar a la masa del concurso la suma señalada en la instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

**30. Garantía hipotecaria. Otorgamiento de escritura e inscripción registral: eficacia.**—La inscripción registral de la hipoteca es un requisito legal de existencia del derecho, sin el cual el derecho no existe. Ahora bien, el acto jurídico, entendido como suma de declaraciones de voluntad, por el que quien goza de facultades de disposición consiente en gravar la finca en garantía del pago de una obligación, surge con el otorgamiento de la escritura pública, antes de la inscripción. Aunque, el efecto jurídico de ese acto, esto es, los derechos resultantes, no se producen hasta la inscripción registral. La validez del contrato de hipoteca, título constitutivo por antonomasia del derecho real de hipoteca, depende de la concurrencia de los requisitos que legalmente la condicionan, que pueden ser específicos de este contrato o comunes a todos los contratos, como es la capacidad de quien la constituye y la ausencia de prohibiciones legales o convencionales de disponer que le afecten.

**Garantía hipotecaria. Otorgamiento de escritura e inscripción registral: autonomía.**—Existe una autonomía entre el juicio de validez del contrato de hipoteca y la inscripción registral, en cuanto que cada uno de ellos concierne a realidades diferentes, una a la validez del título constitutivo y otra a su inscripción registral. Esta última implica una actividad funcional del encargado del registro, a instancia de un sujeto legitimado para pedirla, que carece de carácter negocial. De tal forma que, los requisitos de capacidad por parte del hipotecante y la ausencia de limitaciones de disponer (o gravar) sus bienes debían concurrir al tiempo del otorgamiento de la escritura de hipoteca, y resultaba irrelevante que con posterioridad y en el momento de la inscripción el hipotecante hubiera quedado limitado en sus facultades de disposición patrimonial.

**Concurso de acreedores. Infracción de las limitaciones de las facultades de disposición: supuestos.**—Resulta necesario distinguir la ineficacia derivada de la infracción de las limitaciones a las facultades de disposición patrimonial tras la declaración de concurso, artículos 40 y 43 Ley Concursal (LC), de la ineficacia perseguida con la acción rescisoria concursal (art. 71 LC). La primera afecta a los actos de disposición o gravamen realiza-

dos por el deudor concursado después de la declaración de concurso, mientras que la segunda, la acción rescisoria concursal, afecta a los actos de disposición del deudor concursado realizados dentro de los dos años previos a la declaración de concurso. El fundamento de la ineficacia en el primer caso radica en la infracción de las restricciones o prohibiciones de disponer (en sentido amplio), mientras que el fundamento de la ineficacia en la rescisión concursal es distinto, se encuentra en el perjuicio que para la masa activa genera el acto de disposición objeto de rescisión.

**Concurso de acreedores. Garantía hipotecaria: relevancia concursal.**—En el caso de la concesión de una garantía hipotecaria, lo relevante a los efectos concursales es si la escritura fue otorgada antes o después de la declaración de concurso, pues el acto de disposición se lleva a cabo con la escritura, sin perjuicio de que no produzca efectos hasta la inscripción registral. Si, la escritura fue otorgada antes de la declaración de concurso, cuando el deudor hipotecante gozaba de plenas facultades de disposición para conceder la garantía, aunque la inscripción se realice después de la declaración, la hipoteca no es susceptible de anulación porque no se hubiera autorizado o ratificado por la administración concursal.

**Concurso de acreedores. Lista de acreedores: eficacia.**—La lista de acreedores debe ir referida a la fecha de la declaración de concurso, pero no justifica la ineficacia de la hipoteca otorgada antes del concurso e inscrita después. En primer lugar, porque el crédito invocado es concursal, al haber surgido antes de la declaración de concurso, sin perjuicio de que los efectos constitutivos de la hipoteca que permitía clasificar la parte del crédito garantizado se produjeran después de la apertura del concurso, pero antes de que precluyera el plazo para su inclusión en la lista de acreedores. A estos efectos lo relevante es que el crédito es anterior, por ello es concursal y debe ser incluido en la lista de acreedores, y que se encuentra garantizado en una parte por un derecho de hipoteca. Esta norma no debe impedir reconocer el crédito del acreedor hipotecario con la clasificación que corresponde a su derecho de garantía, ni mucho menos permite anular una hipoteca. (**STS de 7 de noviembre de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La representación procesal de la administración concursal de la entidad I. A., S. A. interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Segovia demanda de incidente concursal, solicitando se declarase nula la hipoteca constituida entre I. A., S. A. y el B. de C., S.A. (hoy, B.P.E, S.A.) dado que se había constituido después de la declaración de concurso, sin contar con la autorización judicial, así como que la lista de acreedores ha de referirse a la fecha de solicitud de concurso, y en esa fecha no existía la hipoteca. La sentencia de instancia estimó la demanda y declaró la ineficacia de la hipoteca y ordenó la cancelación del correspondiente asiento registral. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la entidad financiera B.P.E, S.A., la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Segovia, desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de instancia con imposición de costas al apelante, al entender que, con posterioridad a la declaración de concurso, no es posible la constitución de garantías ni reales ni personales que afecten a la masa, si no es con autorización judicial. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

## ÍNDICE DEL ANUARIO DE DERECHO CIVIL 2019, FASCÍCULO I

Pág.

### Estudios monográficos

Montserrat PEREÑA VICENTE: «El divorcio sin juez en el Derecho español y francés: entre el divorcio por notario y el divorcio por abogado. Dificultades teóricas y prácticas» .....	5
Luis Javier ARRIETA SEVILLA: «La recuperación de la regla venta quita renta en los arrendamientos de vivienda» .....	53
Gema VICO FERNÁNDEZ: «Régimen jurídico aplicable a los internamientos involuntarios en centros geriátricos: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» .....	101

### Bibliografía

#### LIBROS

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO

DEL OLMO GARCÍA, Pedro/BASOZABAL ARRUE, Xabier (Dir.): «Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, Derecho comparado y propuestas de modernización», por Josep Maria Bech Serrat .....	161
DURÁN RIVACOBRA, Ramón/MENÉNDEZ MATO, Juan C.: «La transacción expresa y tácita», por Miguel Ángel Pérez Álvarez .....	166
MATO PACÍN, M. <sup>a</sup> Natalia: «Cláusulas abusivas y empresario adherente», por Klaus Jochen Albiez Dohrmann .....	168

#### REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Isabel ARANA DE LA FUENTE.....	179
------------------------------------	-----

### Jurisprudencia del Tribunal Supremo

#### SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Verónica NEVADO CATALÁN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Francisco SANTANA NAVARRO .....	213
--	-----