

# La Notaria



Vida corporativa - Oposiciones a Notarías 2023-2024

## NUEVAS TECNOLOGÍAS: ESTUDIOS DOCTRINALES

### EL TESTAMENTO

Una institución milenaria ante el reto electrónico

### PROTECCIÓN DE DATOS, BIG DATA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA DOCUMENTACIÓN NOTARIAL

Un Análisis Jurídico y Ético

## Tribuna

Los nuevos roles de Notario

Raquel Iglesias Pajares

## Estudios doctrinales

La guarda de hecho: alcance y problemas de prueba

José Ramón de Verda y Beamonte

Más allá de la compraventa obligacional romana: la obligación del vendedor de transmitir la propiedad en algunos códigos modernos

José L. Linares Pineda



## Entrevista

Valentina Rubertelli

Presidenta de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado

# Toda la actualidad del Colegio en un solo click



Puedes consultar la versión digital de la revista  
*La Notaria* en <https://revistalanotaria.com>

Descubre el Archivo Histórico de Protocolos de  
Barcelona, la Fundación Privada del Colegio  
Notarial, la Academia de Opositores de  
Cataluña y las últimas noticias del Notariado en  
la página web <https://colegionotarial.org>



COLEGIO NOTARIAL  
DE CATALUÑA



COLEGIO NOTARIAL  
DE CATALUÑA

**Director:**

Ángel Serrano de Nicolás (*Notario*)

**Subdirector:**

Pablo Vázquez Moral (*Notario*)

**Consejo de redacción:**

Víctor Javier Asensio Borrellas  
Miguel Roca Bermúdez de Castro  
Antonio Longo Martínez  
Pedro Rincón de Gregorio  
Javier Eduardo Satué de Velasco  
Lucía Pilar Gil López de Sagredo  
Marta Fuentes Blanco

**Coordinación:**

Sandra Purroy Corbella (*Colegio Notarial de Cataluña*)

**Consejo editorial:**

Esther Arroyo Amayuelas (*U. de Barcelona*)  
Andrés Domínguez Luelmo (*U. de Valladolid*)  
Joan Egea Fernández (*U. Pompeu Fabra*)  
Ignacio Farrando Miguel (*U. Pompeu Fabra*)  
José Luis Linares Pineda (*U. de Girona*)  
Sergio Llebaría Samper (*Esade-URL*)  
Juan José Marín López (*U. Castilla-La Mancha*)  
Antoni Vaquer Aloy (*U. de Lleida*)  
Rafael Verdera Server (*U. de Valencia*)  
Ildefonso Sánchez Prat (*Notario*)  
Josep M.ª Valls Xufre (*Notario*)  
Beate Gsell (*U. Ludwig Maximilian de Múnich*)  
Francesca Benatti (*U. Cattolica del Sacro Cuore di Milano*)  
Rémy Cabrillac (*U. de Montpellier*)  
Vincenzo Barba (*U. Roma "La Sapienza"*)  
Carmen Domínguez Hidalgo (*U. Católica de Chile*)

**Diseño, Preimpresión e Impresión**

por Tirant lo Blanch

**ISSN:** 0210-427X

**D.L.:** M-15124-2012

**NIPO (Papel):** 051180400

**NIPO (PDF):** 051180416

Todos los derechos reservados.

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

© 2022 Colegio Notarial de Cataluña  
Notariado 4 - 08001 Barcelona

**Edición online disponible en:**

[www.colegionotarial.org](http://www.colegionotarial.org)

<https://revistalanotaria.com>

[lanotaria@catalunya.notariado.org](mailto:lanotaria@catalunya.notariado.org)

# Editorial

## Al comienzo de una nueva etapa, pretensión de discernir entre lo esencial y lo accidental

Con este nuevo número de nuestra revista comenzamos una nueva etapa, editorial y de algunos contenidos, tanto en las secciones, en que se pretende dar más relieve a las nuevas tecnologías y al Derecho internacional y comparado, como en que, también, la revista pueda ser el reflejo de los Webinars, todo ello consecuencia del nuevo quehacer notarial y de cómo se desarrollan los nuevos tiempos, marcados por la incesante presencia del elemento extranjero en cualesquiera instrumentos públicos que autorizamos.

Por otra parte, la misma inmediatez con la que se puede acceder a la jurisprudencia, o a las resoluciones, por ser varias y variadas las posibles vías de acceso a las mismas, nos lleva a considerar ya innecesario el publicar extractos, sin perjuicio de poderse comentar alguna cuando por su relieve o cambio esencial de orientación así se considere. Lo demás es reproducir en extracto lo que, muy posiblemente, ya hace meses que venimos aplicando.

No cabe duda que seguirá habiendo las mismas cuestiones esenciales todavía objeto de debate, o algunas de no frecuente aplicación que reviven, o que se les da una nueva orientación, sea a quién se considera consumidor (en el TJUE y en la jurisprudencia de nuestro, así STS 1104/2024, de 16 de septiembre de 2024); la consideración de comunidad y la tributación de su disolución, al margen de sus títulos de adquisición, pues comunidad la hay y una (STS, S. 3ª, 731/2024, de 30 de abril de 2024); el todavía no cerrado debate sobre el derecho de transmisión, en la herencia o legados (cualquiera que sea su naturaleza), así como su influencia en las legítimas o quiénes deben comparecer para otorgar la escritura de partición, etc. Los supuestos son múltiples y siempre objeto de debate en cualquier parte o institución del derecho privado, en la que la práctica notarial siempre ha ido encauzando las lícitas pretensiones de las partes con soluciones prácticas y útiles, junto a las más económicas, a la vez que legales.

Finalmente, y en el antedicho afán de renovar las secciones, se incorporan nuevos y relevantes académicos extranjeros a nuestro consejo editorial, a la vez que se tendrán que ir renovando a los que nos han acompañado hasta ahora. Para ello parece que los setenta y cinco años, por fijar alguna edad, puede ser conveniente, aunque, sin duda, se pueden seguir prestando inmejorables servicios, pero también, e igualmente, parece procedente ir dejando paso a las nuevas, y ya consagradas, generaciones.

Ponemos, como siempre, en ello toda nuestra ilusión y empeño y esperamos que sean provechosos, y continuos, los frutos. ■

# Sumario

---



## Editorial

|  |   |
|--|---|
| <b>Al comienzo de una nueva etapa, pretensión de discernir entre lo esencial y lo accidental</b> ..... | 3 |
|--|---|



## Tribuna

|   |   |
|---|---|
| <b>Los nuevos roles del Notariado</b> ..... | 6 |
| Raquel Iglesias Pajares                     |   |



## Estudios doctrinales

|  |    |
|--|----|
| <b>La guarda de hecho: alcance y problemas de prueba</b> ..... | 15 |
| José Ramón de Verda y Beamonte                                 |    |

|  |    |
|--|----|
| <b>Más allá de la compraventa obligacional romana: la obligación del vendedor de transmitir la propiedad en algunos códigos modernos</b> ..... | 23 |
| José L. Linares Pineda   |    |



## Nuevas Tecnologías

|  |    |
|--|----|
| <b>El testamento: una institución milenaria ante el reto electrónico</b> ..... | 33 |
| Javier Serrano Copete  |    |

|   |    |
|---|----|
| <b>Protección de Datos, Big Data e Inteligencia Artificial en la documentación notarial: Un Análisis Jurídico y Ético</b> ..... | 41 |
| Eduard Domingo  |    |

## Entrevista

|                                   |    |
|-----------------------------------|----|
| <b>Valentina Rubertelli</b> ..... | 44 |
|-----------------------------------|----|



## Derecho Internacional y Comparado

|   |    |
|---|----|
| <b>Crónica de las “II Jornadas sobre derechos reales en el Derecho Internacional Privado en la Unión Europea: Aspectos jurídico-prácticos desde la perspectiva notarial”, Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona, 13 y 14 junio 2023</b> ..... | 49 |
| Silvana Canales Gutiérrez   |    |

|  |     |
|--|-----|
| <b>Carta de la Presidenta de la Comisión de Asuntos Europeos de la UINL</b> .....  | 53  |
| Valentina Rubertelli   |     |
| <b>En el derecho francés, la legítima hereditaria es el corazón de la transmisión, porque la hace respirar</b> .....       | 54  |
| Philippe Potentier   |     |
| <b>El caso italiano</b> .....  | 57  |
| Federico Tassinari   |     |
| <b>La legítima en el derecho español. Breve aproximación</b> .....   | 60  |
| Jesús Gómez Taboada Notario  |     |
| <b>En Suiza, el derecho de sucesiones se rige por los artículos 457 a 640 del Código Civil...</b>                          | 64  |
| Corinne Zimmerli   |     |
| <b>Sistema inglés de disposiciones en favor de un familiar</b> .....   | 67  |
| Fanny Orsini   |     |
| <b>El futuro de la reserva hereditaria en los sistemas sucesorios europeos</b> .....                                       | 70  |
| Valentina Rubertelli   |     |
| <b>Parejas no matrimoniales en Europa: uniones de hecho, uniones civiles, uniones registradas</b> .....                    | 77  |
| Unión Internacional del Notariado (UINL)   |     |
| <br><b>Mediación</b>   |     |
| <b>La interpretación del contrato de arbitraje o convenio arbitral</b> .....   | 82  |
| Gorka Goenechea  |     |
| <b>Mediación empresarial para no romper la saga familiar e integrar la sostenibilidad en el gobierno corporativo</b> ..... | 98  |
| Marcelino Abad Ramón   |     |
| <br><b>Vida Corporativa</b>  |     |
| <b>Homenaje a Josep María Puig Salellas</b> .....  | 101 |
| <b>Entrega del I Premio Elías Campo Villegas</b> .....   | 102 |
| <b>Jornada sobre Legítima y Desheredamiento</b> .....  | 103 |
| <b>Entrega de la Medalla de Honor del Colegio Notarial de Cataluña a Sofía Puente</b> .....                                | 103 |
| <b>Jornada “La vivienda en Cataluña: ¿un derecho ‘real’?”</b> .....  | 105 |
| <b>Oposiciones a Notarías 2023-2024</b> .....  | 106 |



## Los nuevos roles del Notariado

RAQUEL IGLESIAS PAJARES

Vicedecana del Colegio Notarial de Cataluña



**Resumen:** El artículo explora cómo las competencias en realidad una evolución natural de su función tras su labor para responder a las cambiantes realidades analizan diversos factores que influyen en esta transformación y nacionales, el aumento de la movilidad global, y la rápida evolución tecnológica. A pesar de la creciente complejidad de las relaciones jurídicas, el Notariado se presenta como una institución flexible y confiable, capaz de facilitar la vida diaria de los ciudadanos y actuar como un puente entre lo público y lo privado. Además, se destaca la importancia de la modernización tecnológica y la adaptación a nuevas competencias, que refuerzan su papel en la sociedad democrática y la economía de mercado.

**Palabras clave:** Notariado; nuevas competencias; seguridad jurídica; normativas; movilidad global; tecnología; jurisdicción voluntaria; flexibilidad; confianza; modernización.

**Abstract:** The article examines how the competencies of the notary's office, though perceived as 'new', are in fact an organic progression from its traditional role. Over the past decade, the notary's office has undergone significant changes to ensure it can respond effectively to evolving social and legal challenges, while maintaining the highest standards of legal certainty. A number of factors influencing this transformation are discussed, including the proliferation of international and national regulations, the increase in global mobility, and rapid technological developments. Despite the increasing complexity of legal relations, the notary's office is presented as a flexible and reliable institution, capable of facilitating the daily lives of citizens and acting as a bridge between the public and private spheres. Furthermore, the importance of technological modernisation and adaptation to new competences, which strengthen its role in democratic society and the market economy, is highlighted.

**Key words:** Notary's office; new competences; legal security; regulations; global mobility; technology; voluntary jurisdiction; flexibility; trust and confidence; modernisation.

cias del Notariado, aunque consideradas "nuevas", son adicional. En la última década, el Notariado ha adaptado sociales y jurídicas, manteniendo la seguridad jurídica. Se mación, como la proliferación de normativas internacionales y nacionales, el aumento de la movilidad global, y la rápida evolución tecnológica. A pesar de la creciente complejidad de las relaciones jurídicas, el Notariado se presenta como una institución flexible y confiable, capaz de facilitar la vida diaria de los ciudadanos y actuar como un puente entre lo público y lo privado. Además, se destaca la importancia de la modernización tecnológica y la adaptación a nuevas competencias, que refuerzan su papel en la sociedad democrática y la economía de mercado.

Este artículo podría comenzarse diciendo que los roles de los que hablaremos ni son tan nuevos ni tampoco son una pluralidad de ellos, ya que todas o muchas de las "nuevas" competencias que han sido atribuidas al Notariado, fundamentalmente en la última década, responden a una evolución y adaptación natural del ejercicio de la función "tradicional" del Notario.

Todas ellas tienen como denominador común la utilidad/necesidad de absorber las nuevas realidades sociales, incluso anticipándolas, dando una respuesta, rápida y ágil, pero, ahí está la clave, sin merma significativa de la seguridad jurídica que requieren.

Analizaré la respuesta que el Notariado, como institución, ha dado o puede dar en el futuro a las necesidades jurídico-sociales que el actual panorama socio-jurídico-económico actual genera.

Este panorama, muy esquemáticamente y con las inevitables omisiones por lo que atañe al quehacer cotidiano de los despachos notariales, está sujeto a diversos factores, como son:

A) La **promulgación** incesante de normativas desde múltiples instancias en entornos heterogéneos, como son:

1. **Tratados internacionales** que modifican la normativa interna, tanto multilaterales, como la Convención de los Derechos de las Personas Con Discapacidad de Nueva York de fecha 13 de diciembre de 2006, (cuyo instrumento de ratificación por España se publicó en el BOE el 21 de abril de 2008) y su traslación al derecho interno mediante la importantísima Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el ejercicio de la capacidad jurídica, que ha supuesto un giro copernicano



en el enfoque de esta cuestión, y aquí, las especialidades civiles de territorios con derecho propio, como en el Decreto Ley GC 19/2021 de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de capacidad, como los bilaterales con determinados Estados.

2. **Legislación comunitaria**, que a su vez puede ser:

\* de aplicación inmediata (Reglamentos) de los que cabe destacar por su importancia y aplicación en el quehacer diario los siguientes:

- Reglamento (UE) ni **650/2012** del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el **reconocimiento y ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.**
- Reglamento (UE) no **1215/2012** del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la **competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil**
- Reglamento (UE) n° **2016/2014** del Consejo de 24 de junio de 2016, por el que se establece la cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las **uniones registradas.**

\* de obligada trasposición (directivas y sus interregnos) como la Directiva (UE) 2017/1132 sobre derecho de sociedades, que codifica todas las Directivas anteriores sobre esta materia dictadas por la CEE y después por la UE, sobre derecho de sociedades desde la primera Directiva del año 1968, modificada por la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de

2019 que tiene la finalidad de implementar en toda la Unión los medios y forma de utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades recogido en **la importantísima Ley 11/2023, de 8 de mayo**, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos.

\* decisiones relativas a un estado miembro, junto con las sentencias del TJUE

3. **normativa estatal, autonómica y local;**

Toda esta heterogeneidad legislativa, en ejercicio de una potestad normalmente con finalidad tuitiva,

con la innegable intención de proteger los intereses de quienes acuden a las instituciones para conseguir sus legítimos fines, han producido en el ámbito notarial al menos, una excesiva **objetivación** del derecho civil, lo que ha provocado en ocasiones importantes dificultades en el ejercicio base de presunciones o prohibiciones legales que no siempre producen el efecto publicitado.

Hay, por tanto, una labor de encaje para conjugar el cumplimiento de la norma objetiva que en abstracto es tuitiva pero que en el caso concreto puede resultar contra tuitiva y contravenir en la practica el principio de libertad civil a proteger.

B) En segundo lugar, el simple aumento de la población y de la movilidad personal y económica a nivel global

C) Consecuencia de lo anterior, las interacciones entre sujetos con diferentes estatutos personales por





razón normalmente de nacionalidad o residencia, adquieren, cada vez **con mayor frecuencia relevancia**, desde el punto de vista jurídico y económico, sobre todo en materia sucesoria y matrimonial.

D) la **rapidez** con la que estos cambios se producen y todo ello aderezado con una vertiginosa evolución de los procesos tecnológicos que generan, así como nuevos cambios legislativo (de nuevo la Ley 8/2023 que implica entre otras muchas cuestiones, la creación del protocolo electrónico y la posibilidad de autorizar determinados documentos por videoconferencia)

Todo ello provoca de una manera palmaria un aumento exponencial de la **complejidad** de las relaciones jurídicas que genera una exigencias teóricas y prácticas enormes.

Pero a pesar de esta realidad, la vida, que es “previa” al documento, pues muchas situaciones llegan a la notaría ya iniciadas (ejemplo típico son las arras en las compraventas, en las que ya existen declaraciones vinculantes de las partes acompañadas de

actos relevantes, como son las contra-prestaciones ya entregadas) y continúa, y debe hacerlo de una manera natural y segura para aquellos que quieren actuar conforme a la ley, aprovechando todas sus potencialidades.

*Todas o muchas de las “nuevas” competencias que han sido atribuidas al Notariado, fundamentalmente en la última década, responden a una evolución y adaptación natural del ejercicio de la función “tradicional” del Notario*

Naturalidad que implica **agilidad** en dichas relaciones jurídicas. Y esa agilidad es demandada no sólo por el ciudadano concreto “usuario” sino también por la sociedad en su conjunto, puesto que esa agilidad y la

facilidad o no para obtener un efecto jurídico reconocido por el sistema, repercute invariablemente en las economías de escala desde los puntos de vista de la generación y circulación de la riqueza, de la eventual exacción de impuestos asociados a ellas, y también de los propios costes de funcionamiento del sistema.

Bajo estas premisas, la ventaja competitiva y el éxito del sistema económico-social, estará asociada a unas coordenadas de compromiso razonable entre **agilidad y seguridad económica** de la que la jurídica es escudera.

No hay mercado sin reglas que estén respaldadas por un poder público que tenga capacidad para incentivar la adhesión generalizada a ellas y, en último término hacerlas respetar.

Y para que se dé este efecto beneficioso, todo aquello que coadyuve en el plano organizativo a ese objetivo será digno de atención.

Todo este planteamiento participa más de la propia naturaleza del derecho **mercantil**, donde prima la agilidad y la facilidad de circulación



de la riqueza, frente a la concepción más estática del derecho civil.

Tiene su lógica, puesto que la gran parte de la actividad económica y social se da actualmente bajo parámetros mercantiles, pues de un modo u otro todos somos consumidores/usuarios de bienes y servicios, e incluso la actividad estrictamente entre particulares está orientada al tráfico mercantil o participa de él, pues la inmensa mayoría de la actividad crediticia es de esta naturaleza.

Es ésta una consideración quizá algo categórica pues en sede de jurisdicción voluntaria hay muchas competencias atribuidas en la última década a los notarios de carácter meramente civil, es verdad. Pero entonces, puede decirse que, aunque lo sean, la manera de abordarlas se rige por parámetros psicológicos de ese corte, en los que prime la agilidad.

Esta idea es importante retenerla, pues fue en el ámbito mercantil y el comercio marítimo concretamente, donde primero se testó la necesidad de resolver los conflictos que se generaban entre partes por múltiples razones a través de sistemas de heterocomposición o resolución alternativa a lo estrictamente jurisdiccional, de manera que instituciones acordadas entre operadores de arbitraje, mediación y/o conciliación permitieran un relativamente rápido desenlace de las controversias, por el evidente perjuicio que causan las demoras en el tráfico económico, la posibilidad cierta de pérdida de productos perecederos, etc., a lo que se complementaron los sistemas de seguro y reaseguro.

En materia de consumo, por ejemplo, cabe citar la Ley 7/2017 de 2 de noviembre que traspuso al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

Vivimos así en un mundo cada vez más mercantilizado, en el que todos somos en mayor medida consumidores y usuarios, regido por parámetros de rapidez (“lo quiero y lo quiero ya”) lo que puede chocar con las necesidades

de control de legalidad y verificación de situaciones sensibles a que se produzcan males mayores, como se demostró desgraciadamente en la práctica con la crisis de las hipotecas subprime en Estados Unidos, ejemplo de sistema desregulado, donde la falta de control sobre las operaciones derivó en un enorme boquete de las finanzas públicas, socializando pérdidas.

*Todo ello provoca de una manera palmaria un aumento exponencial de la complejidad de las relaciones jurídicas que genera una exigencias teóricas y prácticas enormes*

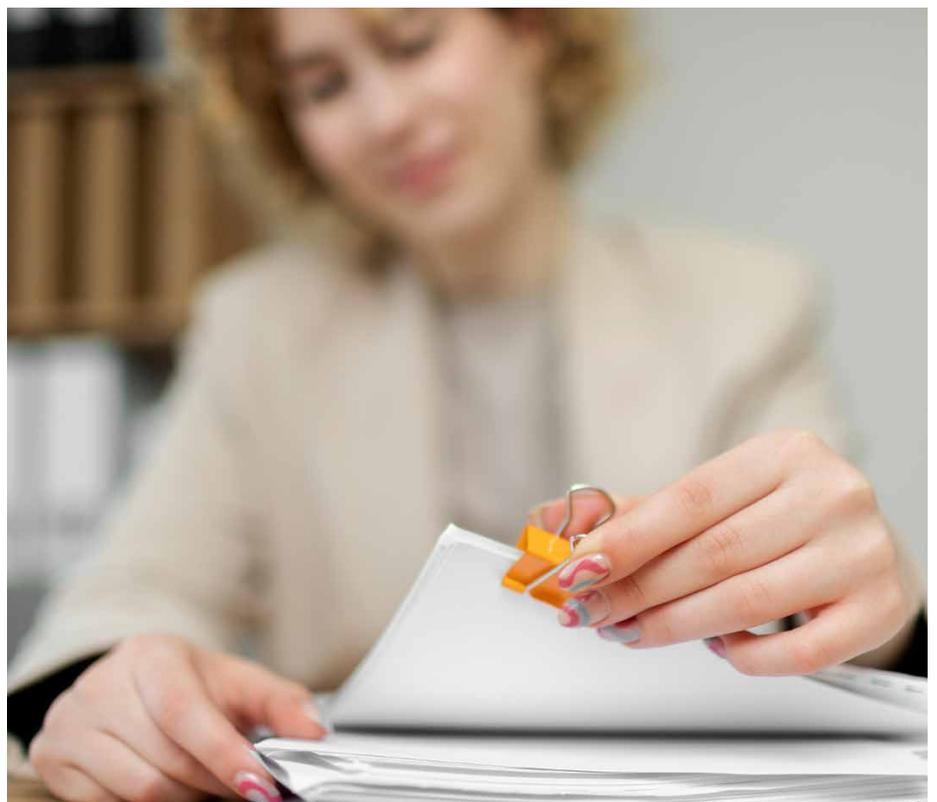
Esta situación que inevitablemente afectó también a Europa, derivó aquí hacia la necesidad de incrementar la transparencia en las operaciones crediticias y necesidad de calificación de

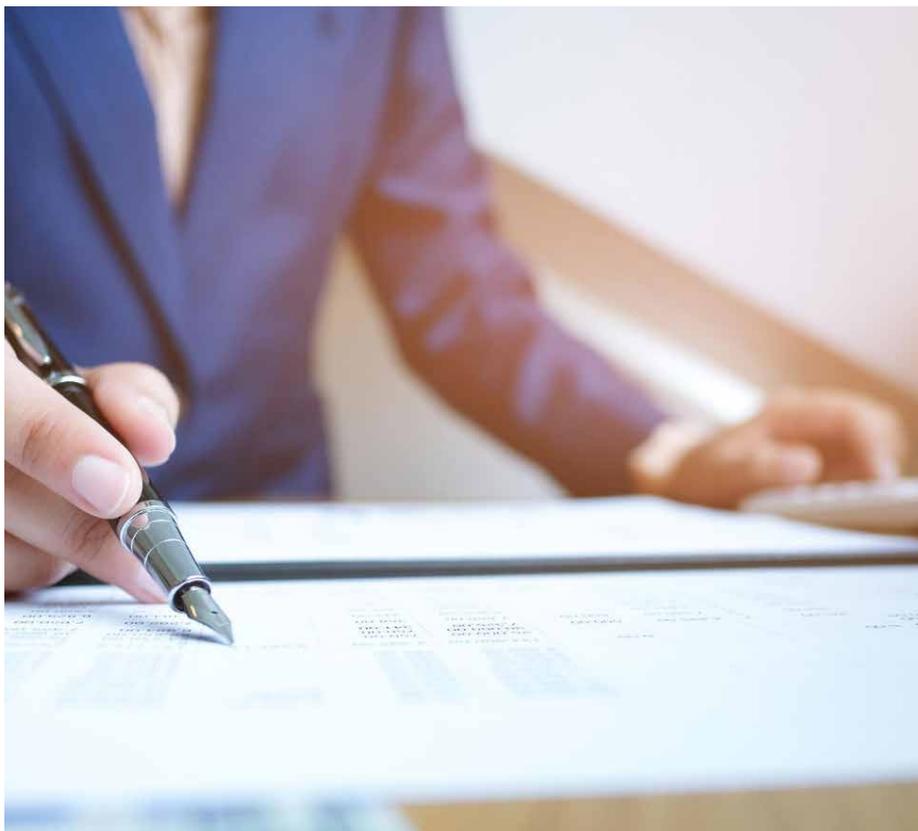
abusividad o no de ciertas cláusulas en dichas operaciones.

En conclusión, podemos decir, que rapidez sí, pero alegría no. En estas aguas intermedias, en esa delicada cohesión de intereses públicos y privados entre los vectores agilidad/seguridad, es donde los notarios estamos incardinados.

Las necesidades públicas por tanto, van imponiendo un tipo de actuación intermedia que permita un control a priori de aquellos aspectos más trascendentes de la vida jurídica, por su peligrosidad social en caso de un uso espurio, pues no debe olvidarse que cualquier problema en los usos económicos o personales privados habituales puede ocasionar daños cuantiosos en la estructura social por la cantidad de personas a las que puede afectar directa o indirectamente si tenemos en cuenta los parámetros de la sociedad de masas.

Pero ese control no se considera que deba ser al mismo tiempo exhaustivo so pena de castigar la naturalidad y previsibilidad de las relaciones sujetas al mismo, sobre todo si estas





situaciones no responden al esquema propiamente contencioso, o como dice la jurisprudencia del TJUE en relación a la Jurisdicción voluntaria se trate de supuestos que conlleven una contenciosidad “atenuada”.

Interesa entonces que, con las debidas salvaguardas, y guiándose por criterios de corte economicista y de eficiencia, y excluyendo aquellos procedimientos que pueden resultar más afectados por el orden público, se opte por sistemas de control jurídico simplificados, pero al mismo tiempo efectivos para detectar y resolver la mayor parte de los problemas subyacentes de manera que no se colapse la actividad privada.

Y el Notariado es precisamente, una institución flexible y dinámica, con una gran capilaridad social en todo el territorio, que ofrece una intermediación en el trato con las personas generadora de una gran confianza, capaz de procesar toda la información que capta gracias a esa intermediación, tanto personal como familiar y patrimonial, dando respuesta a cualquier pretensión lícita

que plantee en el ejercicio de sus derechos, absorbiendo con naturalidad la complejidad que presente dicha pretensión, imprimiendo técnicas y criterios propios del tráfico mercantil que comentábamos antes, pero sin merma relevante de la seguridad jurídica considerada globalmente.

Lo comprobaremos recordando la función “tradicional” del Notariado y podremos llegar a la conclusión de que tiene cierta lógica que hayan sido últimamente atribuidas nuevas o más competencias y no sólo en materia de jurisdicción voluntaria.

El Notariado puede caracterizarse por ser una institución intermedia que hace de gozne entre lo público y lo privado de carácter flexible y dinámico, concebida y preparada para absorber de la mejor manera los cambios sociales y facilitar la vida diaria de los ciudadanos, incentivando y asegurándose así mismo de que ésta se desarrolla conforme a la ley.

La autorización de un documento público notarial implica normalmente una actuación performativa integral

concretada en las fases previas de escucha, asesoramiento y consejo a los otorgantes adecuación de su voluntad al ordenamiento jurídico, realización del control (positivo o negativo) de legalidad del acto o negocio documentado, su calificación jurídica, redacción, conservación de su contenido (físico y ahora ya electrónico) y expedición de sus copias bajo la garantía de su integridad y no alteración.

En la esfera extrajudicial, investido de las auctoritas que nos ha sido delegada por el Estado, el Notario atribuye efectos de fe pública a los documentos que autoriza, consiguiendo con ello efectos privilegiados en el tráfico.

Por lo tanto, desde sus orígenes la institución del notariado constituye una pieza básica en la sociedad democrática y la economía de mercado, en cuanto garante de las libertades individuales y patrimoniales, tanto en las relaciones entre particulares como en las de éstos con los poderes públicos.

A ello hay que añadir el importantísimo esfuerzo de modernización tecnológica que desde el año 2000 ha desarrollado el Notariado y que ha permitido avanzarse y adaptarse a todas las necesidades tecnológicas de la sociedad y la propia Administración que han ido surgiendo en los últimos años, siendo especialmente destacable en este último ámbito la creación de la OCP como organismo colaborador de la lucha contra los delitos económicos.

Dicha modernización tecnológica ha alcanzado su mayor y más importante manifestación a partir de la reciente entrada en vigor de la citada ley 11/2023 de creación del protocolo electrónico notarial y la posibilidad de la autorización de determinadas escrituras por videoconferencia.

Toda la información personal, familiar y patrimonial con trascendencia jurídica y económica parametrizada y puesta a disposición de la Administración en tiempo real; es la intermediación a la que antes he hecho referencia lo que da una potencialidad en la transmisión rápida y segura de la



información de la que no gozan otras instituciones.

Si estas son las características que definen el día a día notarial, la atribución de nuevas competencias puede verse como una consecuencia natural e incluso, dadas las circunstancias que marcan las necesidades sociales y los medios (o más bien cabría decir sus carencias) de los que dispone la Administración, ineludible del ejercicio de nuestra propia función y así lo refleja la Ley de Jurisdicción voluntaria en su exposición de motivos cuando dice: “ desde la ponderación de la realidad de nuestra sociedad y de los diferentes instrumentos en ella existentes para la actuación de los derechos, no es nuevo el debate sobre si sería pertinente mantener en este campo la exclusividad de los tribunales de justicia - y, dentro de ellos, del personal jurisdicente-, o si sería preferible encomendar su conocimiento a otros órganos y funcionarios públicos.

Buscando dar una respuesta idónea a las cuestiones anteriores, la Ley de Jurisdicción Voluntaria, conforme con la experiencia de otros países, pero también atendiendo a nuestras concretas necesidades, y en la búsqueda de la optimización de los recursos públicos disponibles, opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos *no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Letrados de la Administración de Justicia, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento. Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los Jueces. Si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que*

*predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados.*

*La solución legal dada es acorde con los postulados de nuestra Carta Magna y, además, oportuna en atención a diferentes factores. El prestigio adquirido a lo largo de los años por estos Cuerpos de funcionarios entre los ciudadanos es un elemento que ayuda a despejar cualquier incógnita sobre su aptitud para intervenir en la tutela administrativa de determinados derechos privados, como protagonistas principales que son de nuestro sistema de fe pública y garantes de la seguridad jurídica, sin olvidar el hecho de que muchos de los actos de jurisdicción voluntaria tienen por objeto obtener la certeza sobre el estado o modo de ser de determinados negocios, situaciones o relaciones jurídicas que dichos profesionales están en inmejorable condición para apreciarlos adecuadamente.”*

### Y el Notariado es precisamente, una institución flexible y dinámica, con una gran capilaridad social en todo el territorio

Sintetizando, las competencias delegadas normativamente en el Notario, a veces en exclusiva, a veces compartidas con otras instancias, a través de funciones no necesariamente atribuidas a través de esta ley, pues vienen de más antiguo son básicamente:

En materia de jurisdicción voluntaria, entendida ésta en los términos de la propia exposición de motivos de la LJV:

*“Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y*

*mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso”.*

Esta última dicción entronca con lo expresado por la jurisprudencia comunitaria, **pues no viene a exigir que no haya controversia de ningún tipo, sino únicamente que, si la hay, deba necesariamente sustanciarse en un proceso contencioso**, lo que da juego a una modulación por el Estado de aquellas materias o situaciones que “se considere políticamente por así decir” que no lo precisan.

Independientemente de lo que la LJV de 2015 previó, en la atribución de nuevas competencias al Notariado, la doctrina mayoritaria ha ido entendiendo que los procedimientos de JV establecidos por esta ley **no son numerus clausus**, y tampoco deberían serlo los atribuidos a los notarios, aunque siempre con el límite de la no desnaturalización de los contornos de la función notarial.

La tendencia actual es a aumentar estas actuaciones de trascendencia pública, depositándolas en aquellas instituciones o medios que los pueden atender, ampliando con proporcionalidad y prudencia el ámbito de su actuación, **descargando a otras instancias públicas para optimizar la eficiencia.**

Junto a las funciones tradicionales del Notario de dación de fe extrajudicial, que implican siempre un juicio de legalidad, asociada o no a una notoriedad con trascendencia jurídica, de calificación jurídica, y más allá, de regularidad formal y “material”, se incorporan otras que implican decisiones tasadas basadas en la equidad, y, por tanto, en cierta discrecionalidad, sin perjuicio de la garantía de su impugnación ante las instancias competentes,

Es posible entonces distinguir situaciones o asuntos en que:

1. **No hay controversia** (por ejemplo, matrimonio o divorcio de mutuo acuerdo sin hijos menores o discapacitados).

Hablamos aquí de una controversia **interna** o entre partes, porque la

trascendencia pública del acto y la tramitación del expediente matrimonial desembocan en un acta de **decisión positiva o negativa** para validar al enlace, pues hay latente una **controversia de carácter digamos “público”**, al procurar que no se utilice la institución para fines espurios como sería fundamentalmente un matrimonio de complacencia para defraudar la ley en múltiples aspectos (prestaciones sociales, obtención acelerada de la nacionalidad, etc.).

La novedad estriba en que supone una formación de juicio que va más allá de una calificación jurídica basada en la acreditación de hechos que desemboquen en un resultado jurídico, como en principio cabría predicar de las actas de declaración de herederos abintestato, aunque en éstas actualmente, **también la apreciación notarial o no de la acreditación de la existencia o no de una pareja estable o una unión de hecho del causante puede ir evidentemente más allá de la mera calificación, y quedaría encuadrada en una notoriedad con efectos jurídicos reglados.**

Pero si lo analizamos, nos damos cuenta de que, sobre todo en los territorios con legislación propia en materia de parejas estables, ya venía realizando el Notario, con la finalidad de detectar e impedir su constitución cuando perseguían fines distintos de los que le son propios, sobre todo en materia de residencia, actuaciones de decisión positiva o negativa sobre la concurrencia de los requisitos necesarios para su constitución. Lo que ocurre es que, en esta materia, al no tener un procedimiento reglado, el reflejo de esa decisión era la autorización o no de la escritura y no un acta de decisión positiva o negativa. (y a estos supuestos me refiero cuando digo que los roles no son tan nuevos)

La diferencia por tanto no radica en la función o competencia sino en el “rastros” que deja; así, en sede de parejas de hecho no queda documentada la denegación de la autorización.

2. En otras ocasiones, la **contenciosidad es meramente latente o atenuada**

**inter partes**, aunque siempre queda abierta la vía judicial, como en el **monitorio notarial** para obtener ejecutividad, o en todas las actuaciones relativas a **materia sucesoria en que se busca una simplificación y resolución más rápida de las particiones hereditarias, a través fundamentalmente de la interrogatio in iure notarial, el nombramiento de contador partidor dativo y la aprobación del cuaderno particional que éste realice.**

### *Desde sus orígenes la institución del Notariado constituye una pieza básica en la sociedad democrática y la economía de mercado*

En este tema al Notario le son reconocidas facultades que van más allá de las tradicionales de calificación jurídica y declaración de notoriedad, pues puede llegar a realizar un juicio de equidad en relación con esa partición realizada por contador partidor, que debe aprobar a falta de confirmación de los herederos implicados, salvo que aprecie según ha entendido la doctrina más autorizada **justa causa para denegar esa aprobación** (por ejemplo, por una decisión manifiestamente desproporcionada del contador.

3. Dejando de lado la existencia o no de controversia, en otros expedientes, como los de **adveración** de testamentos privados (cerrados, ológrafos o en forma oral) o en el procedimiento para obtener el beneficio de inventario, se observa siempre una impronta jurisdiccional, de expediente que se va desgranando en **diligencias de notificación, audiencia, plazos, etc....** que terminan en ocasiones, a falta de oposición, en un efecto de silencio positivo, o en una **“decisión” del notario, reglada en todo caso pero con cierto margen de discrecionalidad.**

**Razones de agilidad y operatividad social** han determinado también la

asignación de competencias en materia de:

4. **Ofrecimiento de pago y consignación** con efecto liberatorio ante Notario (algo que podía hacerse antes “materialmente” por así decir en cualquier notaría, aunque no tuviera un efecto legalmente reconocido liberatorio, aunque sí un efecto probatorio de la intención de pagar, si bien el Notario podía negarse a aceptarlo);

5. Regulación también de **subastas notariales**, en las que hay que suspender el procedimiento que trae causa de deudas, hipotecarias o no, con entidades financieras, cuando se alega ante el juez abusividad de cláusula que sea fundamento de la venta o determine la cantidad exigible, en las que el Notario califica si esa alegación es suficiente para paralizar provisionalmente el procedimiento, pues si no es así, **no puede suspender su actuación.**

6. Expediente de **dominio**, que pasó también a la esfera notarial tras la LJV, modificación cualitativa respecto de la competencia judicial anterior, si bien la nueva regulación ha tomado tantas cautelas en la tramitación del mismo respecto de las notificaciones a realizar que en la práctica ha quedado muy mermada su efectividad respecto de la inmatriculación de fincas, donde cabe acudir a un procedimiento judicial todavía, mientras que en la reanudación de tracto ha quedado exclusivamente activa la vía notarial.

Tuvo buen cuidado sin embargo la ley de NO atribuirle competencias jurisdiccionales en que el argumento del orden público prevalece, como en las cuestiones relativas a menores o discapacitados, o en el expediente de adopción, por tratarse de materias sensibles que requieren cautelas superiores a las que se consideran suficientes en el ámbito patrimonial.

7. En el ámbito de la **hetero composición o resolución alternativa de conflictos**, es decir, de **base potencialmente contenciosa: Arbitraje/Mediación/Conciliación**

La ley de 2003 de arbitraje abolió la sorprendente y sorpresiva (pues la legislación anterior a 1988 lo había



aceptado conforme a la tradición jurídica) exclusión del Notario (“profesiones retribuidas por Arancel” decía) de la posibilidad de ser árbitro, aunque aquí no hay propiamente función notarial en cuanto a su actividad arbitral propiamente dicha; cuestión diferente es que el laudo deba ser protocolizado notarialmente, actividad ésta sometida a las reglas ordinarias.

En este territorio se hallan también los supuestos de mediación, con la posibilidad incluso de ser mediador en el ámbito de los acuerdos extrajudiciales de pagos, aunque no propiamente como una actuación notarial, o a través de instituciones orientadas a ese fin; y, por último, los supuestos intermedios de conciliación que podemos augurar irán tomando cada vez mayor protagonismo; en estas últimas, **el notario no sólo acerca posturas entre las partes, sino que propone un acuerdo y lo puede ir modificando conforme las alegaciones de éstas si lo considera procedente con la finalidad de obtener un acuerdo.**

8. Ha habido también **asignaciones de materias en cuestiones hipotecarias**: antiguas, como las del procedimiento de venta extrajudicial en ejecución de hipotecas, y recientes, como el refuerzo de las funciones de asesoramiento e información del acta previa de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Junto a ellas, también en materia de catastro a través de la comunicación de las operaciones de modificación hipotecaria de fincas y obtención de nuevas referencias catastrales en su caso.

9. También en **materias que por su dificultad de prueba o situación personal de los afectados requería de cierta agilidad**, como la enquistada históricamente en los expedientes de sefardíes de la ley 12/2015 para obtener la nacionalidad española, o **la jura de nacionalidad (artículo 68.3 LRC e Instrucción DG de 16 de septiembre 2021).**

10. En materia **mercantil**, se hallan los supuestos relativos a pérdida, hurto, robo, extravío o destrucción de

títulos valores previstos por la legislación mercantil, así como depósitos de bienes, incluso muebles, en los que puede haber una venta a través de los procedimientos de las subastas notariales, así como el nombramiento de peritos en conflictos de seguros a falta de acuerdo entre las partes, en que se acude al listado del artículo 50 LN, y en que **la no aceptación del encargo por el perito requiere justa causa apreciada por el Notario.**

11. **De acuerdo con la nueva concepción aplicable a las personas necesitadas de apoyos, el papel del notario vuelve a ser muy relevante**, llegando incluso las Circulares Informativas de la comisión permanente del CGN emitidas tras la entrada en vigor de la ley (2 y 3/2021) a hablar del notario en sí mismo como una medida de “apoyo institucional”, en la que procura averiguar la verdadera voluntad, deseo y preferencias de la persona necesitada del mismo con una conducta proactiva

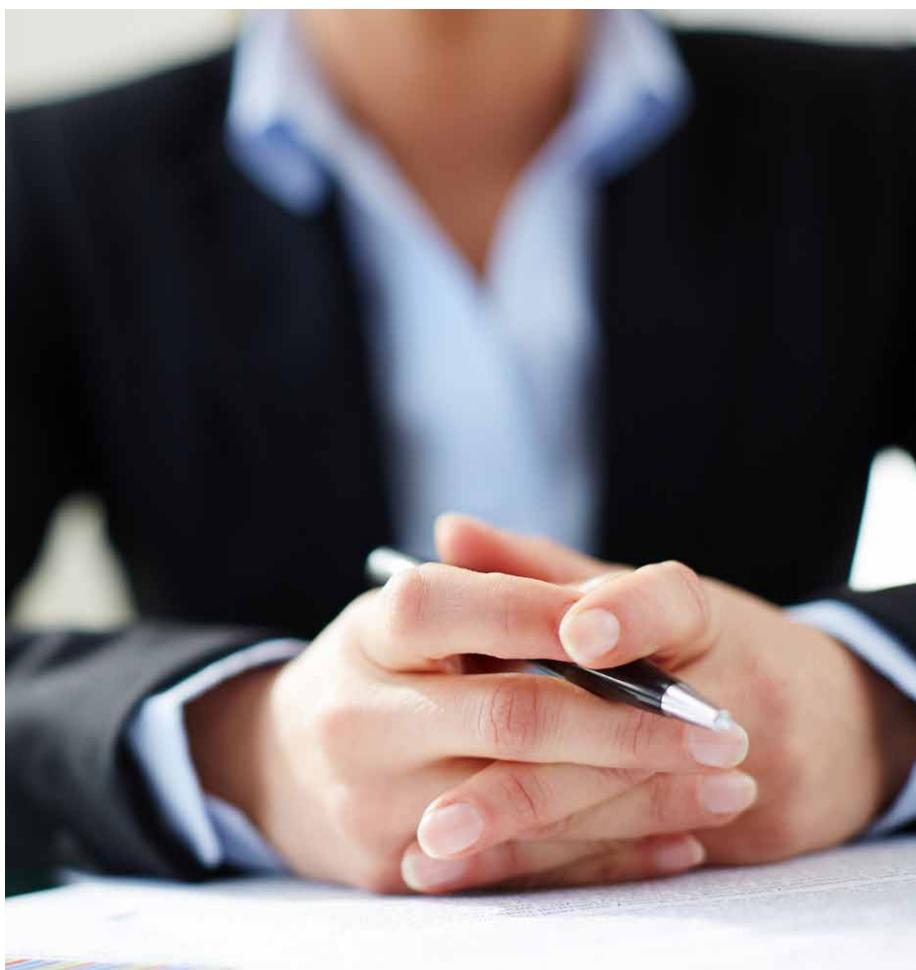
más intensa (ese “curador de oficio” que decía Joaquín Costa)

Vemos, por tanto, que este aumento progresivo de competencias de los últimos años **tiene un alto contenido social**; puede hablarse hoy propiamente de la autorización notarial de “documentos sociales” que tratan de facilitar la vida diaria dentro de unos parámetros de justicia y equilibrio, con las garantías que permitan un desenvolvimiento razonable de la misma en el marco del principio básico de libertad civil.

Que es un marco que, como parece, queda abierto a futuras encomiendas.

Refiere DELGADO ECHEVERRÍA que en las escrituras medievales del reino de Aragón era frecuente incorporar un anagrama circular sellado de cinco letras:

“I-V-S-I-V”.



Leído de izquierda a derecha significa “Ius” y al revés “Vis”.

Derecho y fuerza, poder ordenado, controlado, embridado por la justicia material, en un todo inescindible.

Ahí llevamos los notarios muchos siglos.

Y es que de eso se trata, de continuar ejerciendo nuestra función, la tradicional, que como institución aspira a expresar la idea de la ECUANIMIDAD, y los significados que conlleva: imparcialidad, igualdad, justicia, equilibrio, objetividad, neutralidad, mesura, calma, compostura, serenidad, tranquilidad.

Características asociadas a un concepto adecuado de desempeño diario de la profesión.

De todas ellas, sin embargo, y eso le da un plus ético, la idea de **neutralidad** se interpreta en el sentido más favorable a la parte más necesitada de protección.

En este sentido pueden traerse aquí dos frases del pasado, tan vigentes ahora como antes:

JOAQUIN COSTA, en “Reforma de la fe pública”, al fijar el perfil del Notario, dice que la suma de sus funciones hace de él “ un como mentor y **curador de oficio**, puesto por la ley al lado de los huérfanos, de las mujeres, de los rústicos, de los moribundos”.

STS 29/12/1927: “El Notario no sólo es el fedatario para que creamos lo que no vimos, sino que es el profesor de jurisprudencia de las clases humildes, proletarias, y el consejero prudente de los individuos y de las familias”.

**Y esta institución la configura el Estado así, para que cumpla su función en esas coordenadas éticas, porque quiere y porque le sale a cuenta.**

Podría decirse que la mayor parte de la justicia privada se realiza en la notaría: **una justicia “invisible” en frase afortunada de un compañero**, que se materializa armónicamente a través de procedimientos reglados y tasados

que han demostrado su alto valor y su eficiencia social.

Si la porción de la Justicia que asoma a los despachos notariales, entendida como la suma de decisiones o situaciones justas o injustas desde el punto de vista material, fuera vista como un **iceberg**, lo que sucede o no en una notaría sería la enorme parte sumergida del mismo, y una pequeña parte de lo que se queda por encima del nivel del mar sería la contenciosidad que se genera, normalmente independiente de la actuación notarial.

### *La presencia del Notariado en el ejercicio de todas las competencias que hemos venido mencionando se basa en la capacitación formativa del notario*

Una enorme parte sumergida en la que hay un aspecto positivo, el de todos los documentos que se firman en múltiples ámbitos y no tiene tacha ni dan problemas, y un aspecto negativo o de vacío, todos aquellos documentos que ya no se firman, porque el notario, la autoridad que se ha delegado en él, con su sola presencia los ahuyenta y disuelve antes de que nazcan, evitando conflictos o detectando los peligros de una previsible utilización espuria de la oficina notarial.

Ahora, en algunas de estas nuevas competencias, contamos con un procedimiento reglado para “documentar” la decisión “negativa” que hayamos adoptado en un determinado expediente, como por el ejemplo el expediente matrimonial.

La presencia del notariado en el ejercicio de todas las competencias que hemos venido mencionando se basa en la **capacitación formativa del notario**, imprescindible para tomar decisiones rápidas, pero meditadas y adaptadas a la realidad

en condiciones de seguridad para los propios otorgantes, los terceros y singularmente el Estado, que ha depositado en él una parte de los ideales constitucionales, y más allá de eso, de su bagaje ético.

Decía al principio que cabía discutir si son o no nuevos roles; quizá más modestamente podría decirse que **son refrendos legales de roles antiguos**, pues no lo son en la práctica del día a día desde que se configuró la profesión modernamente, respecto de algunos, y respecto de otros, especialmente en JV, no se puede decir que no se hallaran “in potencia” en la concepción moderna de la institución.

La labor de adecuación, de aquilatación de las circunstancias, de orientar en la selva legislativa, de acercar a soluciones en particiones hereditarias, por ejemplo, de preformar el acuerdo, fijando la voluntad, de descartar por ilegales o simplemente inconvenientes pretensiones, etc., todo ello ya lo hacíamos los notarios antes.

No cabe desconocer, además, que el notario puede actuar en relación con la jurisdicción ordinaria por “vaciamiento”, por cuanto nuestra actividad supone en los contratos que implican la generación de un crédito la innecesaria de acudir a un juicio declarativo para acreditar su existencia, en contra de la regla general, y de ahí la lógica de la atribución del monitorio notarial por la LJV.

Podría decirse que el Notario, de una manera u otra, pero más natural que extraña, poco a poco se va deslizando desde la tradicional “auctoritas” a ciertas zonas grises de decisiones teñidas de “imperium”; de perfil bajo si se quiere, pero que la fuerza de las circunstancias puede augurarse que tenderá a consolidar en el futuro.

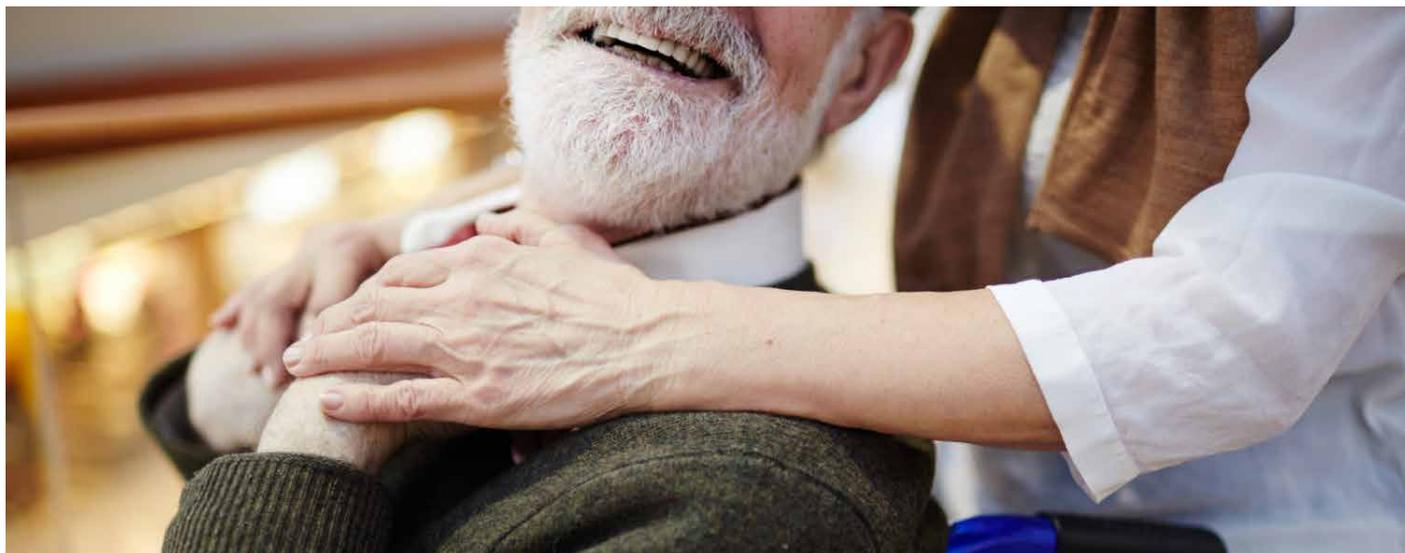
Este aumento de atribuciones demuestra la necesidad sí, pero también la confianza de la sociedad, en que el Notariado aportará su bagaje y buen hacer en aras del bien común. ■

# Estudios doctrinales

## La guarda de hecho: alcance y problemas de prueba

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE

*Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia*



**Sumario:** 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 2. FACULTADES ASISTENCIALES. 3. FUNCIONES REPRESENTATIVAS DEL GUARDADOR DE HECHO. 3.1. Por ministerio de la Ley. 3.2. Previa autorización judicial. 4. LA PRUEBA DE LA GUARDA DE HECHO. 4.1. La posición de las administraciones públicas. 4.2. El recurso al acta de notoriedad. 4.3. La posibilidad de instar un auto judicial de declaración de la condición de guardador de hecho. 4.4. La denominada “declaración responsable ante la entidad bancaria”.

**Resumen:** El presente trabajo pretende proporcionar una panorámica de la nueva regulación de la guarda de hecho. Analiza las funciones asistenciales y representativas del guardador. Examina, así mismo, los diferentes medios de prueba de la condición de guardador de hecho, en especial frente a las entidades bancarias, en particular, el acta de notoriedad y la llamada declaración responsable.

**Palabras clave:** discapacidad; medidas de apoyo; guarda de hecho; prueba.

**Abstract:** This paper aims to provide an overview of the new regulation of de facto guardianship. It analyses the care and representative functions of the guardian. It also examines the different means of proof of the status of de facto guardian, especially with regard to banks, in particular, the notarial act and the so-called responsible declaration.

**Keywords:** disability; support measures; de facto guardianship; curatorship, legal proof.

### 1. Consideraciones preliminares

La Ley 8/2021 pretende una “razonable desjudicialización”, que pasa por el reforzamiento de la guarda de hecho, la cual, como se dice en la Exposición de Motivos, había sido “entendida tradicionalmente como una situación fáctica y de carácter provisional”, debiendo ahora “convertirse en una verdadera guarda de derecho, otorgándole la categoría de institución jurídica de apoyo”.

El art. 269.I CC dice, así, que “la autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”, de donde se deduce que, cuando no hayan sido previstas medidas de naturaleza voluntaria, “quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su

función” (art. 263 CC), de modo que la constitución de la curatela es subsidiaria, exclusivamente, para el caso de que no existiera una guarda de hecho que funcionase correctamente.

En la Exposición de Motivos se explica que “la realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad

jurídica por un guardador de hecho -generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables-, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea”; y que “para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias”.

### 2. Facultades asistenciales

Las facultades del guardador son, básicamente, asistenciales, centrándose habitualmente en el cuidado cotidiano y personal de quien sufre la discapacidad. También en el ámbito de la salud<sup>1</sup>, y en la administración ordinaria de su patrimonio, sin perjuicio de que esa asistencia pueda también manifestarse ocasionalmente, ayudándole a formar su voluntad para celebrar actos jurídicos o contratos (también ante Notario), presupuesto que tenga capacidad para consentirlos.

Pero, en este caso, su función es puramente auxiliar, siendo, pues, bien distinta de la que corresponde al curador, quien ha de intervenir, necesariamente, en los supuestos en que así lo haya previsto la sentencia constitutiva de la curatela, consintiendo la celebración del contrato celebrado por la persona con discapacidad, siendo, en caso contrario, anulable dicho contrato (art. 1302.III CC). No sucede lo mismo respecto del guardador, pues, no siendo su intervención precisa (no es requisito de validez), su ausencia no determina la anulabilidad del contrato.

### *La desjudicialización que supone el reforzamiento de la guarda de hecho como medida de apoyo parece totalmente razonable, pero debe ir acompañada de un sistema que facilite la prueba de la condición de guardador*

Esta idea aparece claramente expresada en la Circular informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en la cual se observa que la guarda de hecho “no tiene que acreditarse ante notario, ni su existencia representa un condicionante para la actuación de la persona con discapacidad”, por lo que el guardador de hecho “puede comparecer ante el notario para prestar simplemente su apoyo instrumental”, “para ayudar a la persona con discapacidad a entender y ser entendida, sin que su intervención represente una confirmación o aprobación de la decisión adoptada por el interesado en el ejercicio de su capacidad jurídica”. A continuación, se pregunta, si, “por imitación a la curatela”, “debe el notario, atendidas las circunstancias del caso, demandar su asentimiento”, concluyéndose que “el notario no es un juez, que pueda condicionar el otorgamiento del instrumento público a la aprobación del guardador”, y que “la función del guardador de hecho, en el ámbito notarial, no debe ir más allá de prestar su auxilio a la persona con discapacidad para expresar o tomar su decisión y comprender el contenido del instrumento público notarial”.

En definitiva, no cabe aproximar el guardador de hecho al curador carente de facultades representativas, para llegar a la errada conclusión de que, al igual que este, ha de consentir los contratos celebrados por la persona a quien apoya (cuando se le atribuye esta función en la sentencia constitutiva de la curatela). Cuestión distinta es que el guardador de hecho pueda actuar sustitutivamente, en representación de la persona con discapacidad en los casos previstos en el art. 264.III CC, así como en el art. 264.I CC (aquí, previa autorización judicial).

### 3. Funciones representativas del guardador de hecho

Tras la reforma, al guardador se le encomiendan, no solo funciones asistenciales, sino también representativas: unas, por ministerio de la Ley; otras, previa autorización judicial.

#### 3.1. Por ministerio de la Ley

“No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar” (art. 264.III CC).

En las “Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores”, celebradas en Madrid los días 27 y 28 de septiembre de 2021, se dice que “la determinación de cuales sean estos actos dependerá del caso concreto, por lo que resulta necesario tener en cuenta el contexto personal, su modo de vida, ingresos (atender al ‘histórico bancario’ puede resultar revelador a esos efectos), etc.”.

Las SSAP Cádiz 5 septiembre 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:2152) y 5 septiembre 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:2126) observan que “las posibles actuaciones

1 Hay que tener en cuenta que, en el ámbito de la salud, el guardador de hecho se encuentra asimilado al cuidador principal, allegado o persona vinculada por razones familiares o de hecho (art. 5.3 y 9.2 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).



en las que el guardador de hecho puede ejercer su función como medida de apoyo, pueden concretarse en otros numerosos contextos, como señala el Ministerio fiscal: peticiones de recursos sociales, pensiones, plazas residenciales, centros de día, ayuda a domicilio, matriculaciones en centros de educación o formación profesional, entre otras, solicitudes a los bancos, etc. La función del guardador tiene reconocimiento en otros entornos. En el ámbito de la salud, el guardador de hecho se encuentra asimilado al cuidador principal, allegado o persona vinculada por razones familiares o de hecho (art. 5.3 y 9.2 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y ANEXO III apartado 7.7 del Real Decreto 1030/2006 de 15 de septiembre por el que se establece la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización). Las peticiones de auxilio a las FFCCSE por parte de los guardadores de hecho ante agitaciones, incidentes, altercados familiares de la persona con discapacidad o trastorno mental, tienen amparo en el marco del artículo 11.1 de la LO 2/1986 de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado”.

El Documento 1º, de julio de 2023, relativo a “La guarda de hecho en la Ley 8/21”, interpretativo del Protocolo Marco de Colaboración para la efectividad de las medidas de apoyo a la capacidad jurídicas de las personas con discapacidad en el ámbito bancario, entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones Bancarias, de 19 de julio de 2023, interpreta el concepto de actos “escasa relevancia económica”, para cuya conclusión el art. 264.III CC legitima al guardador de hecho.

Afirma que “no presenta dificultades la categorización como tales de los gastos y disposiciones finalistas que respondan a cargos habituales en cuenta o contra factura por tratarse de la atención de necesidades básicas de cuidado personal, habitación,

alimentación, vestido o salud; gastos relativos a la conservación ordinaria de su patrimonio en la parte necesaria para asegurar su disponibilidad para sus necesidades de cuidado; pago de suministros y prestaciones de servicios vitales; finalmente, otros gastos que, sin ser esenciales para su cuidado, sean acordes con sus deseos y preferencias y se hubieran consolidado en su trayectoria anterior siempre que sean acordes a sus medios y posibilidades”.

Por el contrario, entiende que, “en cuanto a las disposiciones de efectivo no finalistas -como salvaguarda en consideración a que el guardador de hecho no rendirá habitualmente cuenta judicial de su gestión-, se hace imprescindible como buena práctica establecer límites cuantitativos de referencia”; y añade: “a tal efecto, son útiles, como pautas o cuantificaciones orientativas, las que resultan de los índices estadísticos oficiales relativos a gasto medio por persona y/u hogar que periódicamente publica el Instituto Nacional de Estadística (al vencimiento del primer semestre del año siguiente). El establecimiento de esas referencias no obsta a su flexibilización en razón de las circunstancias -medios y necesidades- del caso concreto”.

### 3.2. Previa autorización judicial

El art. 264.I CC prevé que, “cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad”.

El guardador deberá solicitar la autorización “a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad”, por lo que, “antes de tomar una decisión, la autoridad judicial entrevistará por sí misma a la persona con discapacidad y podrá solicitar un informe pericial para acreditar la situación de esta. También podrá citar a la comparecencia a cuantas personas considere necesario oír en función del acto cuya autorización se solicite” (art. 52.3 LJV).

Nótese que el juez deberá oír a la persona con discapacidad, pero no dice que deba seguir su voluntad, en todo caso. Creo, así, que el juez podrá conceder la autorización, si existe una clara necesidad de realizar un acto, aun oponiéndose aquella, cuando la misma no pueda formar libremente su voluntad, por sufrir una enfermedad que le prive de la facultad de discernimiento.

Según el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022, “cuando el guardador de hecho solicite una autorización para representar a la persona con discapacidad en la enajenación de bienes inmuebles, se seguirá el procedimiento previsto en los arts. 61 y ss. LJV, por ser el más específico para este acto, y no el general del art. 52.3 LJV”<sup>2</sup>.

En particular, conforme al art. 63.1 LJV, “en la solicitud deberá expresarse el motivo del acto o negocio de que se trate, y se razonará la necesidad, utilidad o conveniencia del mismo; se identificará con precisión el bien o derecho a que se refiera; y se expondrá, en su caso, la finalidad a que deba aplicarse la suma que se obtenga”. Además, “con la petición que se deduzca se presentarán los documentos y antecedentes necesarios para poder formular juicio exacto sobre el negocio de que se trate y, en su caso, las operaciones particionales de la herencia o de la división de la cosa común realizada”. Según el art. 63.2 LJV, “en el caso de autorización solicitada

2 En este sentido se orienta también SAP Cádiz (Sección 5ª) 27 mayo 2022, rec. nº 133/2022 (ECLI:ES:APCA:2022:929).

para transigir, se acompañará, además, el documento en que se hubieren formulado las bases de la transacción”. Por último, a tenor del art. 63.3 LJV, “podrá también incluirse en la solicitud la petición de que la autorización se extienda a la celebración de venta directa, sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad especializada. En este caso, deberá acompañarse de dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar”.

El AJPI (núm. 5) Córdoba 15 septiembre 2022<sup>3</sup>, constatando la condición de guardadora de hecho de la hija de una persona con demencia avanzada, ha aplicado los arts. 61 y ss. LJV, para autorizar a aquella a vender directamente la cuota de un inmueble, por considerar que dicha venta revertiría en beneficio de la madre, que se encontraba en una residencia, “no pudiendo afrontar el gasto total de su estancia con las pensiones que percibe”, observando que el resto de comuneros estaban de acuerdo en la operación y que se había aportado una copia del preacuerdo de venta, en el que constaban los datos de las partes, vendedora y compradora, así como el precio de venta, que era ligeramente superior al valor de tasación fijado en el informe adjuntado. Se acuerda también requerir a la guardadora de hecho para que acredite que el dinero correspondiente a su madre “se ha destinado a las finalidades expuestas en la demanda (ingreso en una cuenta

bancaria de la persona con discapacidad para atender los gastos de ésta)”.

#### 4. La prueba de la guarda de hecho

La desjudicialización que supone el reforzamiento de la guarda de hecho como medida de apoyo parece totalmente razonable, pero debe ir acompañada de un sistema que facilite la prueba de la condición de guardador, pues, en caso contrario, este difícilmente podrá actuar en representación de la persona con discapacidad en los actos a los que se refiere el art. 264. III CC, los cuales, aunque de escasa cuantía económica (razón por la que, precisamente, no requieren autorización judicial), pueden tener una gran trascendencia práctica<sup>4</sup>.

##### 4.1. La posición de las administraciones públicas

La Consulta INSS 30 noviembre 2021, en relación a la competencia para solicitar y percibir prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuando los beneficiarios de las mismas son personas mayores de edad con discapacidad, ha declarado que “el guardador de hecho puede solicitar la prestación económica de Seguridad Social en favor de la persona con discapacidad, sin requerirse para ello autorización judicial, ingresándose la pensión en la cuenta bancaria de la persona con discapacidad”. Además añade que “la condición de guardador de hecho puede acreditarse mediante libro de familia (que acredite, en su caso, la relación de parentesco que mantienen el guardador y la persona

con discapacidad), certificado de empadronamiento o documentación que acredite convivencia, así como aquellos documentos de los que se desprenda claramente dicha condición”.

Por su parte, las administraciones autonómicas, en orden a las solicitudes de reconocimiento de grado de discapacidad, están empezando a admitir las presentadas por guardadores de hecho a través de declaraciones de responsabilidad sobre los siguientes extremos: que se tiene la guarda de hecho de la persona con discapacidad, con expresión de las razones por las que se ostenta; que “a su juicio dicha persona no tiene capacidad de autogobierno”; y la relación de parientes, con indicación de nombres y apellidos, edad, tipo de parentesco y dirección.

##### 4.2. El recurso al acta de notoriedad

No creo que haya ningún obstáculo a que la prueba de la guarda de hecho se realice mediante un acta de notoriedad, al amparo del art. 209 del Reglamento Notarial, pues, aunque se trata de una situación de hecho informal, sin embargo, tiene un carácter estable; y, desde luego, no cabe duda de que quien la desempeña está legitimado para realizar actos con trascendencia jurídica en la esfera personal y patrimonial de la persona con discapacidad<sup>5</sup>. No obstante, dado que el cambio de guardador es posible, parece que deberá prestarse atención a la fecha del acta de notoriedad, en orden a considerar que quien pretende realizar un acto en nombre de la persona con discapacidad sigue siendo su guardador<sup>6</sup>.

3 AJPI (núm. 5) Córdoba 570/2022 15 septiembre 2022, Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria Genérico 1297/2021.

4 De este problema sí se ha ocupado Artículo 169-13, del Proyecto de Ley de modificación del código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas (Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, n. 40, XI Legislatura), que lleva por rúbrica “Acreditación de la condición de guardador de hecho” y conforme al cual:

“1. La guarda de hecho es una medida de apoyo que no necesita ser declarada judicialmente para acreditar su existencia.

2. La guarda de hecho podrá acreditarse por cualesquiera medios de los admitidos en Derecho y, en particular, por haber ejercido la autoridad familiar sobre la persona con discapacidad, por la convivencia en el mismo domicilio, la relación de parentesco dentro del cuarto grado o la condición de cónyuge o pareja estable no casada.

3. También servirá como acreditación de la guarda de hecho:

a) La declaración de la Junta de Parientes de la persona con discapacidad realizada dentro de los dos años anteriores.

b) La declaración de notoriedad en acta notarial dentro de los dos años anteriores”.

5 Esta es la posición de la Circular de la Junta Directiva del Colegio Notarial de las Islas Canarias, adoptada en Acuerdo de 29 de abril de 2022, que contiene, además, un modelo de acta de notoriedad, como también de la Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, sobre la actuación notarial en las medidas de apoyo voluntario y para la declaración de notoriedad de la guarda de hecho (Ley 8/2021).

6 La Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, p. 14, observa que “el acta constata la existencia de la guarda de hecho en un momento dado (tenencia), pero su subsistencia en el tiempo (posesión) es una presunción legal que se activa cada vez que se



El notario deberá constatar que la persona con discapacidad, examinadas sus capacidades cognitivas y volitivas, necesita de medias de apoyo estables para el ejercicio de su capacidad; y esto presupuesto, como observa la Circular de la Junta Directiva del Colegio Notarial de las Islas Canarias, adoptada en Acuerdo de 29 de abril de 2022, 6, “la existencia de la guarda de hecho; su adecuado ejercicio; y que no existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente”.

La Circular referida afirma que, “con carácter general el requerimiento debe formularse conjuntamente por el guardador de hecho y por la persona apoyada. Ambos tienen que comparecer y aseverar bajo su responsabilidad la certeza del hecho cuya notoriedad se pretende establecer, es decir: la existencia de la guarda de hecho; que el guardador viene prestando su apoyo de forma adecuada; que no existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente; y que no concurre entre la persona apoyada y el guardador relación contractual que le obligue a la prestación de servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga u otros apoyos (art. 250 CC)”<sup>7</sup>.

Observa que, “en los casos excepcionales en los que la persona guardada no tenga aptitud para consentir (pensemos en las situaciones de personas mayores que están bajo el cuidado de un familiar pero que no tienen aptitud para prestar consentimiento) el acta de notoriedad puede ser también un instrumento que permita la actuación del guardador dentro de los límites legales que señala el artículo 264 del

Código civil”. Concluye que, “en ese caso, el notario dejará constancia de la imposibilidad de hecho de manifestar y conformar voluntad y de la inaptitud de prestar consentimiento por parte de la persona guardada, debiendo en este supuesto advertir expresamente de que la actuación del guardado queda dentro de los límites del artículo 264, requiriéndose autorización judicial en los casos prevenidos en dicho artículo, si bien, “no será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar”<sup>8</sup>.

### *Tras la reforma, al guardador se le encomiendan, no solo funciones asistenciales, sino también representativas*

Estos extremos no añaden nada a lo que ya dice el art. 264 CC, pero su constatación en el acta puede ser útil en el tráfico jurídico, para disipar dudas de las personas u organismos que deban tratar con el guardador.

Respecto de los elementos de prueba, la Circular se remite al art. 209 del Reglamento Notarial, el cual prevé que “el notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas

pruebas estime necesarias, sean o no propuestas por el requirente”. Concretamente, considera “recomendable, dada la naturaleza de los hechos a probar, la prueba testifical”, precisando que “los testigos han de conocer al guardador y a la persona apoyada y les debe constar que son ciertos los hechos manifestados por los requirentes, en especial la existencia de la guarda y que se viene ejerciendo adecuadamente”<sup>8</sup>. “Otras pruebas recomendables a practicar –continúa– podrían ser solicitar informe al trabajador social, la obtención de información del Registro Civil o cualesquiera otras pruebas que el notario considere conveniente”. “No parece aconsejable –concluye– la publicación de edictos a fin de preservar el derecho a la intimidad de la persona con discapacidad”.

En las actas de notoriedad, frecuentemente, se protocolizan los siguientes documentos de prueba: certificado de discapacidad, emitido por el organismo de la Comunidad Autónoma de residencia; certificado de empadronamiento, del que se desprende la convivencia entre los requirentes; fotocopia del Libro de familia acreditativa del parentesco entre ambos; y partida de nacimiento de la persona con discapacidad, de la que resulta la inexistencia de medidas de apoyo judiciales o voluntarias, inscritas o anotadas.

La Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, sobre la actuación notarial en las medidas de apoyo voluntario y para la declaración de notoriedad de la guarda de hecho (Ley 8/2021), p. 20, entiende que, “a fin evitar que circulen ‘datos informativos cuya difusión debe ser cuidadosamente valorada, se considera

ejercita”.

7 La Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, p. 17, más precisamente, afirma que “con carácter general el requerimiento debe formularse conjuntamente por el guardador de hecho y por la persona apoyada”, pero que, “si ésta última no puede conformar o expresar su voluntad, al existir imposibilidad de hecho, aún con la ayuda de medios o apoyos para ello, será requirente únicamente el guardador de hecho.

Añade que “excepcionalmente podrá formular el requerimiento el guardador de hecho dando razón del motivo por el que no comparece la persona apoyada (por razón de imposibilidad o de movilidad). En este caso el notario habrá de personarse en su domicilio con el fin de dar cuenta a la persona apoyada del requerimiento o, en su caso, constatar la situación de imposibilidad”.

8 Más estricta es en este punto la Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, p. 18, según la cual, “entre las posibles pruebas, es imprescindible, dada la naturaleza de los hechos a probar, la prueba testifical, especialmente de los parientes y personas próximas al guardador y guardado. Los testigos, por tanto, han conocer al guardador y a la persona apoyada, les debe constar que son ciertos los hechos manifestados por los requirentes, en especial la existencia de la guarda y que se viene ejerciendo adecuadamente. En este punto es relevante la declaración que puedan realizar los familiares”.

conveniente que [el acta de notoriedad] se formalice en dos instrumentos públicos, lo que permite que se acredite la existencia de la notoriedad solo con la exhibición del acta de cierre, en la que consta la declaración de notoriedad”.

Por lo tanto, según la referida Circular, el acta de notoriedad, “incluso aunque se inicie, se practiquen las pruebas y concluya en el mismo día y en un solo acto, se debe documentar en dos instrumentos públicos”: un acta inicial, que “contendrá las declaraciones, las pruebas y documentación” y se incorporará al protocolo como instrumento independiente; y, un acta final, que sólo “contendrá una escueta relación de las pruebas practicadas, sin entrar en detalles y el juicio de notoriedad por el notario”.

### 4.3. La posibilidad de instar un auto judicial de declaración de la condición de guardador de hecho

En la práctica, surgen dificultades con las entidades de crédito, que son renuentes a permitir que el guardador de hecho pueda retirar fondos de una cuenta bancaria de la que es titular la persona con discapacidad. Para constatar que se es guardador de hecho, como ya he dicho, es posible acudir a un acta de notoriedad y, en los casos de negativa infundada, cabrá instar un auto de declaración de la condición de guardador de hecho frente a la entidad bancaria a través de un proceso de jurisdicción voluntaria.

El AJPI (núm. 3) Córdoba 11 enero 2022<sup>9</sup> ha reconocido, así, dicha condición respecto de la madre frente a BBK BANK CAJASUR y, en consecuencia, ha declarado que “se encuentra legitimada por ley para realizar respecto de cuentas bancarias de la que su hija

sea titular, funciones de administración ordinaria y disposición”.

Ciertamente, resulta paradójico que, siendo la guarda de hecho una medida de apoyo informal, el guardador se vea obligado a acudir a un Juzgado para que se le declare formalmente como tal, a fin de poder realizar una actuación representativa, para la cual está expresamente legitimado por el art. 264.III CC (parece, pues, que asistimos a una suerte de “judicialización” de la “desjudicialización”)<sup>10</sup>.

El AJPI (núm. 5) Córdoba 7 febrero 2022<sup>11</sup> constata dicha paradoja, al estimar la demanda de reconocimiento de la condición de guardadora de hecho de una hermana. Dice, así, que “la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal”, pero que la guardadora “se ve necesitada de recabar el auxilio judicial con el objeto de que se reconozca por parte de entes públicos y privados las facultades que ya vienen reconocidas legalmente en aras, única y exclusivamente, a tutelar los intereses de su hermana, cuya discapacidad consta acreditada en autos”; y añade: “Esta cuestión no deja de ser preocupante pues lleva ínsito un desconocimiento e incumplimiento por parte de dichos entes de la nueva regulación legal para la protección de las personas con discapacidad, obstaculizando, entorpeciendo y retrasando que puedan ejercitar sus derechos a través de sus guardadores de hecho”. Observa que la guardadora de hecho no necesita que se declare judicialmente su condición de tal, a efectos de poder cancelar una cuenta bancaria de su hermana, solicitar los atrasos a los que esta tiene derecho, por la pensión de orfandad que tiene reconocida por el INSS, ni para disponer de la cantidad que le corresponde por

un seguro de defunción de Mapfre del que es beneficiaria, porque el Código civil “establece que la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal para la guarda de hecho ni para los actos descritos”. Sin embargo, dado los obstáculos a los que se enfrenta la demandante para poder ejercer sus funciones, se accede a su pretensión y se le declara guardadora de hecho de su hermana “a todos los efectos legales”<sup>12</sup>.

También en el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022, se dice que “cuando en el expediente de Jurisdicción voluntaria incoado por la solicitud de provisión judicial de medidas de apoyo, tras la entrevista con la persona con discapacidad y la práctica de las pruebas consideradas necesarias, se advierta que existe una guarda de hecho adecuada y suficiente, procedería dictar un auto de archivo del expediente sin adoptar las medidas de apoyo judicial solicitadas”. No obstante (sin duda a efectos prueba de la condición de guardador), se añade que “es recomendable que ese mismo auto deje constancia de la existencia de una guarda de hecho ejercida por NN en relación a la persona de NN, y reseñar las funciones que el Código Civil atribuye al guardador de hecho”.

Esto es lo que hace la SAP La Coruña (Sección 3ª) 17 julio 2022<sup>13</sup>, que confirma la sentencia que había desestimado la pretensión de constituir una curatela en apoyo de una persona que, según el informe médico forense, “presentaba un deterioro cognitivo grave, en contexto de la enfermedad de SIDA, de carácter crónico, con

9 AJPI (núm. 3) Córdoba 8/2022 11 enero 2022, procedimiento Jurisdicción Voluntaria, genérico, 1641/2021.

10 En cualquier caso, como dice la SAP León (Sección 1ª) 21 marzo 2022, rec. nº 1105/2021 (ECLI:ES:APLE:2022:489) (si bien respecto de un caso en el que la identificación de los guardadores se realiza en el marco de un juicio de modificación de la capacidad de obrar iniciado bajo la vigencia de la legislación anterior), “como la guarda de hecho no es un cargo jurídico que se deba constituir por el tribunal”, la autoridad judicial, se limitará “a dejar constancia de ella para identificar a quienes la ejercen”.

11 AJPI (núm. 5) Córdoba 8/2022 7 febrero 2022, Prov. Medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad 1030/2021.

12 Vid, en el mismo sentido SSAP Castellón (Sección 4ª) 16 septiembre 2022, rec. nº 236/2022 ECLI:ES:APCS:2022:1106), Álava (Sección 1ª) 17 enero 2023, rec. nº 1948/2022 (ECLI:ES:APVI:2023:32), La Coruña (Sección 6ª) 31 enero 2023, rec. nº 115/2022 (ECLI:ES:APC:2023:162) y León (Sección 2ª) 2 junio 2023, rec. nº 516/2022 (ECLI:ES:APLE:2023:724).

13 La Coruña (Sección 3ª) 17 julio 2022, rec. nº 238/2022 (ECLI:ES:APC:2022:1903).



tendencia a un mayor deterioro, no siendo esperable mejoría, no pudiendo tomar decisiones en relación con su persona y administración de bienes”; y ello, por existir una guarda de hecho, ejercida por una ONG. Sin embargo, considera conveniente la declaración judicial de la condición de guardador de hecho de la referida ONG, “a los meros efectos de acreditar esa condición frente a terceros”, y especifica, con bastante detalle, los actos que la guardadora puede realizar, sin limitarse a hacer una genérica remisión al art. 264.III CC. Dice, así, que “podrá representar plena y totalmente” a la persona con discapacidad en los siguientes actos: 1) En la obtención y renovación de un certificado digital electrónico de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, a fin de poder realizar gestiones telemáticas en las que sea precisa la utilización de tal medio de identificación y firma. 2) En la gestión, administración y disposición ante la entidad bancaria [en la que a la persona con discapacidad le ingresan la pensión no contributiva]. 3) En las solicitudes de actos médicos, toma de decisiones y en su caso suscripción del consentimiento informado para la realización de intervenciones médicas. 4) En cualquier acto ante la Administración General del Estado y organismos dependientes, como AEAT y la Dirección General de Tráfico, ante la Xunta de Galicia y organismo dependientes, y ante la Administración Local; y en general, en cualquier acto de gestión de los intereses ordinarios de [la persona con discapacidad]”. También lo faculta para realizar un acto, que no es de los comprendidos en el art. 264.III CC, ante la existencia de una necesidad actual de autorización judicial. Y ello, sin duda, con la finalidad de evitar que posteriormente tuviera que iniciarse un procedimiento de jurisdicción voluntaria para obtener dicha autorización: “En la aceptación, cobro y suscripción de carta de pago de la herencia de su difunto padre; y, especialmente, para el cobro

de una cantidad correspondiente a un seguro, cuya cuota parte ya percibieron sus hermanos”. Concluye: “Cualquier otra necesidad de apoyo representativo puntual que pudiera surgir en el futuro deberá ser solicitada por el cauce del expediente de jurisdicción voluntaria”.

La SAP Álava (Sección 1ª) 17 enero 2023<sup>14</sup> procede de manera semejante, rechazando la pretensión de constitución de curatela, por existir una guarda de hecho desempeñada por la madre, desde que su hijo había alcanzado la mayoría de edad, “si bien, parece oportuno realizar una declaración judicial sobre el carácter de guardadora de hecho” de aquélla, “aunque sea a los meros efectos de acreditar esa condición frente a terceros”. Además, precisa que la guardadora podrá representar a su hijo en los siguientes actos: “1) En la obtención y renovación de DNI/pasaporte y obtención de un certificado digital electrónico de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, a fin de poder realizar gestiones telemáticas en las que sea precisa la utilización de tal medio de identificación y firma. 2) En la toma de decisiones de contenido económico, educativo, así como, gestión, administración y disposición ante la entidad bancaria en la que [el hijo] tenga abierta una cuenta corriente 3) En las solicitudes de actos médicos, toma de decisiones y en su caso suscripción del consentimiento informado para la realización de intervenciones

médicas. 4) En cualquier acto ante la Administración y Tribunales, y en general, en cualquier acto de gestión de los intereses ordinarios de [del hijo] ante la Administración y Tribunales”. Concluye que “cualquier otra necesidad de apoyo representativo puntual que pudiera surgir en el futuro deberá ser solicitada por el cauce del expediente de jurisdicción voluntaria”<sup>15</sup>.

En las “Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores”, de 2021, se afirma que “realizado un proceso de revisión de medida que concluya en el archivo de una tutela, curatela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, acordadas con anterioridad a la reforma, por entenderse ahora suficiente y adecuada para la persona la guarda de hecho, dicha resolución constituirá un título acreditativo extraordinario sobre esta institución, así como la propia sentencia que en su día las constituyó”.

#### 4.4. La denominada “declaración responsable ante la entidad bancaria”

El Documento 1º, de julio de 2023, relativo a “La guarda de hecho en la Ley 8/21”, interpretativo del Protocolo Marco de Colaboración para la efectividad de las medidas de apoyo a la capacidad jurídicas de las personas con discapacidad en el ámbito bancario, entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones Bancarias, de 19 de



14 SAP Álava (Sección 1ª) 17 enero 2023, rec. nº 1948/2022 (ECLI:ES:APVI:2023:32).

15 No deja de ser curioso, que esta sentencia establece una revisión de la declaración de guardador de hecho a los tres años, medida ésta que el art. 268.II CC sólo contempla para las medidas judiciales de apoyo, lo que es una manifestación más de la paradoja de la judicialización de la desjudicialización. Establece, además, la obligación de la guardadora de informar de su actuación el mes de enero de cada año.

julio de 2023, contempla lo que llama una “declaración responsable ante la entidad bancaria”.

Sin embargo, dicho documento, en rigor, es un poder realizado ante el banco por la persona, que, aun teniendo una discapacidad, no obstante, puede manifestar una voluntad libremente formada; y ello, con la finalidad de legitimar a quien designa como guardador, para realizar una serie de operaciones dentro de los límites establecidos en el documento de apoderamiento.

Se dice, así, que “la declaración responsable ante la entidad financiera reflejará, entre otros, los siguientes contenidos: la identificación de los sujetos intervinientes<sup>16</sup>; la relación de parentesco o vínculo que les une, el alcance y modalidad de la actuación del guardador o guardadores ante la entidad; los niveles de acceso a la información bancaria; las autorizaciones de gestión operativa; la precisión y adecuación al caso concreto (...) de los límites de la gestión económica de *escasa relevancia*<sup>17</sup>; la autorización o no de medios de pago —que nunca podrán implicar financiación o endeudamiento, en cuanto se asimilarían a operaciones de crédito precisadas de autorización judicial— y las modalidades operativas pactadas para los mismos; la especificación de la (...)

cuenta bancaria de referencia para la operativa a desarrollar con la intervención del guardador y la relación de los productos vinculados a la misma”<sup>18</sup>.

Cabe preguntarse por qué se denomina “declaración responsable” a lo que no es, sino un apoderamiento.

La razón estriba en que, en un principio, esta “declaración responsable” se concibió como una declaración del guardador de hecho, en los supuestos en que la persona con discapacidad no puede exteriorizar una voluntad libremente formada, la cual era semejante a la que el guardador realiza ante las administraciones públicas para solicitar prestaciones económicas. Se pretendía, pues, que dicha declaración acreditara ante el banco la condición de guardador de hecho y que, en consecuencia, éste pudiera actuar en representación de la persona necesitada de apoyo, para concluir en su nombre operaciones bancarias para cuya conclusión le habilita el art. 264.III CC.

Sin embargo, posteriormente, se cambió de opinión, seguramente, ante el temor de que dicha declaración de responsabilidad, hecha por el propio guardador, pudiera posibilitar actuaciones en perjuicio de la persona con discapacidad<sup>19</sup>. En su lugar, se previó el actual documento de apoderamiento suscrito por ambas partes, conservándose, sin

embargo, la denominación de “declaración de responsabilidad”, lo que, a todas luces, resulta inadecuado a la naturaleza del documento, que es un título voluntario de legitimación del guardador para actuar dentro de los límites y con las salvaguardas en él establecidas.

Por lo tanto, la llamada “declaración de responsabilidad” es inoperante en el caso para el que originariamente se pensó, es decir, para la acreditación de la condición de guardador de hecho de la persona que no puede manifestar una voluntad libre y responsable, caso este, en el que el Documento interpretativo resalta la “especial eficacia” de las actas de notoriedad, “por aportar mayor seguridad jurídica”, “en cuanto dan fe de los elementos esenciales de la guarda, es decir, la discapacidad que requiere el apoyo, el vínculo entre las partes y la suficiencia y adecuación de la propia guarda”<sup>20</sup>.

Precisa, además, una idea importante, al observar que la prueba realizada a través del acta de notoriedad “reflejará un momento temporal preciso, por lo que deberá tenerse en cuenta la necesidad de cierta actualización periódica para detectar eventuales cambios de situación en la guarda, sin perjuicio de la obligación del guardador de comunicar dichas circunstancias desde el mismo momento en que se produzcan”. ■

16 Se dice en el Documento interpretativo que “el documento será suscrito por el titular del producto bancario que comunica a la entidad la existencia de la guarda de hecho y firmado por el guardador (o guardadores en caso de pluralidad en el apoyo)”.

17 Concepto relativo a los actos que, según el art. 264.III CC, el guardador de hecho puede realizar en representación de la persona con discapacidad

18 En el Documento interpretativo se afirma que “la eficaz salvaguarda de la buena actuación del apoyo aconseja como buena práctica la reconducción y vinculación a una única cuenta bancaria de todos los ingresos y gastos ordinarios de la persona con discapacidad, así como los productos accesorios a la misma, como pueden ser las tarjetas monedero y otros medios de pago a débito. Esta previsión evitará la afectación de la privacidad de otros eventuales cotitulares”.

Se añade que “la singularización en una sola cuenta de la gestión ordinaria de la guarda enervará el riesgo de confusión de patrimonios, evitará la posible actuación fraudulenta de presentarse como guardador ante distintas entidades bancarias interesando la capacidad de gasto máxima en cada una de ellas sobre los referidos índices de referencia y permitirá, en su caso, la adecuada rendición judicial de cuentas por el guardador de hecho”.

19 Me parece interesante traer a colación la opinión expresada por la Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, p. 16, respecto a la consideración (en general) de las declaraciones de responsabilidad como medio de acreditación de la condición de guardador de hecho.

Dice, así: “Y no es de recibo, recurrir a una sedicente ‘declaración responsable’ que más que una prueba constituye un intento de descargar la propia responsabilidad en quien supuestamente presta el apoyo, tal vez de manera simulada o asumiendo una condición de la que carece en perjuicio de la persona con o sin discapacidad. Bajo esta perspectiva la declaración responsable no es una prueba, sino un subterfugio para tratar de eludir su receptor la responsabilidad que pudiera contraer respecto de la persona que se declara apoyar. En el fondo, más que una prueba, es una dispensa de ella, que busca excusar la propia responsabilidad en detrimento de la seguridad jurídica”.

20 Se observa que “la propia naturaleza de la guarda, eminentemente familiar, conduce a elevar la diligencia en la verificación de su realidad cuando el guardador surge más allá del entorno familiar próximo del guardado (allegados, vecinos o amigos), y este no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad”. “Por el contrario -se añade-, cuando se trata de una guarda de hecho en el entorno familiar más próximo, en particular, en el supuesto de progenitores que tras alcanzar su hijo con discapacidad la mayoría de edad continúan prestándole apoyos, la acreditación vendrá facilitada directamente por su ejercicio inmediatamente anterior, que en la generalidad de estos supuestos, será por sí mismo notorio”.

# Estudios doctrinales

## Más allá de la compraventa obligacional romana: la obligación del vendedor de transmitir la propiedad en algunos códigos modernos

JOSÉ L. LINARES PINEDA

*Universitat de Girona*

**Resumen:** El artículo aborda la obligación del vendedor de transferir la propiedad, una obligación que va más allá de la simple entrega de la cosa vendida. Este concepto aparece en varios códigos modernos, como los de Francia, Argentina, Brasil, y Chile, comparándolo con el Derecho Romano, donde la transmisión de la propiedad requería no solo un contrato, sino también la traditio (entrega efectiva). La investigación analiza cómo esta obligación se establece en algunos códigos, a menudo coexistiendo con la garantía por evicción, que protege al comprador frente a reclamaciones de terceros que puedan afectar su posesión o disfrute pacífico de la cosa comprada.

En particular, se examina el contraste entre la regulación de la compraventa como una obligación de resultado (transmitir la propiedad) y el enfoque de algunos ordenamientos jurídicos donde la compraventa solo obliga a la entrega de la cosa y a garantizar la posesión pacífica, sin necesariamente implicar la transferencia inmediata de la propiedad. También se discuten las raíces históricas de estas obligaciones en los sistemas jurídicos europeos y latinoamericanos, así como la influencia del Derecho Romano y la tradición romanística en la formación de estos sistemas.

El artículo también explora la complejidad de la obligación del vendedor en diferentes sistemas, destacando la influencia de codificaciones como la napoleónica, el Código Civil argentino, brasileño, italiano y alemán, y cómo estos códigos lidian con las obligaciones del vendedor, la entrega, y la transmisión de la propiedad. Finalmente, reflexiona sobre las tensiones entre el incumplimiento de esta obligación y las garantías tradicionales, como la evicción y los vicios ocultos.

**Palabras clave:** Compraventa obligacional; Transmisión de propiedad; Traditio; Evicción; Derecho romano; Derecho comparado; Garantía por vicios ocultos; Obligación de resultado; Código Civil francés; Código Civil argentino; Código Civil brasileño; Código Civil italiano; Derecho civil.

**Abstract:** The article addresses the seller's obligation to transfer ownership, which goes beyond merely delivering the sold item. This concept appears in several modern legal codes, such as those of France, Argentina, Brazil, and Chile, and is compared with Roman law, where the transfer of ownership required not only a contract but also the traditio (actual delivery). The study examines how this obligation is established in some codes, often coexisting with the warranty against eviction, which protects the buyer against third-party claims that may affect their peaceful possession or enjoyment of the purchased item.

The analysis focuses on the contrast between regulating sales as an obligation of result (to transfer ownership) and certain legal systems where the sale only obliges the seller to deliver the item and ensure peaceful possession, without necessarily implying the immediate transfer of ownership. The historical roots of these obligations in European and Latin American legal systems are discussed, along with the influence of Roman law and the Romanistic tradition in shaping these systems.

The article also explores the complexity of the seller's obligation in different systems, highlighting the influence of codifications such as the Napoleonic Code, and the civil codes of Argentina, Brazil, Italy, and Germany. It analyzes how these codes address the seller's obligations, delivery, and transfer of ownership. Finally, it reflects on the tensions between the breach of this obligation and traditional warranties, such as eviction and hidden defects.

**Key words:** Obligational sale; Transfer of ownership; Traditio; Eviction; Roman law; Comparative law; Warranty against hidden defects; Obligation of result; French Civil Code; Argentine Civil Code; Brazilian Civil Code; Italian Civil Code; Civil law.

1. En este trabajo recuperamos nuestros anteriores estudios sobre esta temática.<sup>1</sup> Amplias partes de este trabajo reproducen fuentes y argumentos

de las investigaciones citadas en nota. Nuestro criterio sobre esta materia se ha ido formando de manera sucesiva. No hemos tenido un acceso ágil a

especialistas en Derecho moderno que nos ofrecieran una visión global previa de los problemas conexos y la bibliografía relevante para las cuestiones

1 Publicados en el Tomo II del *Libro Homenaje al Profesor Antonio Fernández de Buján*, dir. J.A. BUENO/M.E. de las Casas (Madrid 2022) 615 ss. (juntamente con la Prof. Carmen Gómez Buendía) y, más recientemente, en *RGDR* 40 (2023), donde se profundiza en las referencias a los Derechos civiles argentino, brasileño y chileno. Estas publicaciones se enmarcan en el Proyecto *La tradición romanística ante las grandes reformas del derecho de la compraventa* PID2019-110899GB-I00 DER. De manera independiente, nuestra compañera Victoria Sansón ha publicado sobre esta misma temática *Responsabilidad del vendedor por vicios jurídicos en Derecho romano y Derecho comparado. Problemas que plantea su modernización*, en *RGDR* 37 (2021)

centrales de Derecho moderno ha aparecido a menudo de manera sobreenvenida.

Estas páginas traducen, por otro lado, la tensión no resuelta entre el marco metodológico de la investigación romanística convencional y el de la comparación diacrónica; mientras aquélla debe poner en duda permanentemente el *status quaestionis* sobre la materia objeto de estudio, ésta suele partir de una abstracción sobre el ‘régimen clásico’ de tal o cual institución.

En esta ocasión, querríamos profundizar en la paradoja de la coexistencia, en una serie de códigos ‘latinos’, de una obligación del vendedor de transmitir la propiedad (un *dare* que aparentemente va más allá de la obligación tradicional de entregar la cosa y garantizar su pacífica posesión y disfrute [un *facere*]), junto a una

regulación extensa de la garantía por evicción.

Nuestras reflexiones se limitan a las transacciones mobiliarias (al margen del Derecho de consumo) en el contexto anterior a los intentos de armonización del Derecho privado europeo, de los que se viene ocupando nuestra compañera Carmen Gómez Buendía<sup>2</sup>.

También con carácter previo, los límites a la reivindicación mobiliaria, acogidos con distinta intensidad en todos los cuerpos legales que siguen, restringen, como es sabido, el impacto práctico de estas consideraciones<sup>3</sup>.

2. Comenzando por nuestro Derecho, el modelo de la compraventa obligacional romana, definido entre otros por fragmentos como Paul. Dig. 41.1.31 pr. (31 ed.) *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa*

*praecesserit, propter quam traditio sequeretur* y Ulp. D. 18.1.25.1 (34 Sab.) *Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spondit*<sup>4</sup>, se habría preservado admirablemente en el Código civil español de 1889 (CCEsp)<sup>5</sup>, arts. 609 *La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.*; 1445 *Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente*; 1461 *El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta*, y 1462 *Se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador*. Sin embargo, no siempre se recuerda que el Proyecto de Código civil de 1851 (art. 548) estaba todavía en la línea de transmisión consensual del dominio del *Code Civil des Français* de 1804 (CCFr) Art 548 *La propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripción*.

En sus *Concordancias*<sup>6</sup>, García Goyena no dejaba de advertir que esta opción se ponía en contradicción con las fuentes romanas y con nuestro Derecho tradicional: «Por contrato: Entiéndese de (*sic*) los que sean traslativos del derecho de propiedad, como el de compra y venta, que por Derecho romano y Patrio eran simples títulos, no de los que no la transfieren, como el arrendamiento, comodato, etc.» A García Goyena no se le escapaba que «... los contratos no eran entre los Romanos modos de adquirir la propiedad ó dominio, sino títulos para llegar á su adquisición ...»; sin embargo, a partir de los dispuesto en el art 981



- 2 En *Libro Homenaje* cit. n.1 y *Una aproximación romanística a la obligación del vendedor de transmitir la propiedad: su reflejo en la convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y circulación del modelo*, en *RGDR* 40 (2023)
- 3 Sobre esta intrincada materia, por todos, J.M<sup>a</sup>. MIQUEL, *Notas sobre el artículo 464 del Código Civil y la reciente jurisprudencia*, en *Anuario de Derecho civil* 52 n.2 (1999) 565 ss. (con bibliografía y perspectiva comparada)
- 4 El comprador no dispone, en palabras de KASER/KNÜTEL/LÖHSSE, *Römisches Privatrecht*<sup>21</sup> (München 2017) 256, de ‘keinen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums’. Sobre la temática ‘compraventa y transmisión de la propiedad’, v. el capítulo del mismo nombre de mi maestro Juan Miquel en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, dir. J. PARICIO (Madrid 1994) 573 ss.
- 5 Si no se dice otra cosa, manejamos el texto original de los códigos citados. Los textos legales reproducidos son fácilmente accesibles en internet.
- 6 *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (Madrid 1853) *ad h.l.*



de su Proyecto, los contratos se elevan a modos de adquirir el dominio: *La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad; lo cual se entiende sin perjuicio de tercero* [sc. inscrito] ... *La propiedad pasa al acreedor, y la cosa está a su riesgo desde que el deudor queda obligado a su entrega, ...* [salvo que esté constituido en mora o en casos de doble venta]. Ante todo lo cual concluía que «su disposición es enteramente contraria á la máxima Romana y Patria ‘Traditione, non nuda conventione dominium acquiri’, párrafo 40, título I, libro 2 Instituciones: leyes 46, título 28, Partida 3, y 50, título 5, Partida 5.»

Aunque el Código de 1889 retornará a la *traditio ex iusta causa* como modo de adquirir la propiedad, es lo cierto que otras soluciones contempladas en los códigos modernos buscan asimismo sus raíces en la tradición romanística. Como observa Stagl «... nuestra mirada sobre las fuentes romanas está marcada por una comprensión que tiene su origen en nuestro propio ordenamiento nacional, el que, a su vez, es, irónicamente, una derivación del Derecho Romano<sup>7</sup>.»

Por si ello fuera poco, por lo que hace al punto de partida en las fuentes romanas, recientemente Cristaldi «... mette in discussione l’orientamento consolidato secondo cui, almeno in età classica, il venditore sarebbe stato tenuto ad assicurare al compratore non il trasferimento della proprietà, ma solo il pacifico possesso della cosa venduta. ... la situazione era infatti più complessa e si ricollegava alla articolazione che le situazioni proprietarie avevano ricevuto. Il venditore era in realtà tenuto ad attuare in capo al compratore una situazione di appartenenza che non era necessariamente il *dominium*, ma

che doveva essere comunque di tipo ‘proprietario’ (tutelata cioè *in rem*): *in bonis habere*, proprietà peregrina o altre situazioni similari.»<sup>8</sup>

### **Aunque el Código de 1889 retornará a la traditio ex iusta causa como modo de adquirir la propiedad, es lo cierto que otras soluciones contempladas en los códigos modernos buscan asimismo sus raíces en la tradición romanística**

3. Tras esta inevitable referencia inicial, el conocido *Rapport sur le droit comparé en matière de vente* de 1929, elaborado por el *Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht* de Berlín (a la sazón presidido por Ernst Rabel) y dirigido al *Institut International de Rome pour l’Unification du Droit Privé*, a propósito de *Des obligations du vendeur*<sup>9</sup>, nos ofreció una primera lista de códigos que, a la altura del primer tercio del siglo pasado, endurecían las obligaciones del vendedor, en el sentido de imponerle la obligación de transmitir la propiedad de la cosa vendida y no sólo su pacífica posesión.

No hay problema alguno en acreditar, a través del articulado de los códigos, que ‘l’obligation principale du vendeur est celle de la livraison de la marchandise’. Podemos ceñirnos a

unos pocos ejemplos extraídos de los códigos que cita:

Art. 1582 CCfr (1804) La vente est une convention par laquelle l’un s’oblige à livrer une chose, et l’autre à la payer.

Art. 1603 CCFr Il a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu’il vend.

Art 1462 CCIta (1865) [en la estela del CCfr] Il venditore ha due obbligazioni principali, quella di consegnare e quella di garantire la cosa che vende

Art. 1.409 CCArgentino (1869, Vélez Sarsfield) El vendedor debe entregar la cosa vendida, libre de toda otra posesión, y con todos sus accesorios en el día convenido, y si no hubiese día convenido, el día en que el comprador lo exija.

A continuación, Rabel se pregunta «Faut-il statuer ‘de lege ferenda’ une obligation du vendeur de transmettre la propriété—ainsi que c’est le cas dans les domaines d’application suivants: ...».

Por no estar familiarizados entonces con la codificación latinoamericana, nos sorprendió la presencia en este segundo grupo del Art. 1323 CCArgentino (1869): *Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero*<sup>10</sup>. Y asimismo del artículo 1122 del Código civil brasileño (1916): *Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro*<sup>11</sup>.

No estamos todavía en condiciones de explicar el origen de esta opción tan temprana por una obligación del vendedor que va más allá de la mera

7 J.F. STAGL, *La transferencia de la propiedad en la compraventa de bienes muebles en el Derecho privado europeo (DCFR y CESL)*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 26 (julio 2016) 239

8 Síntesis proveniente del resumen de portada de su monografía *Il Contenuto dell’obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell’età imperiale* (Milano 2007). No podemos entrar aquí en la valoración de los argumentos de Cristaldi; la recensión de M. RAINER en *Iura* 58 (2010) 299 ss. es favorable a la tesis del autor.

9 (Rome 1929) 48 s.

10 Reflejado, con apenas variaciones, en el art. 1123 del Código argentino vigente de 2015: *Definición. Hay compraventa si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero.*

11 Idéntica redacción en art. 481 del código brasileño vigente de 2002.



entrega de la cosa, ni su impacto en la dinámica de los deberes de las partes y en la tradicional garantía por evicción en el contrato de compraventa. Desde una consulta superficial de su articulado, no acertamos a explicar que la concluyente manifestación del art. 1323, reproducido más arriba, no se refleje de nuevo en el extenso capítulo dedicado a las obligaciones del vendedor (arts. 1408 a 1423) y que, en concreto, el art. 1409 se limite a decir, como veíamos más arriba, que: *El vendedor debe entregar la cosa vendida, libre de toda otra posesión, y con todos sus accesorios en el día convenido, y si no hubiese día convenido, el día en que el comprador lo exija*, a diferencia de lo que establece expresamente el Código

argentino vigente de 2015: Sección 4<sup>a</sup>. *Obligaciones del vendedor*. Artículo 1137. *Obligación de transferir* El vendedor debe transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida. También está obligado a poner a disposición del comprador los instrumentos requeridos por los usos o las particularidades de la venta, y a prestar toda cooperación que le sea exigible para que la transferencia dominial se concrete.

Abandonada por Vélez, como veremos más adelante, la transmisión consensual del dominio del Código de Napoleón, y manteniendo por tanto el carácter obligatorio de la compraventa, la obligación de transferencia del dominio (y no su directa transferencia)

se elevará, en el nuevo Código argentino, a causa del contrato<sup>12</sup>.

Con más extensa argumentación, aunque referida todavía al Código de 1869, Alterini se expresa así en su tratado de los *Contratos (civiles, comerciales, de consumo)*<sup>13</sup>, al tratar de los efectos del contrato (cap. xvii) y, en concreto, del contrato como título para una adquisición patrimonial (secc. B): si se trata de la adquisición de derechos reales (§ 3), «Al celebrar el contrato de compraventa, el comprador adquiere el derecho personal a la transferencia de ‘la propiedad de la cosa’ comprada (art 1323, Cód. Civ.), lo que significa que tiene *título* para que el vendedor se la entregue, pero sólo tiene el derecho real de propiedad sobre ella cuando se

12 Extraído del breve artículo de M. CASARES, *El contrato de compraventa en el Código Civil y Comercial de la Nación*, publicado el 22 de mayo de 2018 en el portal *Microjuris.com* (<https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/05/22/el-contrato-de-compraventa-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>)

13 *Teoría general* (Buenos Aires, 1999)



cumple el *modo* de la tradición (art. 577, Cód. Civ.)<sup>14</sup>.»

Las notas de Vélez Sarsfield al citado art. 577 (*Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real*), ofrecían, invocando una vez más la autoridad de Freitas, un enérgico rechazo al modelo de los artículos 711 y 1138 [recientemente reformado] del Código civil francés, y, en consonancia con lo dicho, el Código argentino de 1869 dedicaba sus arts. 2601 a 2603 a *la tradición traslativa del dominio*.

De alguna manera emparentado con lo que veremos más adelante, en relación con la obligación del vendedor de transmitir la propiedad en los Derechos italiano y alemán, Alterini baraja de nuevo el dualismo ‘*ius ad rem*’ *versus* ‘*ius in re*’: «El acreedor de la obligación de dar para constituir derechos reales, por lo tanto, sólo es titular de un derecho personal a la cosa (*ius ad rem*), y recién adquiere el derecho sobre la cosa (*ius in re*) después de producida la entrega.»<sup>15</sup>

Siguiendo con las obligaciones del vendedor en el viejo código argentino, su art. 1414 se refería, por lo demás, a las tradicionales garantías por evicción (desarrollada extensamente en sus artículos 2089 a 2163 [74 artículos !]), y por vicios redhibitorios. Alterini trata detalladamente la responsabilidad por saneamiento como una doctrina general aplicable, más allá de la compraventa, «... al que por título oneroso transmitió derechos, o dividió bienes con otros ...», común a los contratos onerosos<sup>16</sup>.

La canalización del incumplimiento de una aparente obligación de resultado a través del esquema tradicional de

la garantía por evicción —y no como un supuesto más de incumplimiento— nos deja en la duda de si el viejo código argentino —y la doctrina que de él deriva— extraían las debidas consecuencias del incumplimiento de la obligación del vendedor de transmitir la propiedad del art. 1323; y ello no sólo en el tratamiento de las obligaciones del vendedor visto más arriba (art. 1409), sino también, por ejemplo, en el tratamiento doctrinal de la tradicional distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. En tal sentido, afirma Alterini: «En la obligación de resultado el deudor se compromete al cumplimiento de un determinado objetivo, consecuencia o resultado (*opus*). Así ocurre en el contrato de compraventa: **el vendedor se obliga a entregar la cosa**, y el comprador a entregar el precio pactado<sup>17</sup>.» Es difícil atribuir esta omisión de la obligación de transmitir la propiedad a un simple descuido<sup>18</sup>.

### **García Goyena no dejaba de advertir que esta opción se ponía en contradicción con las fuentes romanas y con nuestro Derecho tradicional**

No hemos obtenido más claves explicativas de las *Notas* de Vélez Sarsfield a estos artículos; en particular en las notas al art. 1323 cit. Las remisiones a las leyes 1 y 9 del título V de la Partida V, al art. 1582 CCFr y otros, o a Inst. 3,24,1 s., no aclaran de

por sí el origen a la innovadora opción del código velezano.

Para acabar, el código velezano consagraba, por lo demás ampliamente, las habituales limitaciones a la reivindicación mobiliaria en su art. 2.412: *La posesión de buena fe de una cosa mueble, crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella, y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada o perdida*.

Disponer, desde hace breves fechas, de la fundamental *Historia de la codificación civil en Iberoamérica* del maestro Guzmán Brito<sup>19</sup>, nos ha proporcionado finalmente un completo marco de referencia del que prácticamente carecíamos. Al descender, sin embargo, al problema concreto objeto de estas páginas, nuestro acceso a fuentes doctrinales de primer orden sigue siendo muy mejorable. Pedimos excusas por los errores de apreciación en los que hayamos podido incurrir.

Algo más de información doctrinal hemos podido recabar, sin embargo, de la codificación civil brasileña, indisociablemente unida a la figura de Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883). Se trata de los dos extensos comentarios al código vigente de 2002 de Venosa<sup>20</sup> y de Peluso<sup>21</sup>.

Siendo este un estudio de detalle, se nos excusará si omitimos un epígrafe dedicado a las tres grandes figuras de la codificación americana Andrés Bello (1781-1865) y los ya mencionados Augusto Teixeira de Freitas y Dalmacio Vélez Sarsfield (1800-1875). En el caso de Andrés Bello, los estudios de Guzmán Brito<sup>22</sup> y su escuela han permitido trazar las fuentes concretas de cada uno de los artículos del código chileno

14 A. ALTERINI, *Contratos* cit. 439

15 *Ibid.*

16 A. ALTERINI, *Contratos* cit. 544 ss.

17 A. ALTERINI, *Contratos* cit. 586.

18 Una separación cristalina entre obligación de medios y obligación de resultado en este punto puede leerse en Ulp. D. 18.1.25.1 (34 Sab.) citado más arriba: *Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spondit*.

19 (Cizur Menor 2006)

20 *Código civil interpretado*<sup>2</sup> (São Paulo 2011)

21 *Código civil comentado. Doutrina e Jurisprudência*<sup>3</sup> (Barueri 2011)

22 Para darse una idea de la impresionante obra de este estudioso recientemente fallecido basta consultar <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=130550>.

de 1855 todavía vigente. Es lo que nos ofreció, en una primera aproximación, Amunátegui, con su *edición anotada, concordada y con fuentes del Código Civil de la República de Chile*<sup>23</sup>, seguida del monumental *Comentario Histórico-Dogmático al Libro IV del Código Civil de Chile*<sup>24</sup> que debemos a su impulso. Hasta donde sabemos, esta suerte de ‘ingeniería inversa’ sobre el Código de Vélez no resulta —a pesar del aparato de notas proporcionado por su autor— factible en la misma medida<sup>25</sup>.

Pues bien, vistas —o al menos intuidas— las complejas interrelaciones entre los trabajos preparatorios de Teixeira de Freitas y el Código de Vélez Sarsfield, pasemos al citado art. 1122 del Código art civil brasileño de 1916:

«Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro». [idéntica redacción en art. 481 del código brasileño vigente de 2002]

Vistos los dos extensos comentarios al Código civil brasileño vigente referidos más arriba, obtenemos la misma impresión sobre la escasa operatividad de la solemne obligación del vendedor de transmitir la propiedad de la cosa vendida que ambos códigos proclaman en idénticos términos.

El comentario de Venosa al nuevo art 481<sup>26</sup> gira íntegramente en torno a la naturaleza obligacional del contrato de compraventa, Entre otras muchas

manifestaciones del carácter obligacional de la compraventa como la que sigue: «...pelo sistema brasileiro, o contrato de compra e venda por si só não transfere a propriedade. Desse modo, o vendedor obriga-se a transferir a coisa, enquanto o comprador, pagando o preço, possui direito e obrigação de recebê-la. Esse o sentido estabelecido por nossos Códigos, atual e anterior nos artigos em epígrafe<sup>27</sup>.» se echa en falta una referencia expresa a la novedosa obligación de transferir la propiedad, sustituida por un neutro ‘o vendedor obriga-se a transferir a coisa’.

### *El no menos influyente Código civil de Chile de 1855 se mantuvo plenamente en las coordenadas romanísticas*

El Código brasileño se aparta igualmente de la transmisión consensual del dominio: «O art. 620 do estatuto antigo assinalava que o domínio das coisas somente se transfere com a tradição, e não com os contratos. Isto no tocante aos bens móveis. A mesma ideia é mantida pelo art. 1226 do atual Código<sup>28</sup>.»

La obligación del vendedor de ‘transferir o domínio da certa coisa’ contrasta con lo que dice a poca

distancia de lo que acabamos de transcribir: «No nosso sistema, o acordo de vontades negocial produz, como regra geral, únicamente a obrigação de o vendedor entregar a coisa ao comprador<sup>29</sup>.»

Difícil encaje tiene pues la afirmación de Venosa, algo más adelante, al tratar sobre la naturaleza del contrato de compraventa como contrato ‘translativo de propiedad’: «Como vimos, na compra e venda busca-se o efeito real, o qual, contudo, não é seu elemento integrante em nosso sistema.» (hasta aquí sólo podemos estar plenamente de acuerdo, pero no sabemos cómo acordarlo con lo que sigue) «Da compra e venda nasce uma serie de obrigações, a principal delas é a transferência da propriedade<sup>30</sup>.»

Como antes vimos en el Código velezano, el Código brasileño vigente abre el Livro I de su Parte Especial con doctrinas comunes a las relaciones obligatorias (títulos I al IV) y reserva el Título V a doctrinas comunes a los contratos, entre ellas la evicción (Capítulo I, Sección VI, arts. 447 ss.). El código civil de 1916 hacía lo propio dentro de su Livro III, dedicado al Derecho de obligaciones.

El comentario al art. 481 coordinado por Cezar Peluso, citado más arriba<sup>31</sup>, se mueve en la misma línea de destacar el carácter obligacional del contrato de compraventa.

Como nos pasaba con el Código argentino de 1869, no hemos sabido

23 (Valencia, 2019)

24 En dos volúmenes (Valencia, 2022). Con anterioridad, J. BARRIENTOS GRANDON publicó *Código Civil. Su jurisprudencia e historia. Edición crítica, concordada, comentada y anotada*, igualmente en dos volúmenes (Santiago 2016), ampliamente citada en el *Comentario* coordinado por Carlos AMUNÁTEGUI, pero que lamentablemente no hemos podido consultar.

25 Tampoco presenta quizás ya el mismo interés, al tratarse de un cuerpo legal recientemente derogado. En cualquier caso, muchos aspectos generales del Código de Vélez pueden extraerse de la *Historia de la codificación civil* cit. supra y n.19 de Guzmán Brito, v.gr.:

a) El tratarse de un código ‘eclectico’, que bebe de una ‘multitud de modelos’ (pp. 265 ss.) y esp. p. 272 donde, entre otras influencias, el propio Vélez precisa: «... Me he servido principalmente del Proyecto de Código Civil para España del Señor Goyena, del Código de Chile, que tanto aventaja a los códigos europeos y sobre todo del Proyecto de Código Civil que está trabajando para el Brasil el señor Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos. ...» Sigue cuantificando estos aportes Guzmán Brito en la pág. 273, atendiendo a las razones aportadas por el comentarista Lisandro Segovia, para concluir en la p. 275 que «Ello hizo de su codificación la más informada del continente.»  
b) En cuanto a la sistemática adoptada, el mismo Vélez proclamaba la influencia de la *Consolidação* de Teixeira de Freitas (pág. 271)

26 *Código civil* cit supra n.20 580 ss.

27 S. VENOSA, *Código civil* cit. 580

28 S. VENOSA, *Código civil* cit. 581

29 Op. y loc. citt.

30 S. VENOSA, *Código civil* cit. 583

31 *Código civil comentado* cit supra n.21 546 s.



encontrar en los Códigos civiles del Brasil un efecto específico del incumplimiento de la obligación cualificada del vendedor de transmitir la propiedad de la cosa vendida, desconectado del régimen tradicional de la garantía por evicción de la cosa meramente entregada al comprador.

El no menos influyente Código civil de Chile de 1855 se mantuvo plenamente en las coordenadas románicas (compraventa obligacional, título y modo)

Art 1793 CCCh (1855) La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida, se llama precio.

Por lo que hace a la tradición como modo de adquirir, el Art 675 CCCh establece que: *Para que valga la tradición se requiere un título translaticio de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.*

4. Pasando de estos códigos americanos al contexto de la transmisión consensual de la propiedad del CCFr (con raíces en el iusnaturalismo racionalista y en la propia crisis de la tradición causal derivada de la espiritualización de la *traditio*), el CCIta de 1942 dio el paso de imponer al vendedor la obligación de transmitir la propiedad ('*Verschaffungsprinzip*')

El contexto previo a la clara opción del Art. 1476, 2 CCIta:

Le obbligazioni principali del venditore sono:

1) quella di consegnare la cosa al compratore;

2) quella di fargli acquistare la proprietà della cosa o il diritto, se l'acquisto non è effetto immediato del contratto;

...3) quella di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa.

Se encuentra en la propia transmisión consensual del dominio de los arts. 711: *La proprietà des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations*, y 1583 CCFr: *Elle [sc. la vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé*. y sus correspondencias en el Código civil italiano vigente: Art. 922: *La proprietà si acquista per occupazione, per invenzione, per accessione, per specificazione, per unione o commistione, per usucapione, per effetto di contratti, per successione a causa di morte e negli altri modi stabiliti dalla legge* y 1376: *Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato*<sup>32</sup>.

Pues bien, a pesar de la observación de Stagl de que «Una obligación de transferir la propiedad ... tendría muy poco sentido si el contrato de compraventa tuviese un *effet translatif*, porque la propiedad pasaría entonces al momento de la celebración del contrato de compraventa<sup>33</sup>.», el CCIta la impone expresamente como vemos

en los arts 1476, 2, transcrito más arriba<sup>34</sup>, junto al 1470: *La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo.*

De no ser por obras como el tratado *La vendita* de Luminoso<sup>35</sup> o el artículo de Wacke sobre *Los presupuestos de la responsabilidad por evicción en Derecho Romano* y en *Derecho comparado*<sup>36</sup>, careceríamos nuevamente de instrumentos para explicar la coexistencia de una obligación del vendedor de transmitir la propiedad al comprador (*dare*) con la vieja garantía por evicción (en lugar de los mecanismos derivados del incumplimiento contractual) que venimos viendo.

Como se lee a lo largo de las páginas del tratado de Luminoso, la compraventa es un *contratto di alienazione*, a diferencia de los *contratti ad effetti obbligatori*<sup>37</sup>. «Nella vendita —prosigue Luminoso<sup>38</sup>— l'effetto traslativo rappresenta non soltanto l'attribuzione patrimoniale ... ma altresì la 'prestazione' in funzione della quale il legislatore ha predisposto larga parte della disciplina di questo contratto ...» como la garantía del vendedor y el riesgo contractual.

Sin afrontar de momento el impacto sobre estos temas de la amplísima protección a las adquisiciones *a non domino* que dispensa el art 1153 del Código civil italiano: (*Effetti dell'acquisto del possesso*) *Colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non ne è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purchè sia in buona fede al momento della consegna e sussista un*

32 La entrega de la cosa 'è puro atto esecutivo, adempimento di un obbligo del venditore', como se lee en la *Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale - Libro delle Obbligazioni* (1941) 221

33 J.F. STAGL, *La transferencia de la propiedad* cit. supra n.7, 244.

34 El comentario de urgencia de este artículo en la web *Brocardi.it* intenta acompañar con dificultad «La triplice obbligazione scritta nell'art. 1476 cod. civ. ...» con la compraventa dotada de *effet translativ*. La triple obligación del Art. 1476 «...in sostanza si riduce all'unica obbligazione scritta nell'art. 1470 cod. civ.: poiché se il venditore non trasferisse al compratore la proprietà della cosa o il diritto che è oggetto del contratto, verrebbe meno la causa; il compratore non avrebbe ragione di pagare il prezzo. ... Pure dall'effetto reale della vendita, o meglio dalla sua nozione (che è l'obbligo di trasferire la proprietà al compratore) discende l'obbligo del venditore di *garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa.*»

35 Dentro del *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. Cicu/Messineo (Milano 2014)

36 En *SCDR IV* (1992) 157 ss. (= *Estudios de Derecho romano y moderno en cuatro idiomas*, ed. J. PARICIO [Madrid 1996] 319 ss. La referencia a las páginas sigue esta edición)

37 A. LUMINOSO, *Trattato* cit. 1 y passim

38 A. LUMINOSO, *Trattato* cit. 2.



*titolo idoneo al trasferimento della proprietà*, duramente criticado por José M<sup>a</sup> Miquel<sup>39</sup>, Luminoso, al conectar *contratto di alienazione* y legitimación para disponer<sup>40</sup>, remarca «Il nesso di derivazione del diritto —che viene acquistato dall’aveute causa— dalla posizione jurídica dell’alienante era stato colto già dai giuristi romani<sup>41</sup> ... il cui significato pratico si esprime nel diniego di efficacia all’alienazione compiuta da un non titolare. » y concluye «L’atto di disposizione richiede un requisito caratteristico... la *legittimazione a disporre* ... a tutela del terzo titolare del diritto.»

Expuesta la dimensión del *principio consensualístico*<sup>42</sup>, Luminoso alude de pasada a las ‘regole a tutela della sicurezza dei traffici’<sup>43</sup> con las que comenzábamos, sin sacar de momento mayores consecuencias. En el capítulo dedicado a los *effetti della vendita*<sup>44</sup>, mientras *l’acquisto del diritto*, sería uno de los *effetti essenziali* del contrato, *la nascita dell’obbligazione di consegna della cosa* sería un mero efecto *normale*. Al separar, a su vez, entre *effetti principali* y *secondari* del contrato, *la obbligazione del venditore di far acquistare la proprietà al compratore, quando l’acquisto non è effetto immediato del contratto*

sólo estaría entre los segundos, que *svolgono una funzione integrativa o strumentale rispetto ai principali*.

La venta de cosa ajena (arts. 1478 y 1479) no sería propiamente un supuesto de *vendita obbligatoria*, dado que «...l’effetto traslativo, che abbia poi a prodursi, trova la propria fonte nel contratto di compravendita, non in un distinto negozio traslativo di esecuzione<sup>45</sup>.» Es, por lo demás, «... un contratto perfetto è valido —ma improduttivo del trasferimento per difetto di legittimazione a disporre dell’alienante— dal quale nasce per il venditore l’obbligazione di procurare l’acquisto del diritto al compratore<sup>46</sup>.»

39 En *Notas sobre el artículo 464* cit. n.3 566 s. «El artículo 1153 establece una ilimitada protección del poseedor de buena fe que ha producido efectos desastrosos. ... La regulación italiana es una rareza en el Derecho comparado y ha sido severamente criticada... No existe ningún otro Derecho, a lo que sé, que proteja de tal manera el tráfico de objetos procedentes de delitos incluidos el robo y el hurto.» A diferencia de la regla del 464: *La posesión de los bienes muebles... equivale al título* ... , «El artículo 1153 (del) Código italiano es una regla de adquisición *a non domino* que como tal exige que el poseedor (sc. de buena fe) haya adquirido la posesión a consecuencia de un título idóneo.»

40 A. LUMINOSO, *Trattato* cit. 33 ss.

41 *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*. (Ulp. D. 50.17.54 [46 ed.])

42 A. LUMINOSO, *Trattato* cit. 38 ss.

43 A. LUMINOSO, *Trattato* cit. 42 ss.

44 A. LUMINOSO, *Trattato* cit. 303 ss.

45 A. LUMINOSO, *Trattato* cit. 308, cf. el párrafo segundo del art. 1478 (y 1476,2 transcrito más arriba):

[*Se al momento del contratto la cosa venduta non era di proprietà del venditore, questi è obbligato a procurarne l’acquisto al compratore*]. *Il compratore diventa proprietario ne momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa.*

46 A. LUMINOSO, *Trattato* cit. 394. Algo más adelante (pág. 401), se pronuncia sobre los efectos de la adquisición *a non domino* (art. 1153). En este extremo «...una volta acquistato il diritto il compratore non possa più domandare la risoluzione del contratto.»



En materia de garantía por evicción (y por los vicios de la cosa), del apartado 3 del art. 1476, transcrito más arriba y rubricado expresamente *le obbligazioni principali del venditore*, Luminoso objeta «... come sia estremamente dubio che essa, nel nostro sistema positivo, assuma la struttura o formi il contenuto di una autonoma obbligazione (primaria) in capo al venditore<sup>47</sup>.» Sea como fuere, «... violato l'impegno traslativo del venditore ... sorgerà, a carico del venditore, una responsabilità (artt. 1478-1497 c.c.)<sup>48</sup> ...» Como dice más adelante, «... una speciale responsabilità ... che ... concreta, nella gran parte delle ipotesi, una fase cronologicamente successiva ad una vendita di cosa altrui (artt. 1479-1480) ...» y concluye que «La natura y fondamento della responsabilità del venditore ... non potrà essere diversa nelle due fasi... artt. 1483 e 1484...<sup>49</sup>»

En síntesis, de nuevo nos encontramos un ordenamiento que establece la obligación del vendedor de transmitir la propiedad, asociada sin embargo a una completa regulación de la garantía por evicción; entendida como especial responsabilidad del vendedor *per inattuazione o imperfetta attuazione dell'attribuzione traslativa*; a diferencia de las ventas de consumo, que «... prevedono non una garanzia in senso stretto ma una responsabilità nascente dall'inadempimento, da parte del venditore, dell'obbligazione di consegnare beni conformi al contratto<sup>50</sup>.»

Ignoramos si en la evolución del Derecho italiano vigente respecto del Código de 1865 jugó algún papel el art 323 del famoso *Projet franco-italien*,

que, lamentablemente, no hemos podido consultar.

5. La obligación del vendedor de transmitir la propiedad presenta perfiles propios finalmente en el Derecho alemán<sup>51</sup>, basado, como es de sobra sabido, en la transmisión abstracta de la propiedad.

El contrato real abstracto encuentra su expresión en el § 929 BGB (1900), rubricado 'Einigung und Übergabe'<sup>52</sup>. De los deberes contractuales típicos en la compraventa se ocupa el § 433 BGB, así rubricado (Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag): (1) *Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.*

### El Código brasileño se aparta igualmente de la transmisión consensual del dominio

Hasta la *Schuldrechtsmodernisierung* de 2002 el propio BGB daba, sin embargo, según leemos en *The Law of Obligations* de Zimmermann<sup>53</sup>, una cierta entrada a reminiscencias del principio de evicción.

Así el § 433 reproducido debía acordarse tanto con el § 440, en virtud del cual, —en la síntesis de Zimmermann— «... the purchaser must not be

allowed to claim damages and still have the thing sold at his disposal ...» Si bien «It is no longer necessary for the purchaser to defend an action brought by the third party; he can claim compensation for non-performance, even where he has voluntarily surrendered the object to him who claimed to have a better title, provided only that such surrender is not in conflict with the requirements of good faith.» como con el § 442, 'according to which the purchaser has to prove the defect in title' que atribuye al vendedor.

Llegados a este punto, vemos que no puede afirmarse una neta separación entre regulaciones de la compraventa basadas en la obligación del vendedor de transmitir la propiedad y regulaciones tradicionales que imponen al vendedor la entrega de la cosa y la garantía de su pacífica posesión y disfrute, cuya infracción estaría asociada, en las primeras, a los remedios propios del incumplimiento contractual; mientras que, en las segundas, operaría la vieja garantía por evicción. Las referencias más sólidas al Derecho italiano que anteceden muestran, junto con los códigos argentino y brasileño, la concurrencia de la obligación del vendedor de transmitir la propiedad con el principio de evicción, cuando tal resultado no se produce.

Es en este punto donde el artículo de Wacke<sup>54</sup> nos ofrece una luz adicional. En efecto, las diferencias en materia de obligaciones del vendedor se situarían en este otro terreno delimitado por la pregunta: «¿Puede el comprador de una cosa reivindicada por un tercero reintegrársela 'voluntariamente', es

47 A. LUMINOSO, *Trattato* cit. 303. Luminoso se opone a la tesis lineal de la *garanzia pura* y, por tanto de una *obbligazione primaria* consistente en «l'assunzione, da parte di un soggetto, del rischio collegato ad un determinato evento...» 373 y ss. y supra n.34

48 A. LUMINOSO, *Trattato* cit. 308

49 A. LUMINOSO, *Trattato* cit.. 414

50 A. LUMINOSO, *Trattato* cit. 363

51 Luminoso nos ofrece una sugerente explicación de su origen: «...gli scrittori tedeschi di diritto intermedio, allontanandosi dalla tradizione romano-comune che poneva a carico del venditore l'obbligo di *vacuum possessionem tradere*, professarono l'insegnamento che il venditore era obbligato a *propriatatem dare* e il compratore (creditore di *dare*) assumeva corrispondentemente la titolarità di uno *ius ad rem*...» (*Trattato* cit. 15 y n.48 [con bibl.]

52 *Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.* El último inciso está dedicado a la *traditio brevi manu*.

53 R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* (Cape Town 1990) 304 y n.72.

54 A. WACKE, *Los presupuestos* cit. supra n.36



decir, fuera de procedimiento alguno, sin perder de esta forma su acción de saneamiento contra el vendedor? En la respuesta que se dé a esta pregunta aparece la diferencia entre la obligación del vendedor de transmitir la propiedad establecida en el BGB (... §§ 433 y 434) y el principio de evicción aplicado en el ámbito de influencia romanística<sup>55</sup>.» Por las razones ya apuntadas por Zimmermann, Wacke matiza a continuación que «El BGB... no contiene el principio de evicción, sino sólo una aproximación al mismo, limitadora del principio de la

prestación de la propiedad<sup>56</sup>.» No es preciso profundizar ahora en los detalles de la regulación del BGB original.

Wacke llama la atención sobre art. 1625 CCFr.<sup>57</sup>; con su referencia a la garantía de la *possession paisible de la chose vendue*, sitúa al Derecho francés en este punto en las coordenadas de la tradición romanística<sup>58</sup>. En cuanto a la obligación del vendedor de transmitir la propiedad del CCIta, examinada más arriba, Wacke se fija a su vez en los arts. 1483 y 1484 («... el comprador sólo podrá reclamar

indemnización por daños y perjuicios en caso de vicios, una vez que un tercero le haya desposeído de la cosa en virtud de un mejor derecho<sup>59</sup>.») De lo que se desprende que «Pese a reconocer en principio la obligación de transmitir la propiedad, la regulación italiana se basa en el estricto principio de evicción<sup>60</sup>.»

No es preciso entrar el detalle del *principio de evicción mitigado* que nos ofrece el OR suizo<sup>61</sup>, basta reiterar la conclusión a la que llega tras este recorrido: «...la mera contraposición del principio de evicción por un lado y de la obligación de transmitir la propiedad por el otro es obviamente demasiado simplificadora<sup>62</sup>.»

Podemos concluir aquí el recorrido por algunas de las muestras del Derecho comparado sugeridas por Rabel en el *Rapport* de 1929, citado al comienzo de estas páginas. En torno a la pregunta de si «Faut-il statuer ‘de lege ferenda’ une obligation du vendeur de transmettre la propriété ...» Rabel concluye, sin mayores desarrollos, que: «Il y a là une question qui dépendra, dans un projet d’unification du fait de savoir si l’on réglerá de façon uniforme la garantie du vendeur en cas d’éviction.» [Es decir, debe permanecer esta garantía o debe ser reconducida a una mera manifestación de responsabilidad por incumplimiento]. A la vista sin embargo «... de l’étroite connexion de cette question avec la réglementation des droits réels et de son peu d’importance pratique en matière de vente des choses mobilières [suponemos que en relación con los límites a la reivindicación mobiliaria<sup>63</sup>], en pourrait renoncer à une unification sur ce point.» ■

55 A. WACKE, *Los presupuestos* cit. 319

56 A. WACKE, *Los presupuestos* cit. 319 s.

57 *La garantie que le vendeur doit à l’acquéreur a deux objets: le premier est la possession paisible de la chose vendue; le second, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires.*

58 A. WACKE, *Los presupuestos* cit. 322

59 Op. y loc. cit.

60 A. WACKE, *Los presupuestos* cit. 323

61 A. WACKE, *Los presupuestos* cit. 324 s.

62 A. WACKE, *Los presupuestos* cit. 325

63 Paradigmáticamente el Art. 2276 CCFr (antiguo Art. 2279)

En fait de meubles, la possession vaut titre. Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. *Versus Ulp. D. 50.17.54 (46 ed.) Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet.*

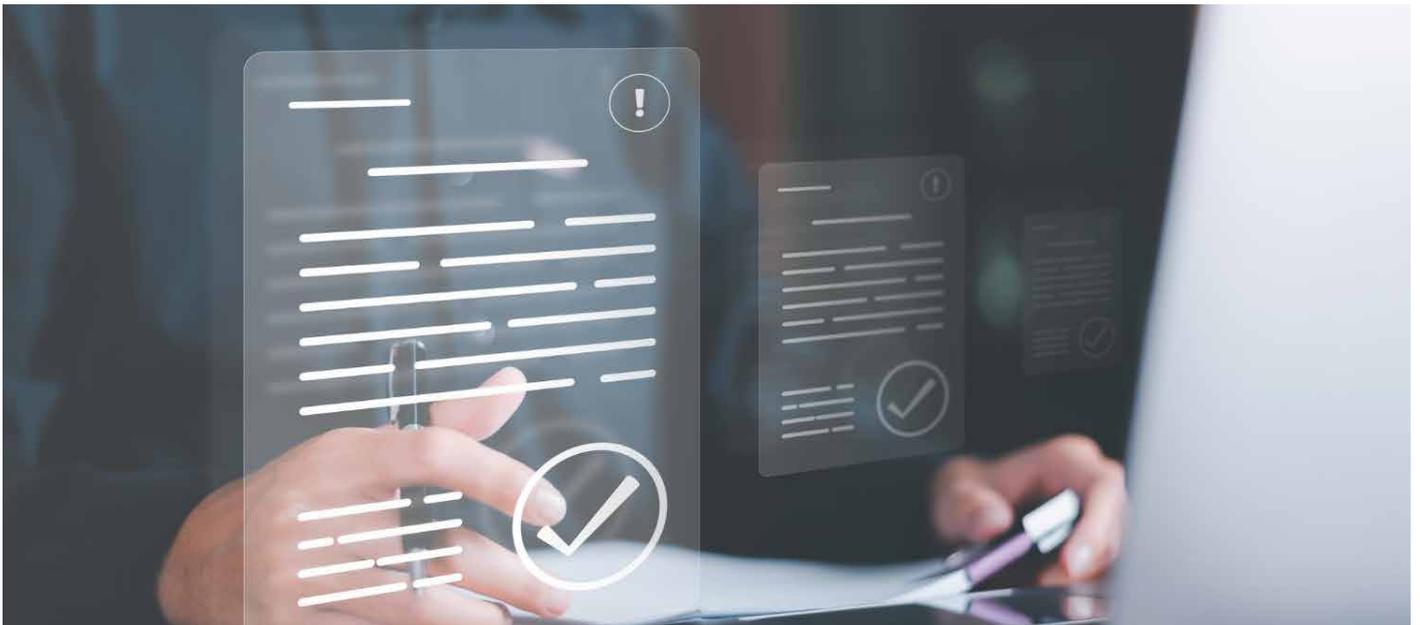
# Nuevas Tecnologías

## El testamento: una institución milenaria ante el reto electrónico

JAVIER SERRANO COPETE

*Notario de Barcelona*

*Profesor Asociado de la Universitat Pompeu Fabra*



**Sumario:** 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN O SOBRE ALGUNAS CURIOSIDADES HISTÓRICAS ACERCA DEL TESTAMENTO. 2. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO (PLANTEAMIENTO Y CRÍTICA, HISTÓRICA Y ACTUAL). 3. EL TESTAMENTO EN SOPORTE ELECTRÓNICO EN DERECHO COMPARADO. 4. EL “TESTAMENTO ELECTRÓNICO” EN DERECHO ESPAÑOL. 5. ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LOS REQUISITOS DEL “TESTAMENTO ELECTRÓNICO”. 5.1. El asesoramiento. 5.2. El juicio de capacidad. 5.3. Identificación y firma. 5.4. Soporte y conservación. 5.5. Revocación. 6. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.

### 1. A modo de introducción o sobre algunas curiosidades históricas acerca del testamento

Es común citar a TÁCITO (c. 55 — c. 120 d.C.) en su clásica “*Germania*”, considerado el primer estudio etnográfico del que tenemos noticia, cuando habla, refiriéndose a los pueblos germánicos, que “*nulla apud eos testamenta*”. Si bien la intención del autor, en todo el opúsculo, fue enaltecer la naturalidad y pureza (libre y sin perversión, una suerte de antecedente del mito del “buen salvaje”) de las gentes germánicas (no digamos ya el manipulador uso del texto dado por el régimen nacionalsocialista alemán

hitleriano), la cita latina no deja de ser una forma de contraponer una institución netamente romana, como es el testamento, a la sucesión propia de los bárbaros.

Los pueblos germánicos, al igual que el resto de civilizaciones anteriores en el tiempo, no conocieron la institución testamentaria tal y como la creó el Derecho Romano clásico (teniendo en la Ley de las XII Tablas su primera manifestación). Sabido es que en la antigua Mesopotamia el Derecho surgió junto a la escritura, sin embargo, la sucesión testamentaria fue desconocida al modo romano, pues regía la más estricta consanguinidad (principio que

seguirían también los derechos egipcio y judío, con ecos en la propia Biblia y la institución del primogénito). Todo ello sin perjuicio, de que el Código de Hammurabi (c. 1692 a.C.) sí regulara una suerte de “mejora” a favor del hijo preferido “agradable a su ojo” (art. 165) o que permitiera, en casos extremos (*nasaum*: erradicar), la desheredación (KLIMA). Tampoco cabe considerar como testamento al documento hitita conocido como “*Testamento de Hattusili I*” (c. 1640–1610 a.C.): único en la literatura cuneiforme y que parece guardar parecido más con algunos textos didácticos egipcios (así, por

ejemplo, este documento debía leerse al hijo del rey hitita cada mes...).

Con todo, un primer precedente de testamento, anterior al Derecho Romano, se ha querido ver en las Leyes de Solón (siglo VI a.C.), si bien, limitado al caso en que el testador no tuviera hijos varones y se hallase en su sano juicio y sin coacción o manipulación alucinógena alguna. Algunos autores, quizá sosteniendo tesis algo superadas con el tiempo, vieron en la institución del “testamento griego” una medida antieconómica que fomentaba la concentración de la riqueza en pocas manos, llegándose a afirmar, así lo hizo JANNET, que la introducción del testamento en Esparta “fue causa de su miseria”. Con todo, LICURGO (c. siglo IX a.C.) defendió los conceptos de familia y de propiedad colectiva. De hecho, ARISTÓTELES (384 a.C. – 322 a.C.) no veía en la prohibición de disponer del patrimonio, propio de la propiedad familiar, sino una razón económica tendente a evitar la pobreza de la población y la desproporción de las fortunas.

Ya en el germen de la institución testamentaria surgió, en no poca medida, uno de los binomios clave en toda discusión sucesoria: libertad de testar frente a la institución de las legítimas. Simplemente apuntar, pues no es objeto de análisis en este trabajo, que de las fricciones entre la libertad de testar (propriadamente romana como concepto) y la sucesión propriadamente legal (familiar en origen, pues se recordará que en la “*sippe*” germánica el jefe sólo tenía la “*gewere*”, perteneciendo la propiedad a la familia), surgió nuestro sistema sucesorio.

ULPIANO (c. 170 – 228 d.C.) definió al testamento como: “la *manifestación de nuestra voluntad, realizada ante testigos y conforme a Derecho, y de manera solemne, para que valga después de nuestra muerte*”. Siglos después, sostuvo BONFANTE que la visión romana del testamento no era la misma que la actual, ya que tenía como misión, *no tanto la transmisión de un patrimonio, como la de transmitir la soberanía sobre la familia, concebida ésta como un organismo*

político. Criticando al célebre autor, el romanista MIQUEL GONZÁLEZ ya constató que en el propio Derecho Romano existieron la institución de los “*heredes sui*” y la “*Querela inofficiosi testamenti*” (muestra de “*officium pietatis*”, de finales de la República Romana, por la que había de dejarse a sus parientes más próximos, al menos, una cuarta parte) y que la novela 115 de Justiniano I (482 – 565 d.C.) (fundió las limitaciones formales (que habían arrancado de la sucesión de los *sui*), con las de contenido material (propias del régimen de la *querela*). Es por ello que defender la más absoluta libertad para testar por parte de los romanos es una inexactitud. De hecho, valga el paréntesis, en verdad no existe hoy en día ningún Derecho europeo continental que prescinda de las legítimas (véase la *Sentencia de 19 de abril de 2005 del TC alemán* en la que se invoca el art. 6.1 de la Ley Fundamental de Bonn: “*El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal*”, y la “*solidaridad familiar entre generaciones*” para defender su amparo, incluso, constitucional).

### *En verdad no existe hoy en día ningún Derecho europeo continental que prescinda de las legítimas*

Por más que hubiere una cierta decadencia en la institución, y un predominio de las máximas germánicas amparadas por la máxima de que “sólo Dios puede hacer herederos”, el testamento, incluso patrocinado por la Iglesia y las mandas pías, se consolidaría como la forma más convincente de morir honorablemente; pues, como escribió GREGORIO LÓPEZ (1496 – 1560), en su glosa a *Las Partidas* de Alfonso X el Sabio, el bien espiritual del testador consistía no sólo en que quedara más tranquilo su ánimo después de haber testado, sino que también podía de esta forma dedicarse en sus últimos momentos a

la preparación espiritual para afrontar el trance. Reconocido y fomentado por la legislación histórica española, no dejó de ser poco excusable, ya se afirmaba en la época (sin tener que acudir al socorrido y actualísimo argumento de la necesaria reforma del arancel), no hacer testamento ante la abundancia de escribanos y su bajo coste de realización.

Sabido es que el testamento abierto notarial es el único por sí mismo con pleno valor sin necesidad de ningún trámite posterior. No obstante lo cual, es interesante que analicemos algunos de sus retos más significativos, sea ya con cierto arrastre histórico, o simplemente decantados por la más inmisericorde, y “*per se*” tecnológica, actualidad.

## 2. El testamento ológrafo (planteamiento y crítica, histórica y actual)

Valga la jocosidad, el testamento ológrafo es, en cierto modo, el “pre-sunto Atila de los notarios”: un documento que emana directamente de la personalidad del causante, a bajo coste para él, y sin intermediación alguna, o eso fácilmente se acostumbra a decir desde el desinterés más interesado, y la prensa menos informada. La referencia al rey de los hunos no es baladí habida cuenta de que su origen histórico se atribuye a una Novela de Valentiniano III (hijo de Gala Placidia (388/393 – 450) y Emperador del Imperio Romano de Occidente en tiempos de la invasión de Atila el Huno (425-455 d.C.)) por la que se reconoció validez al testamento “*per holographam scripturam*” o “*per holographam manum*” (Novela 21,2,1 año 446 Teodosio II y Valentiniano III). La *constitutio* trató de dar solución al problema de no poder testar ante la imposibilidad de encontrar testigos, salvaguardando la voluntad del testador. Para el caso que motivó la misma, ya en aquellos tiempos, no deja de ser indicativo, que la voluntad se mantuviera secreta hasta el momento de la muerte... encargándose su custodia a un tribuno y notario, hijo de su hermano.

Esta figura no pasaría al *Corpus Iuris Civilis* y sólo se admitió por una



*Constitutio* de Justiniano (Nov. 107.1) del año 541 la forma ológrafa del *testamentum parentum inter liberos* (de los padres en favor de los hijos); ello sería recogido por Las Partidas (6.1.7), pero después abolido por las Leyes de Toro. Con ello quiero decir que esta figura, ajena a nuestra tradición histórica, precedente, en su caracterización contemporánea, de Francia (a través del Proyecto de Código Civil de 1851) acontece un “*trasplante jurídico*” en terminología de WATSON, que, no prescinde, en última instancia, al ser adverbado y protocolizarse, del Notario.

Poca duda cabe que, por más que el art. 688 “*ab initio*” del Código Civil español y el art. 421-17.1 CcCat exijan, la mayoría de edad el primero y la emancipación el segundo, como garantía, además de autografía total (de ahí que haya quien defienda llamarlo testamento “autógrafo”, y de hecho así le llama la legislación del Estado mejicano de Veracruz) y de que su coste sea nulo para el testador en el momento de hacerlo, nos encontramos ante un testamento que ni produce plenos efectos sin intervención notarial posterior ni cumple con los más estrictos controles de capacidad, asesoramiento y conservación (piénsese que ni queda constancia obligatoria de su otorgamiento en el RGAUV ni se conserva en el protocolo notarial, por más que sí pueda solicitarse que se levante el acta, por el Notario, del art. 3.b. del Anexo II del Reglamento Notarial, para dejar constar en el RGAUV de su otorgamiento) que sí cumplen los testamentos notariales, cuestiones estas que en breve analizaremos con mayor detenimiento al tratar del presunto “testamento digital”.

La exigencia “manuscrita” puede ser interpretada, en favor de las personas con discapacidad, debiéndose aceptar el testamento otorgado por personas que escriben con la boca o con el pie (PEÑASCO VELASCO), no obstante lo cual, sabido es que, aún en esos casos, el Notario también puede autorizarles testamento notarial, en despacho o, incluso, para el caso de discapacidades motrices graves,



desplazándose al lugar donde se halle el testador.

Una cuestión a traer a colación es que ni el Cc ni el CcCat exigen, expresamente, que el testamento conste en soporte papel. El Código Civil italiano (art. 602), en términos equivalentes, sólo habla de que el testamento ológrafo debe “*essere scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore*”. Es evidente que en la *mens legislatoris* se tuvo siempre en consideración al papel como soporte (de hecho, CASTÁN justificó la exigencia del requisito de la mayoría de edad en que, de lo contrario, los menores podrían abusar, irreflexivamente de las facilidades de esta forma de testar, y lo que cabe destacar aquí, que hasta la pubertad, defendió el autor, no suelen estar bien consolidados los rasgos y carácter de la escritura). Aunque dichas leyes no lo exijan expresamente sí se deriva de la redacción del art. 62 LN cuando se refiere, en relación con la adverbación, en su apartado 4º, a testigos que conozcan la “*letra y firma del testador*” o el recurso a la prueba pericial caligráfica.

### 3. El testamento en soporte electrónico en Derecho Comparado

Encarando la posibilidad de que el testamento ológrafo conste en formato electrónico, iremos de los tiempos del Bajo Imperio Romano (con la *Constitutio* de Valentiniano III citada) a la Australia actual y el interesante *caso tratado por la Corte Suprema*

*de Queensland de 6 de noviembre de 2013* (Juez: Peter Lyons J) en el que se discutió sobre la validez, o no, del testamento electrónico redactado en Word y almacenado en un iphone.

Resumiendo el supuesto de hecho, el señor Karter Yu se suicidó el 2 de septiembre de 2011 dejando un archivo en formato Word, almacenado en un iphone, en el que él manifestaba que era su última voluntad. En el archivo, además de disponer sobre todos sus bienes, y de manifestar su “intención de testar” (comenzando el documento: “*This is the last Will and Testament*”), se nombraba albacea (“*executor*”), si bien sabemos que la institución en el mundo anglosajón (basado en la liquidación y no en la continuación) no es equivalente a la nuestra.

Como punto de partida valga recordar que Australia forma parte del sistema de “*Common Law*” y que no existe la institución notarial, razón por la cual no puede hablarse de un equivalente del testamento abierto. El “*will*” anglosajón se caracteriza por realizarse sin la presencia de notario. Refiriéndose al testamento inglés, ANDERSON afirma que los requisitos del mismo son: a) que conste por escrito, siendo indiferente el soporte; b) que sea firmado por el testador o bien en su presencia o bajo su dirección; c) el testador debe, bajo su firma, pretender la efectividad del testamento; d) el testador debe firmar ante la presencia de dos o más testigos simultáneamente;



e) éstos deben firmar o reconocer la firma del testador.

Siguiendo estas premisas, la Section 10 de la Succession Act 1981 de Queensland prevé, en esencia, como requisitos para que el testamento (“Will”) sea válido: 1) estar *escrito*; 2) *firmado por el testador o por otra persona en su presencia y bajo su dirección*; 3) que la firma sea hecha o reconocida por el testador *en presencia de dos o más testigos presentes al mismo tiempo*; 4) *al menos dos de los testigos deben dar fe y firmar el testamento en presencia del testador*, pero no necesariamente en presencia del otro; 5) *ninguno de los testigos tiene por qué saber que el documento atestiguado y firmado es un testamento*; 6) *las firmas deben constar al final del testamento*; 7) la firma del testador debe hacerse *con intención de que el testamento “se ejecute”* (piénsese que en el sistema anglosajón no se habla de la continuidad en el patrimonio (sistema romano) sino de la ejecución del mismo tras la muerte del causante); 8) si firmara persona distinta del testador, hecha en presencia del mismo y bajo su dirección, deberá hacerse *con la misma intención de ejecutar*; 9) el testamento no precisa de una “*attestation clause*” (o cláusula de certificación); 10) Una persona que no puede ver y dar fe de que un testador ha firmado un documento no puede actuar como testigo de un testamento.

El Juez Peter Lyons, para el supuesto que analizamos, considera en su fallo que el documento contenido en el iPhone *constituye un testamento*, pretende *declarar las intenciones testamentarias de la persona fallecida*, y además, existió voluntad de que el testamento fuere *realmente operativo* (pretender la “efectividad” de la que se hablara antes). De hecho, por extraño que nos parezca, la propia sentencia cita la *sentencia Alan Yazbek v Ghosn Yazbek & Anor [2012] NSWSC 594* por la cual Slattery J sostuvo que un documento de Microsoft Word creado en una computadora portátil era un documento testamentario a los fines de la legislación de Nueva Gales del Sur. Es decir, en esta sentencia se afirmó que el carácter informal del texto no impidió que fuera testamento. En definitiva, y siempre dentro de una óptica australiana (y por ende anglosajona) el “will” electrónico está perfectamente admitido, no tanto como una modalidad especial de testar sino como algo consustancial a una institución no necesariamente, según vemos, equiparable al testamento de herencia romana.

Australia no es jurídicamente una isla aislada. El testamento hecho en forma electrónica se reconoce también en algunos Estados de Estados Unidos, y va en aumento. Ante de analizar la regulación de algunos de estos Estados, es imprescindible citar la existencia de la “*Uniform Electronic Wills Act*”

(UEWA) aprobada en 2019 por la comisión “armonizadora/unificadora” del derecho estadounidense (la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws). Pasando a analizar la regulación en algunos de los Estados de EEUU:

En Nevada (NEV. REV. STAT. § 133.085 (2020)), por ejemplo, se exige su *creación y mantenimiento en soporte electrónico, fechado y firmado electrónicamente* y, además, con al menos uno de los siguientes requisitos: 1) un signo “*de autenticación característico del testador*” (“*authentication characteristic of the testator*”), como puede ser el escáner de retina; 2) firma electrónica con el sello del Notario que se halle en presencia física o remota con el testador; o 3) la firma electrónica de dos o más testigos que se hallen de forma física o remota (por videollamada).

En Arizona (ARIZ. REV. STAT. ANN. § 14-2518 (2020)) se hace especial hincapié, no sólo en la presencia de testigos, fecha y tener que acompañarse de copia del documento de identidad, sino en su *conservación*. Se afirma que debe ser “*electronically notarized*” (“notarizado electrónicamente”) y dejado siempre, y en exclusiva, ante un custodio cualificado. En Indiana (IND. CODE. § 29-1-21-1 (2020)) se recomienda pero no se exige tal custodio.

Por su parte, Florida (FLA. STAT. § 732.522 (2020)), con una regulación algo más garantista, exige unos requisitos equivalentes al testamento (“Will”) tradicional, debiendo firmarse al final ante la presencia de dos testigos, admitiéndose la videollamada, pero sólo bajo la supervisión de un notario. Una exigencia, cuando menos curiosa, es que el testador debe declarar no hallarse bajo la influencia de las drogas o el alcohol, así como declarar quién se halla en la sala con él. De forma similar a lo analizado para Arizona, se exige su depósito ante un custodio cualificado.

En cuanto a Canadá, aplicando la sección 58 de la “*British Columbia’s Wills, Estates and Succession Act*” (WESA) la Corte Suprema de la Columbia Británica (Canadá), en su decisión “*Hubschi Estate*” (2019, BCSC 2040), admite la validez de un



documento electrónico almacenado en dispositivo que no cumple con los requisitos formales de firma y testimonio alegando la importancia del contexto fáctico, la validez de un documento registrado digitalmente y no exigiendo como *conditio sine qua non* que conste la intención de que el testamento sea tal. Como en seguida analizaremos, ya algunos juristas desde la propia Canadá critican la “chabacanería” jurídica del testamento electrónico en estos términos, dejando el acto dispositivo indefenso ante las captaciones de voluntad y el desconocimiento jurídico por falta de asesoramiento (TODD).

“*Common Law*” al margen es de interés reseñar la regulación del “testamento abierto electrónico” en el Código Civil de México D.F. (hoy Ciudad de México). El 4 de agosto de 2021, la Gaceta Oficial de la Ciudad de México publicó diferentes reformas al Código Civil para el Distrito Federal (CCDF) al permitir y regular el otorgamiento de testamentos a través de la firma electrónica avanzada y por medio de dispositivos electrónicos. Esta opción solamente se puede utilizar: ante peligro inminente de muerte, estando el testador sufriendo una enfermedad grave o contagiosa, sufrir lesiones que pongan en riesgo su vida o encontrarse en una situación excepcional en que no se pueda acceder en persona al Notario, siendo posible esta modalidad, única y exclusivamente, cuando las personas sean mudas o tengan sordera.

#### 4. El “testamento electrónico” en Derecho Español

Siguiendo a la más autorizada doctrina al respecto (LLOPIS BENLLOCH) el testamento electrónico/digital, como tal, no existe en nuestro ordenamiento (a excepción del testamento cerrado electrónico regulado por el art. 421-14.2 CcCat y fuertemente criticado por la doctrina, al no poderse garantizar la perdurabilidad del soporte, *software* o la caducidad del certificado digital (JOU MIRABENT), ni estar a salvo del *hackeo* de nuestros datos digitales (VAQUER ALOY)).

Con todo, antes de proseguir debemos hacer una distinción capital

(GARCÍA HERRERA) entre lo que es: 1.- el testamento “*on line*” o “electrónico” y 2.- el testamento en el que se dispone del “patrimonio digital”. Haciendo referencia a este último, por él entendemos a aquel documento, impropriamente denominado “testamento” (MORALEJO IMBERNÓN) por el que el “testador” legitima el acceso a sus “contenidos digitales” una vez difunto. De forma innovadora, la *Ley catalana 10/2017, de 27 de junio*, de voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña prevé en su art. 441-10 que el “testador” pueda expresar sus “voluntades digitales” designando a una persona para ejecutarlas que actuará frente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información. En caso de no haber realizado tal designación, corresponderá al heredero o albacea universal. Los preceptos relativos a la posibilidad de hacer tal disposición en documento extra-testamentario, así como la creación de un nuevo registro electrónico en el que inscribirse, fueron anuladas por la STC 7/2019, de 17 de enero de 2019. Por su parte, el art. 96.1.a) de la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* (LOPD) prevé una “presunción de consentimiento” a favor de las personas en ella señaladas, utilizándose, aún si cabe, de forma más equívoca el término “testamento digital”. Como afirma MORALEJO IMBERNÓN ni debe confundirse este “testamento digital” con el presunto “testamento *on line*”, ni los contenidos digitales a los que se refiere la LOPD constituyen siempre bienes “transmisibles” que puedan ser objeto de sucesión *mortis causa*, además, las personas a las que se refiere este “testamento” son más “interlocutores” y no herederos propiamente.

Más allá de si el “patrimonio digital” es algo ajeno al patrimonio individual. Cabe discutir la conveniencia, o no, del instrumento testamentario para tales menesteres. ROSALES DE SALAMANCA RODRIGUEZ opina que sería más positivo diseñar, y

ofrecer al público, un servicio notarial de alojamiento o host para nuestros nombres de usuarios, contraseñas... y que dichos archivos estuvieran depositados ante el propio notario, siendo un extremo a comunicar al Registro General de Actos de Última Voluntad. Como afirma el autor, no sería sino hacer notarialmente lo que pretenden hacer algunas *start up* actualmente, integrando todo el procedimiento dentro de los servicios ofrecidos por la Agencia Notarial de Certificación.

Tal y como defiende también LLOPIS BENLLOCH, es especialmente interesante la idea de PRENAFETA de la “memoria testamentaria digital”: una suerte de complemento del testamento (similar al regulado por el Código Civil de Cataluña en su art. 421-20, que las admite firmadas digitalmente), sin embargo, autores como GARCÍA HERRERA, opinan que la utilización de instrumentos diferentes al testamento pudiera traer dudas sobre la prevalencia temporal o funcional de una u otra designación, así como el fraccionamiento de la sucesión de la persona.

*El testamento hecho en forma electrónica se reconoce también en algunos Estados de Estados Unidos, y va en aumento*

CÁMARA LAPUENTE opina que el testamento es el medio idóneo (debiéndose explorar, incluso, la figura del heredero de confianza), también para el llamado “patrimonio digital”, al igual que SOLÉ RESINA. De hecho, si el poder preventivo, en una adecuada redacción de su clausulado, ya contempla a este “patrimonio digital” ¿por qué hacer la distinción cuando se trata de disposiciones de última voluntad? En lo que a Cataluña se refiere, el propio art. 411-10 CcCat prevé que las voluntades digitales puedan constar en “*testamento, codicilo o memorias testamentarias*”.

### 5. Análisis y crítica de los requisitos del “testamento electrónico”

Por lo que hace referencia al verdadero “TESTAMENTO ON LINE” o ELECTRÓNICO las principales cuestiones que se plantean son, en esencia:

#### 5.1. El asesoramiento

¿Cómo tiene lugar el asesoramiento notarial consustancial a la institución testamentaria? ¿Por videollamada? Al respecto es capital destacar que la Ley de Digitalización (*Ley 11/2023, de 8 de mayo*) no incluye entre los supuestos susceptibles de realizarse por videoconferencia (art. 34 que da una nueva redacción al art. 17 ter Ley del Notariado (LN)) los testamentos, salvo en el caso de epidemia mientras haya confinamiento.

Como afirma MARIÑO PARDO, no estamos ante el clásico testamento en tiempo de epidemia (ante tres testigos mayores de dieciséis años y sin intervención de notario, art. 701 Cc) sino ante un testamento abierto notarial que se otorga por videoconferencia que no elimina el clásico testamento en tiempo de epidemia no notarial.

Ello no constituye por sí mismo una innovación plena, ya que el art. 65.5 LN como consecuencia de la LJV 2015 en cuanto a los testamentos orales en peligro de muerte (art. 700 Cc) prevé, cara a la adverbación y protocolización de estos testamentos: “5. Si la última voluntad se hubiere consignado en nota, memoria o soporte magnético o digital duradero, en el acto del otorgamiento, se tendrá como testamento lo que de ella resulte siempre que todos los testigos estén conformes en su autenticidad, aun cuando alguno de ellos no recuerde alguna de sus disposiciones y así se reflejará en el acta de protocolización a la que quedará unida la nota, memoria o soporte magnético o digital duradero”. ¿Es ello un reconocimiento del testamento electrónico en nuestro país en sí mismo?

El asesoramiento no sólo consiste en asistir al testador en la plasmación de su voluntad, sino, lo que no es menos importante en sí mismo, provocar la reflexión en el mismo. Como señala GOMÁ LANZÓN, el ciudadano

medio tiende a comportarse de manera más seria y reflexiva ante la presencia del Notario, la “ejemplaridad” del fedatario influye y aleja el fantasma del “*iocandi causa*” en un eventual testamento sin notario.

Con todo, es importante citar la existencia, e implantación en auge, del Portal Notarial del Ciudadano (puesto en marcha por el Consejo General del Notariado) que permite a los ciudadanos acceder a la sede electrónica notarial, iniciar la gestión de su testamento e incluso recibir por videoconferencia asesoramiento previo (RAMOS MEDINA).

### *El testamento electrónico o digital, como tal, no existe en nuestro ordenamiento*

Por otra parte, una cuestión no menor a considerar, tal y como precisa MARTÍNEZ CALVO es lo concerniente a lo acotado de la jurisdicción al Distrito Notarial y cómo casaría ello con el otorgamiento telemático.

#### 5.2. El juicio de capacidad

Con la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, se ha eliminado la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, evitando todo proceso de “especificación” respecto a las personas con discapacidad, optando, conforme a los postulados de la *Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006*, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, por un proceso de “generalización”, cambiando el paradigma de la “sustitución” al “apoyo”, respetando que toda persona, por el mero hecho de serlo, pueda ejercer su capacidad en condiciones de igualdad, conforme a su voluntad, deseos y preferencias. Como dice, muy gráficamente, la STS de 6 de mayo de 2021 (Ponente: SEOANE SPIEGELBERG) se abandona un régimen de “talla única” para que la resolución judicial pueda responder al paradigma de “traje a medida” mediante la adopción de concretos apoyos. Ello se ha plasmado en la

testamentifacción, donde el papel del Notario se centra, a día de hoy, más en el control del consentimiento que en el de la capacidad, o hablando en propiedad, en que el testamento se haya otorgado conforme a un consentimiento informado, ajeno a toda “influencia indebida” (arts. 249, 248 y 270 Cc) (ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA).

Todo testamento electrónico, en esencia, dificulta este control. Además de las cuestiones relativas al asesoramiento, ya analizadas, se impide toda inspección por parte del Notario y todo juicio acerca de la aptitud del testador para prestar el consentimiento informado al margen de toda influencia indebida (valga la “broma extrema”, el ordenador impide constatar que el testador no esté siendo apuntado por una pistola o que al otro lado no exista alguien captando su voluntad manifiestamente). En cualquier caso, amparándome en la mayor, la abundancia y fuerte implantación del Notariado a lo largo de la geografía española dificulta justificar la falta de desplazamiento del testador a la oficina notarial donde este juicio, además del asesoramiento, podrá efectuarse correctamente.

#### 5.3. Identificación y firma

Prescindiendo de una eventual duplicidad faustiana, no existe a efectos testamentarios una presunta identidad digital ajena a la normal, la personal. El ser humano no cambia de unicidad por el hecho de haber cambiado de tecnología, y ello hace que los mecanismos de identificación deban existir, sea cual sea el medio utilizado, pues el objetivo, el otorgamiento individual, siempre es lo buscado.

Hemos comentado antes que en Nevada el testamento electrónico debe contener fecha y firma electrónica y algún elemento de identificación del testador sobre la base de un elemento biológico o un acto físico del testador (VAQUER ALOY). Algunos autores (SILVERIO SANDOVAL) propugnan el uso de la firma biométrica, es decir, la firma manuscrita sobre un soporte digital, sosteniendo que con ella se salvaguardan de mejor manera las



garantías que deben respetar cualquier firma: 1) la *veracidad en la autoría*; 2) garantizar la *inexistencia de manipulaciones posteriores (e integridad)* y 3) que el documento *pueda ser comprobado y presentado en tiempo y forma para que surja todos los efectos oportunos*. La firma biométrica no deja de ser una firma electrónica que incorpora datos biométricos personalísimos del firmante tales como aceleración, velocidad de escritura y trazo. En tanto que firma electrónica estaría incluida dentro del Reglamento (UE) 910/2014, eIDAS.

La ley peruana 31338, publicada en Diario Oficial el 11 de agosto de 2021, modificó el Código Civil del Perú (art. 696), admitiendo la identificación mediante “*medios de identificación biométrica establecidos por el Reniec*”, o lo que es lo mismo, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (que es el organismo público autónomo encargado de la identificación de todos los peruanos por su DNI). Si bien es cierto, que no obstante regular tal “modernidad”, se sigue exigiendo en tal ordenamiento la presencia de testigos para testar.

Tal y como constata VAQUER ALOY, en cualquier caso, en ningún caso es admisible el testamento cerrado o la memoria en que se inserta un archivo de imagen con una firma manuscrita escaneada.

#### 5.4. Soporte y conservación

La defensa de la firma biométrica, por quienes así lo hacen, no deja de estar en correlación con el soporte material donde plasmarse el testamento electrónico. CÁMARA LAPUENTE sostiene que sí parece posible, y admisible, por nuestro ordenamiento el testamento ológrafo digital que incluyese firma manuscrita en la pantalla de un dispositivo (biométrica), dado que el art. 688 Cc no establecer requisitos sobre el soporte, o incluso con firma electrónica a la que el ordenamiento otorga el mismo alcance que a la firma manuscrita, siempre y cuando se cumplan el resto de requisitos del citado artículo. Un argumento a su favor, sin lugar a dudas, es la admisión, por el Código Civil de Cataluña,

de las memorias testamentarias con firma electrónica. No falto de razones, MARIÑO PARDO afirma que estos soportes electrónicos suelen permitir la alteración del contenido de lo escrito (suprimiendo una parte del contenido del testamento, por ejemplo), no dejando ningún rastro, por lo que no acaban de ser equiparables a la escritura en papel (de hecho, esta discusión se predica igualmente sobre la conveniencia, o no, de mantener los voluminosos protocolos en papel, cuestión que mantiene en términos equivalentes a los practicados en la actualidad la *Ley 11/2023, de 8 de mayo* de digitalización).

Hemos de excluir también cualquier admisibilidad del testamento electrónico como testamento “*per relationem*”, figura especialmente reprobada por el Código Civil Español y que única y exclusivamente debe reducirse a su consideración (y dentro de sus límites) como memoria testamentaria (incluso firmada digitalmente) por el CcCat (art. 421-21). Al respecto recordar que el CC español, en su art. 672 Cc prevé que: “*Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo*”

A mi modo de ver, quizá la mayor garantía del eventual reconocimiento de esta forma de testar sería su conservación (siempre que no se haga a través de terceros, como en Nevada, y sí a través de la propia plataforma informática del notariado). Cómo pudiere configurarse tal conservación será objeto de análisis y práctica con la implantación de la recién aprobada *Ley 11/2023*, al respecto tener en cuenta ya no la regulación de la “matriz electrónica” en sí sino la implantación del “protocolo electrónico” conforme a la nueva ley. Con todo, toda plasmación electrónica del documento público debe garantizar, como defiende BRANCÓS NÚÑEZ: salvaguardas contra el hackeo, garantizar la conservación de los archivos a muy largo plazo (para

ello la nueva *Ley 11/2023* prevé en su art. 34 (que da nueva redacción al 17.2 LN) que: “*las medidas de encriptación y conservación íntegra que permita la legibilidad de su contenido, con independencia del cambio de soporte electrónico, serán adoptadas por el Consejo General del Notariado que las comunicará para su aprobación a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública*”) y dar solución al problema de acreditar judicialmente la inalterabilidad del procedimiento de migración.

Es discutible la admisión de un eventual “testamento electrónico” en virtud de la actual redacción del art. 706 Cc (en redacción dada por la *Ley 8/2021, de 2 de junio*), donde se cita el testamento cerrado redactado en soporte electrónico y firmado con firma electrónica reconocida (art 706 Cc). FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS encuentra que un problema a su admisión como testamento “electrónico” es que la firma electrónica, una vez trasladada a papel, carece de autenticidad, no habiendo “*off line*” posibilidad de verificación, además de que, por su propia naturaleza, los certificados digitales caducan.

#### 5.5. Revocación

Un principio fundamental de la sucesión testamentaria es la esencia revocable de las mismas. El problema es que, al no exigirse un testamento de la misma forma que el anterior, la revocación puede verse motivada por cualquier disposición testamentaria (véase la STS de 25 nov 2014 que admitió la *revocación parcial tácita* de un testamento ante notario por una nota escrita con posterioridad a éste, que fue considerada como testamento ológrafo). Como ya señalara PASTOR RIDRUEJO, el problema que se plantea es que el testamento en “forma inferior”, posterior en el tiempo, revoca el anterior en forma notarial, pero éste, hasta que no haya sido protocolizado, no constará en el Registro General de Actos de Última Voluntad. Además, si el testamento inferior (no notarial) no es protocolizado dentro del plazo legal, no llegará a surtir efectos. ¿Qué sucedería de existir los testamentos

electrónicos? ¿Qué debería entenderse como “testamento o cláusula revocatoria”?

En EEUU, la UEWA antes citada no prevé ningún sistema de revocación en especial (graso y manifiesto error y síntoma de debilidad de lo regulado a mi parecer) y se limita a establecer que se entenderá derogado el testamento electrónico cuando *se pruebe la intención revocatoria* por preponderancia de la evidencia (o por disposición posterior), estableciendo como “actos revocatorios”: eliminar un archivo, imprimir el documento y escribir “revocado” en el documento impreso, teclear “revocado” en el electrónico... Sin lugar a dudas un perfecto monumento a la incoherencia e inseguridad jurídica.

Desde un prisma europeo continental no podemos dejar de sonrojarnos ante las recomendaciones de la UEWA. ¿Qué sucede con las copias masivas que puedan haberse producido del archivo? ¿Hay sistemas para identificar el documento original en el sistema anglosajón? ¿Se pretende prescindir de la presencialidad para luego exigir un documento escrito con el “sello revocado”? ¿Destruir a martillazos el disco duro es muestra de intención revocatoria irrefutable puestos a admitir tal “*numerus apertus*” de incoherencias?

### 6. Algunas reflexiones finales

La efectiva, y eficiente, implantación del Notariado por la geografía nacional, que conlleva su fácil acceso, unido al escaso coste del testamento abierto notarial, hacen de difícil motivación la necesidad de regular el testamento electrónico en nuestro país, salvo por motivos de urgencia justificados (tales como el caso del testamento en tiempo de epidemia habiendo confinamiento). ¿Podiera plantearse como la forma de testar en los casos de peligro de muerte, a la vista de la actual LN, como hemos visto?

Desde luego, no podemos menospreciar, sino al contrario, poner en valor, el firme papel de la informática como “lengua franca”, que en palabras del italiano LISERRE, valga universalmente consiguiendo la desaparición de las fronteras entre ordenamientos y el

valor unívoco de la relación jurídica, cual si de una operación matemática se tratase, invocándose la célebre afirmación de Galileo Galilei de que, en verdad, las matemáticas son el lenguaje de la naturaleza. Pero ello jamás puede justificar una enmienda a la totalidad de las fuertes formalidades testamentarias, conllevando su difuminación en pro del argumento tecnológico, socavando su esencia.

Podría llegarse a contemplar el testamento ológrafo electrónico en la forma propuesta por algunos autores, pero siempre acompañándole de los mismos recelos que siempre han seguido al manuscrito (uniéndosele el riesgo de hackeo), pero jamás deberá considerarse una relajación de las formas testamentarias tales que nos lleven al sistema del *Will* electrónico anglosajón, pieza ajena al sistema propugnado por la tradición romano-germánica y ajena a toda defensa posible desde un mínimo juicio de seguridad jurídica.

Es cierto que el testamento, y el propio derecho de sucesiones, está sufriendo una cierta crisis (ZOPPINI), y de ello puede hablarse en base a:

1. La “depolitización” del fenómeno sucesorio: al no transmitirse ya un “poder o legitimación social” sobre el clan familiar (piénsese en los mayorazgos o en las antiguas concepciones del fideicomiso, no digamos ya en el propio origen romano del testamento y el poder casi omnímodo del *pater familias*).
2. El debilitamiento de su función asistencial: función que hoy desempeña el Estado a través de los mecanismos del Estado del Bienestar.
3. La anticipación de la transmisión intergeneracional de la riqueza a través de la liberalidad: todo ello motivado por el prolongamiento de la esperanza de vida; ya que mediante la conocida como “*sucesión anticipada*”, los padres transmiten en vida su riqueza a los hijos imputándoseles en la futura herencia y reservándose éstos,

al mismo tiempo, una fuente de sostenimiento para vivir y una cierta forma de control sobre el patrimonio del cual han dispuesto.

4. El recurso a instrumentos de delaciones alternativas al testamento. De hecho, conexo a las estrategias de planificación hereditaria es el surgimiento de un “*sistema sucesorio paralelo*” por efecto de formas de delación “triangular” que prescinden y “sustituyen” el testamento. Nos estamos refiriendo a instrumentos que permiten lograr la transmisión en vida del causante, con actos *inter vivos*, aunque tengan efectos *post mortem* o *trans mortem* (PALAZZO se refiere a estos últimos como a los actos que, sin ser *mortis causa*, producen efectos aplazados o condicionados a la muerte del disponente. Ejemplos: el beneficiario del seguro de vida o de la hipoteca inversa).

En todo caso, sea por su carácter intrínsecamente íntimo y personalísimo, sea por su sencillez cuasi perfecta en cuanto a esquema (que no necesariamente en cuanto al contenido), por más que razones práctico-económicas intenten esquivar la sucesión “*mortis causa*”, y por ello, a su más leal y útil adalid, no hay esquema ni sucesión (al llegar siempre la muerte) que escuse a la institución testamentaria, sea en su concepción primigenia o en su vertiente actualizada, como imprescindible instrumento de cierre.

\* Este artículo es el guion que sirvió para la conferencia pronunciada el 21 de junio de 2023, a las 19:30, en el Ilustre Col.legi de Notaris de Catalunya. “WebiNot 61 — El testamento: una institución milenaria ante el reto electrónico”. Disponible en: [https://www.youtube.com/watch?v=gLguf8Q\\_6KA](https://www.youtube.com/watch?v=gLguf8Q_6KA)

A su vez, es una versión abreviada de mi obra, ya disponible: *Los testamentos digital y electrónico: una visión de Derecho internacional y comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024. ■

# Nuevas Tecnologías

## Protección de Datos, Big Data e Inteligencia Artificial en la documentación Notarial: Un Análisis Jurídico y Ético

EDUARD DOMINGO

Abogado y asesor en protección de datos



**Sumario:** 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 2. FACULTADES ASISTENCIALES. 3. FUNCIONES REPRESENTATIVAS DEL GUARDADOR DE HECHO.- 3.1. Por ministerio de la Ley. 3.2. Previa autorización judicial. 4. LA PRUEBA DE LA GUARDA DE HECHO. 4.1. La posición de las administraciones públicas. 4.2. El recurso al acta de notoriedad. 4.3. La posibilidad de instar un auto judicial de declaración de la condición de guardador de hecho. 4.4. La denominada “declaración responsable ante la entidad bancaria”.

La era de la transformación digital ha traído consigo nuevas herramientas y tecnologías que impactan profundamente diversos sectores, incluido el notarial. Dos de los conceptos tecnológicos más revolucionarios en este contexto son el Big Data y la Inteligencia Artificial (IA), los cuales no solo están cambiando la forma en que se maneja y se analiza la información, sino que también están obligando a replantear la normativa y los principios éticos que deben guiar la actividad notarial que no escapa a estos cambios y se enfrenta a retos y oportunidades sin precedentes.

El avance de tecnologías como el Big Data, el Blockchain y la Inteligencia Artificial (IA), junto con una normativa en materia de protección de datos más consolidada y la nueva regulación de la IA, obligan a analizar los riesgos, a los derechos de las personas físicas y a la seguridad jurídica que estas nuevas tecnologías puedan implicar en la labor notarial.

Como previa, debemos de tener en cuenta que cualquier tecnología, por sí misma, es intrínsecamente neutral. No tiene una finalidad moral ni un propósito ético hasta que es aplicada por los seres humanos. Su impacto positivo o negativo depende enteramente del uso que se le dé. A lo largo

de la historia, las mismas innovaciones tecnológicas han servido tanto para mejorar la calidad de vida como para causar destrucción. Un claro ejemplo es la energía atómica, que puede ser utilizada para generar electricidad y avanzar en la medicina, o para construir armas de destrucción masiva.

En el ámbito notarial, esta neutralidad tecnológica implica que el uso ético y responsable de las herramientas digitales será clave para preservar los valores esenciales de la Fe Pública. La digitalización y la IA, bien implementadas, pueden fortalecer la seguridad jurídica y agilizar la prestación de servicios notariales, garantizando el cumplimiento de las normativas de protección de datos y el máximo respecto a los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, si no se gestionan adecuadamente, estas mismas tecnologías podrían poner en riesgo la confidencialidad de la información y la integridad de los procesos notariales, así como acarrear grandes incumplimientos al respecto de la normativa de protección de datos y del reciente Reglamento de Inteligencia Artificial. Por ello, la regulación, la supervisión humana y una clara responsabilidad ética deben acompañar siempre la adopción de nuevas tecnologías en este campo, analizando con los conocimientos necesarios o profesionales adecuados esta evolución.

En este sentido, las tecnologías emergentes como el Big Data y la Inteligencia Artificial tienen el potencial de optimizar procesos, mejorar la eficiencia y facilitar el acceso a la información, de tener, si cabe, mayor seguridad jurídica de los actos, pero también pueden ser usadas de manera irresponsable, violando derechos fundamentales, como la privacidad o la equidad en la toma de decisiones.

La IA no se puede entender, sin el concepto Big Data. El Big Data se refiere al procesamiento de grandes volúmenes de datos, tanto personales como no personales, que, por su tamaño, complejidad y velocidad de generación, no pueden ser gestionados con las herramientas tradicionales. Estos datos pueden provenir de diversas fuentes

y formatos, estructurado o no, y su análisis permite descubrir patrones y tendencias que, de otro modo, pasarían desapercibidos.

Estos Corpus de datos inmensos, pueden contener directamente datos personales, o de forma indirecta, pueden contener datos agregados, anonimizados o pseudanonimizados, que con herramientas de proceso masivo de IA, se pueden re-asociar a personas físicas.

*En el ámbito notarial,  
la IA tiene el potencial  
de automatizar  
procesos, mejorar  
la búsqueda de  
información y ayudar  
en la redacción de  
documentos*

En el contexto notarial, el Big Data puede permitir un análisis más eficaz y eficiente de la información contenida en el Protocolo Notarial, proporcionando nuevas oportunidades para mejorar los servicios y la toma de decisiones, no solo en el entorno notarial, sino en otras esferas, a nivel gubernamental, bancario, sector riesgo, etc.

El Protocolo Notarial y el Libro Registro de Operaciones de pólizas, como repositorio central de escrituras públicas y otros documentos de relevancia jurídica, se encuentra en el centro de esta encrucijada tecnológica. La digitalización de los protocolos y la posible aplicación de sistemas de IA sobre los mismos obligan a una revisión exhaustiva de las normativas y principios éticos que deben guiar esta transición hacia un notariado digital.

El Protocolo y el Libro Registro de Operaciones de pólizas de un notario ya representa, por sí mismo, una cantidad ingente de datos personales y jurídicos de gran relevancia dentro de la población donde ejerce su función. Cada notaría, a lo largo de un año, genera y custodia una amplia variedad de documentos notariales que

contienen información detallada sobre los actos más significativos en la vida de las personas y las empresas de una localidad concreta.

Esta información incluye desde nombres y apellidos, DNI, que sumados al resto de datos que se encuentra en los documentos autorizados tales como datos de propiedad, operaciones mercantiles, hereditarias y patrimoniales de suma importancia. Por tanto, los documentos que custodia un notario, representan a efectos de la IA de un gran corpus de big data con un valor muy importante para el análisis y posterior entrenamiento de IAs en cuanto a la cantidad y calidad de los datos basados en situaciones reales.

Ahora bien, si extrapolamos esta realidad individual al Protocolo y al Libro Registro de Operaciones de pólizas de todo el cuerpo notarial de España, constituido hoy por el Índice Único Informatizado (IUI), bajo control del Consejo General del Notariado, Corporación de Derecho público que representa al cuerpo notarial, el valor de este conjunto de datos se vuelve incalculable, por constituir un verdadero manantial o mina (*data mining*) de información jurídica y económica que abarca a todo el Estado, reflejando de forma fiel y exhaustiva los actos y negocios jurídicos más relevantes de millones de personas y entidades. Esta enorme cantidad de datos no solo tiene valor para los intervinientes directos, sino también para terceros, como administraciones públicas, tribunales y profesionales del derecho, que dependen de la certeza y la validez jurídica de los documentos notariales.

Y siendo este Big Data el que da sentido a la Inteligencia Artificial. La Inteligencia Artificial (IA) se define como la capacidad de los sistemas informáticos para realizar tareas que normalmente requieren inteligencia humana, como el reconocimiento de patrones, la toma de decisiones, el aprendizaje y la interpretación de datos. En el ámbito notarial, la IA tiene el potencial de automatizar procesos, mejorar la búsqueda de información y ayudar en la redacción de documentos,



pero también plantea importantes retos en términos de privacidad, seguridad y responsabilidad jurídica.

Además debe tenerse en cuenta el cumplimiento de la normativa de protección de datos, que a su vez actúa como un límite a esta normativa. La Ley Orgánica 3/2018 y el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) establecen un marco riguroso para la protección de los datos personales, incluyendo aquellos contenidos en el Protocolo Notarial. Desde la entrada en vigor de la Ley 11/2023, al Protocolo Notarial se le unió el protocolo electrónico ampliando el campo de aplicación de las normativas sobre privacidad y seguridad de los datos.

El notario, como responsable del tratamiento de estos datos, debe garantizar la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información, tanto en su formato tradicional como en el nuevo entorno digital. Esto implica la adopción de medidas de seguridad adecuadas, como el uso de tecnologías de cifrado, sistemas de autenticación y auditorías periódicas que aseguren el cumplimiento de la normativa vigente.

El Protocolo Notarial constituye una auténtica base de datos de alto valor jurídico, ya que contiene información sobre los actos y negocios más relevantes de la sociedad, desde compraventas hasta testamentos. Estos datos no solo son confidenciales, sino que, al estar sometidos a un régimen de secreto notarial, solo pueden ser accesibles a terceros en casos muy específicos que la Ley determina.

Además debe tenerse en cuenta la regulación de la Inteligencia Artificial (IA) se ha convertido en una herramienta clave en muchos sectores, y el ámbito notarial no es una excepción. La IA permite automatizar procesos, como la búsqueda y clasificación de documentos, la generación automática de borradores de contratos, e incluso la identificación de tendencias legales mediante el análisis de grandes cantidades de información.

Sin embargo, la implementación de IA en el sector notarial debe ser abordada con precaución, ya que el

tratamiento automatizado de datos sensibles, como los que contiene el Protocolo Notarial, plantea riesgos significativos para la privacidad y la seguridad de la información. El reciente Real Decreto 817/2023 ha establecido un marco para la creación de entornos controlados de pruebas para la IA, permitiendo a las administraciones públicas y entidades privadas desarrollar y probar sistemas de IA bajo condiciones controladas, con el objetivo de asegurar su cumplimiento con las normativas de protección de datos y los derechos fundamentales.

### *El Protocolo Notarial constituye una auténtica base de datos de alto valor jurídico*

El Reglamento de IA regula específicamente los sistemas de alto riesgo, entre los cuales podrían incluirse aquellos que se utilicen en el ámbito notarial, dado el impacto potencial sobre los derechos de las personas. Este reglamento introduce conceptos clave como la transparencia, la supervisión humana y la explicabilidad de los algoritmos, asegurando que los ciudadanos puedan comprender cómo y por qué se ha tomado una decisión basada en un sistema de IA.

El uso de sistemas de IA en el ámbito notarial no solo plantea desafíos legales, sino también importantes cuestiones éticas. La IA, al igual que cualquier otra tecnología, debe ser utilizada de manera responsable, respetando siempre los derechos de las personas cuyos datos son tratados.

Uno de los riesgos más importantes es el de la llamada “caja negra” de los algoritmos, donde las decisiones tomadas por el sistema de IA no son fácilmente comprensibles para los seres humanos. El Reglamento de IA y el Real Decreto 817/2023 exigen que los sistemas de IA sean explicables, es decir, que se pueda entender claramente cómo y por qué un sistema ha llegado a una determinada conclusión. Esto es especialmente importante en

el ámbito notarial, donde las decisiones automatizadas podrían tener consecuencias legales graves para los ciudadanos.

Además, el artículo 22 del RGPD ya establece el derecho de los ciudadanos a no ser objeto de decisiones basadas exclusivamente en tratamientos automatizados, incluyendo aquellas que puedan afectar significativamente sus derechos. En consecuencia, cualquier sistema de IA utilizado en el ámbito notarial debe permitir siempre la intervención humana, garantizando que una persona revise y, si es necesario, corrija las decisiones tomadas por el sistema (inteligencia artificial).

### **Conclusión: El Notariado en la Era Digital**

El futuro del sector notarial pasa inevitablemente por la integración de tecnologías avanzadas como el Big Data y la Inteligencia Artificial. No obstante, esta transición debe realizarse de manera cuidadosa, respetando los derechos fundamentales de las personas y cumpliendo con las estrictas normativas de protección de datos que ya están en vigor.

La ética, la transparencia y la responsabilidad deben ser los principios rectores en la implementación de estas tecnologías en el ámbito notarial. Solo así se podrá garantizar que los avances tecnológicos se utilicen en beneficio de la sociedad, sin poner en riesgo la privacidad y los derechos de los ciudadanos. El Protocolo Notarial, como repositorio central de información jurídica y económica de todo el Estado, debe ser gestionado con el máximo rigor, asegurando que las nuevas tecnologías se utilicen de manera ética y legal.

El Reglamento de IA y el Real Decreto 817/2023 son pasos importantes hacia la regulación de estas tecnologías, pero será necesario un esfuerzo conjunto por parte de los notarios, las autoridades regulatorias y los desarrolladores de tecnología para asegurar que el notariado siga siendo una institución de confianza en la era digital. ■



**Valentina Rubertelli**

Presidenta de la Comisión de Asuntos Europeos  
de la Unión Internacional del Notariado

*«La justicia justa tiene  
que ser breve y veloz»*

# Entrevista

## Valentina Rubertelli

### Presidenta de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado

**V**alentina Rubertelli nació el 10 de mayo de 1968 en Nápoles. Proviene de una familia donde su padre era anestesiólogo y su madre profesora de francés. Su educación incluyó la escuela primaria en el Instituto Francés de Nápoles “Grenoble”, donde adquirió habilidades en francés. Continuó con una educación secundaria científica y obtuvo el dominio del idioma inglés en el British Council de Nápoles. Se matriculó en la Facultad de Derecho de la Universidad Federico II de Nápoles, graduándose con honores en 1990 en tres años. Además, obtuvo un diploma de especialización de posgrado en Derecho Civil y a los 26 años, aprobó el Concurso Notarial, logrando el décimo puesto a nivel nacional. A partir de abril de 1996, asumió su cargo en la oficina notarial de Reggio Emilia. En 2008, cofundó la Escuela Notarial “Notares” y realizó cursos sobre técnica contractual y simulación de pruebas competitivas. A lo largo de su carrera, ha ocupado varios roles destacados, incluyendo el de delegada del consejo notarial en el Comité Regional de Emilia Romagna y el de presidenta de la Asociación de Ejecuciones de Bienes Inmuebles en el Tribunal de Reggio Emilia. Miembro de la Comisión de Conciliación de la Oficina de Investigación del Consejo Nacional del Notariado desde 2010, contribuyó en la redacción del Manual de Conciliación. Se convirtió en conciliadora profesional en 2011.

En 2016, fue electa consejera nacional del Notariado, cargo que ocupó hasta junio de 2022.

En 2021, se convirtió en la primera mujer en presidir el Consejo Nacional del Notariado, desempeñando el cargo hasta junio de 2022. Además, fue vicepresidenta de la CNUe.

En 2022, fue elegida presidenta del Comité Regional de Notarios de Emilia Romagna y en 2023, ascendió a la Presidencia de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado Latino.

**Empezamos con su trayectoria: no es hija de notarios, en casa no había tradición notarial, en un momento dado estudia derecho, cum laude en tres años...**

Es una historia rara, efectivamente, no tengo una tradición en mi familia, ejemplos en mi familia. Casualmente estudié con un compañero de universidad que tenía una idea fija desde que tenía 7 años, de convertirse en notario. A esa edad, su familia le regaló un bolígrafo para que firmase su

primera acta. Entonces, dada su pasión por ser notario, dije “yo también voy a estudiar contigo y voy a ser notaria”. Y así fue; estuve estudiando con él y aprobé.

**Empieza a ejercer como notaria con 26 años. Desde entonces, ha colaborado en instituciones del Notariado italiano, siendo su cargo más importante la presidencia del Consejo Nacional del Notariado en Italia. ¿Cuándo decide dar el paso al ámbito internacional?**

El paso al sector internacional fue un poco casual. He sido consejera en el Consejo Nacional del Notariado seis años y desde el primer año fui nombrada co-coordinadora del Sector Internacional; los tres últimos años de mandato, como única responsable.

También me ha ayudado que tuve la fortuna, cuando era una *piccola ragazzina*, de estudiar francés y un poco inglés. En esto debo de agradecer a mis padres, que tuvieron la previsión de hacerme estudiar idiomas, cosa que en Italia no es tan frecuente como en otros países.

Estar en el Sector Internacional me ha llevado a apreciar más lo internacional. Gracias a ser nombrada presidenta del Notariado Italiano, he podido hacer contactos y reunirme con el resto presidentes nacionales, lo que me ha dado cierta experiencia. Posteriormente, la Unión Internacional me ha designado, junto con el Notariado Italiano, para el cargo de presidenta de la Comisión de Asuntos Europeos.

**¿Cuáles son los retos y qué plantea en el programa de su mandato como presidenta de la Comisión de Asuntos Europeos?**

Mi programa como presidenta de la CAE es un programa en línea con el de Lionel Galliez como presidente de la UINL. Nuestro objetivo es difundir el Notariado latino en Europa y en el mundo, con todas sus características y su fuerza.

En concreto, queremos conquistar más ámbitos y atribuir competencias nuevas al notario. Por ejemplo, en el ámbito de la jurisdicción, aligerar el trabajo de los tribunales, para ayudar así a los jueces. Llevar al notario a realizar cada vez más funciones en lo que es su ADN, es decir, el de un funcionario público. El notario tiene por su naturaleza ser un tercero, imparcial, público-oficial y puede ser un sustituto en varios ámbitos. Tiene esta naturaleza, como función subsidiaria a la función pública del Estado.



### **Además de la desjudicialización, ¿qué otros objetivos se plantean?**

El poder demostrar en interlocuciones con organizaciones internacionales, como el Banco Mundial o Antitrust, que el rol del notario no es, como a menudo se percibe, de ralentizar la economía; sino que el notario, con su función de control *ex ante*, puede fortalecer y contribuir a que la economía de un país sea mejor y más competitiva.

### **La desjudicialización es uno de los temas tratados en la sesión de la Academia de 2023. ¿Cuáles fueron los otros temas de estudio y qué conclusiones han obtenido de la reunión o los estudios que han hecho en estos ámbitos?**

En esta reunión de la Comisión de Asuntos Europeos en Barcelona, se ha escogido un tema muy relevante en el Notariado español: el estudio de la Reserva Hereditaria en las sucesiones legítimas.

El objetivo del Notariado español, y también del Notariado italiano, es el de hacer menos rígida la regulación de la sucesión necesaria. Consideramos que el derecho, y en particular el derecho de las sucesiones, debe modernizarse y debe seguir las evoluciones de la sociedad. El Notariado actúa como intercesor en las necesidades de la ciudadanía por delante del legislador, porque habla todos los días con sus clientes, y por ello debe tener el rol de sugerir al político y al legislador cuáles son las nuevas necesidades de la sociedad.

Entre estas necesidades, está la de hacer la sucesión de los legitimarios menos rígida. Entonces, consentirle, por un lado, al testador mayor libertad de distribuir el propio patrimonio entre sus propios herederos, y, por otro lado y al mismo tiempo, ayudar a la economía haciendo que la circulación de los inmuebles que provienen de sucesiones y donaciones sea menos complicada.

### **Siempre se escoge un tema socialmente relevante y, en esta ocasión, resulta más claro que es un tema que afecta a todos los ciudadanos.**

Obviamente, las temáticas y los temas que nosotros elegimos son de interés de la sociedad porque el notario está al servicio de la sociedad.

Por ejemplo, en Roma, en la pasada reunión de la CAE, hablamos de los problemas de los adultos vulnerables y de la fragilidad de los ancianos frente a una sociedad que envejece mucho, y de cómo el Notariado puede ser útil de al respecto. Elegimos el tema del poder preventivo, el mandato en vista que un sujeto, por su edad y por una eventual incapacidad, pueda nombrar a un procurador, a un sujeto fiduciario que lo represente. En España habéis creado una institución muy importante alrededor de esto. Es un ejemplo de cómo el notario puede hacer una función socialmente útil para aquellos sujetos frágiles y, al mismo tiempo, sustituir la justicia porque, con poder preventivo, no hay necesidad de intervención del juez tutelar o del tribunal, sino que se llama a un representante legal.

### **En las conclusiones de esta sesión de la Academia sobre la legítima se comentaba que se trataba de flexibilizar la regulación de esta. En el caso de España, existe un derecho común que convive con seis derechos forales. ¿Es esta una situación habitual a nivel europeo?**

La situación española es absolutamente atípica. Tal vez el único país europeo que tiene una situación análoga podría ser Suiza, porque tiene varios cantones y cada cantón tiene su legislación autónoma. Pero se puede observar que el notario español tiene algunas dificultades más. El sistema más rígido es el del derecho común español y luego hay otras regulaciones, como Navarra. El derecho común tiene la disciplina más rígida, como la de Italia, y, en cambio, y legislación de Navarra se parece a la de Reino Unido. Las conclusiones giran en torno a que hay que flexibilizar el derecho común en su regulación de la legítima, pero sin cancelarla como se ha dado en el Reino Unido o en Canadá.

### **¿Podríamos encontrar algún ejemplo de Derecho Europeo de flexibilización de la legítima?**

En el estudio del Derecho Comparado los franceses han ganado el primer premio, quizás encontrando el punto de equilibrio. Tienen una legítima que existe, no es cancelada, pero que tiene instituciones que la afinan y que



provocan una mayor circulación de los bienes, una mayor compraventa en la economía y, como consecuencia, una mayor vitalidad económica.

**En cuanto a los otros temas de estudio, comentábamos que uno de ellos ha sido la desjudicialización. ¿La conciliación o la mediación se plantea como solución desde la CAE?**

Si se puede resumir de alguna manera la filosofía del notario italiano, que es europeo y también mundial, es con el hecho de que la mediación y la conciliación forman parte de la naturaleza del notario, que cada día media o concilia en su notaría para crear la paz entre las partes que están muchas veces enfrentadas, contribuyendo a calmar los ánimos. Nuestro trabajo es también prevenir los litigios. Entonces, es realmente mediación y conciliación cotidiana.

**En 2024, el tema central de la Academia Notarial Europea fue el régimen de parejas no matrimoniales en Europa, tratando las parejas de hecho, las uniones civiles y las uniones registradas. ¿A qué conclusiones se llegaron?**

Hemos constatado, en primer lugar, que existe una gran diversidad en Europa, tanto en la propia definición de la unión registrada como en el régimen jurídico que la regula. Esta gran diversidad no es sorprendente: la legislación de cada país sobre la pareja de hecho se ha construido a la luz de las necesidades y realidades sociales, culturales e históricas de su país.

A pesar de esta gran heterogeneidad, hemos llegado a las siguientes conclusiones. Ante todo, las parejas necesitan seguridad y previsibilidad jurídica, y el notario está en posición de proporcionárselas. En muchos países europeos, el notario es la autoridad competente para recibir la declaración de convivencia de las partes, así como para determinar cuándo surte efecto jurídico la unión y su régimen jurídico.

También existe una necesidad de seguridad y control por y para el Estado. Para evitar el fraude, o las «parejas falsas», que se forman con el único fin de obtener determinados efectos de la unión (beneficios fiscales, obtención de un permiso de residencia, etc.), el Estado puede confiar a los notarios la

tarea de recoger la declaración de convivencia de la pareja o, eventualmente, exigir una prueba de convivencia antes de la celebración de la unión.

Por último, las parejas necesitan asesoramiento en la elección de su régimen patrimonial, para que se adapte a sus circunstancias personales y familiares.

Por esta razón, la Comisión de Asuntos Europeos recomienda que los acuerdos patrimoniales entre las parejas se celebren por escritura pública notarial, del mismo modo que las capitulaciones matrimoniales para las parejas casadas.

**Uno de los objetivos desde la Comisión de Asuntos Europeos es trabajar para conseguir nuevas atribuciones al Notariado. ¿Qué nuevas atribuciones se ven más claras?**

Los sectores que el notario puede asumir, para aligerar trabajo al magistrado, son principalmente en materia de familia: el divorcio, el matrimonio, las separaciones o los pactos de convivencia. También, existe otro sector, el de los adultos vulnerables, en relación con el poder preventivo, como hemos comentado anteriormente. En mi mandato como presidenta del Notariado italiano he logrado que Italia sea el primer país europeo en conseguir la jurisdicción voluntaria, es decir, que el notario pueda autorizar actos para menores e incapacitados, en lugar de un juez.

**Del resto de temas de estudio, tenemos la seguridad jurídica, transacciones reales y facultades de representación de empresas. ¿Se ha llegado a alguna conclusión o en qué línea está trabajando la Comisión?**

Son unos estudios que apenas han iniciado. Por el momento, el método de trabajo es lo que predispone a un cuestionario distribuido a todos los delegados de la CAE. Después recogeremos las respuestas en Google Forms, y entonces extraeremos las conclusiones.

El estudio en materia de seguridad de la transacción inmobiliaria garantizada por notario es un estudio que quiere recoger datos para tener argumentos a utilizar en las interlocuciones con los poderes políticos y con los economistas





de la Banca Mundial, que generalmente señalan que la organización del notario de Common Law es mejor que la organización del notario de Civil Law.

### ¿Con estas conclusiones se podrá cambiar esta idea del Civil Law?

Con estos nuevos datos podemos demostrar que el Civil Law es una garantía para la seguridad de la contratación inmobiliaria porque previene la inseguridad y permite “deflación” de la justicia. Además, garantiza la fiabilidad de los registros inmobiliarios, lo que a su vez garantiza la hipotecabilidad de los inmuebles y la posibilidad de financiación.

En el fondo, el notario es garantía de la certeza de la circulación inmobiliaria y contribuye a que los países sean más atractivos para los inversores extranjeros, garantizando la competitividad de la economía de ese país.

### El gran reto del Notariado español y el gran cambio del Notariado español de los últimos años, también a nivel europeo, es la digitalización. A nivel de la CAE, ¿hay alguna directriz común al respecto?

La UINL ha creado una comisión llamada “Digitalización y autenticidad”, sobre el documento auténtico y el documento digital, pero la CAE por el momento, no.

El reto, obviamente, de todos los notariados europeos y mundiales es la digitalización, acelerada por la directiva europea y la pandemia. En Italia hemos creado la SRL online con la ayuda y colaboración de los notariados español y alemán para llevar la transposición de la directiva adelante, dejando el notario en el centro.

### ¿Cómo valora la gestión online frente a la actuación presencial?

Uno de los pilares de la profesión notarial es la proximidad al territorio, un territorio y unos clientes que conoce de primera mano. El notario tiene un rol de proximidad de cuidar su clientela, conocer las historias de las familias y esto, con el acto a distancia, salta.

Se interseca con el tema del *anti laundering*, es decir, el notario es un guardián de la legalidad y puede hacer mejor su trabajo de filtro *anti laundering* si conoce a la clientela.

### Usted como primera presidenta del Consejo del Notariado Italiano y primera presidenta de la Comisión de Asuntos Europeos, ¿cómo ve la feminización de la profesión? ¿Qué papel está tomando la mujer en el Notariado?

El fenómeno que yo, en términos estadísticos, conozco de cerca es el italiano. En Italia se está evolucionando más o menos de la misma manera que en España. Los candidatos a las

oposiciones son más mujeres que hombres, y entre los aprobados, un 55% de mujeres, lo que significa que en la franja joven las mujeres están ganando mayor porcentaje y de aquí a unos años se verá un Notariado equiparado entre mujeres y hombres.

El problema que se da en la feminización se encuentra en los cargos de alto nivel. En el Consejo Nacional del Notariado Italiano hay 20 notarios, pero hasta hace unos años era una mujer y diecinueve hombres. Más tarde, tres mujeres y diecisiete hombres.

El año en el que me convertí en presidenta fuimos cinco mujeres y quince hombres.

Aquí entra en juego el vértigo. Creo que las mujeres no se arriesgan porque no se sienten a la altura, y yo soy un ejemplo de este fenómeno. Yo no fui candidata como tal. Me llamaron porque tras tres votaciones en que los candidatos hombres no llegaron a la mayoría, se creó una situación de estancamiento, y entonces alguien dijo “¿y por qué no Valentina?”. Mi primera reacción instintiva fue de pensar que no era capaz y que no me sentía preparada. La mayor parte de las mujeres no se sienten a la altura, pero cuando alguien las busca, descubren que al final son capaces de hacerlo.

### ¿Qué características debe tener la justicia del siglo XXI para ser justa?

La justicia justa tiene que ser breve y veloz, y tengo que admitir que en el sistema de Common Law, lo es. En mi país, por ejemplo, tenemos que esperar 10 años tanto en lo civil como en lo penal. Pero tengo la esperanza y confío en el hecho de que lo que estamos llevando a cabo para desjudicializar pueda liberar a los jueces y tribunales de competencias que pueden ser realizadas por otros profesionales imparciales, como nosotros los notarios. Esto permitiría a los jueces la disponibilidad de desempeñar el papel que deben desempeñar en otro tipo de procesos.

### Finalmente, díganos un mensaje al Notariado europeo.

Europa hace mucho por todos, y nosotros, los notarios, podemos hacer mucho por ella. ■

# Derecho Internacional y Comparado

## Crónica de las “II Jornadas sobre derechos reales en el Derecho Internacional Privado en la Unión Europea: Aspectos jurídico-prácticos desde la perspectiva notarial”, Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona, 13 y 14 junio 2023

DRA. SILVANA CANALES GUTIÉRREZ  
*Profesora de Derecho internacional privado  
Universitat de Girona*



Los pasados 13 y 14 junio 2023, tuvieron lugar en el Colegio Notarial de Cataluña en Barcelona, las “II Jornadas sobre derechos reales en el Derecho Internacional Privado en la Unión Europea: Aspectos jurídico-prácticos desde la perspectiva notarial”, dirigidas por Pablo Vázquez Moral y Ángel Serrano de Nicolás (Colegio Notarial de Cataluña) y la Dra. Maria Font i Mas (Universitat Rovira i Virgili). Las investigaciones serán publicadas en una obra colectiva.

La conferencia estuvo marcada por un componente de practicidad, partiendo del análisis de aspectos relevantes o con una complejidad especial extraídos de casos judiciales o del ejercicio de la actividad notarial y su encaje frente a los Reglamentos de Derecho internacional privado de la actualidad. Teniendo en cuenta lo anterior, las Jornadas se iniciaron con la ponencia de la Dra. Pilar Jiménez Blanco (Universidad de Oviedo), titulada “El papel del notariado

en la aplicación del DIPr de la UE”, en la que expuso el fenómeno de *desjudicialización* en los Reglamentos de la UE, idea que basó en tres vertientes: la descentralización judicial, que deposita ciertas competencias en otros operadores jurídicos, como el notariado; la *contractualización* del derecho de familia, basada en la prevalencia actual del principio de la autonomía de la voluntad; y el principio de *reconocimiento mutuo*, especialmente en materia de resoluciones judiciales. El impacto de estos tres fenómenos ha creado, según la ponente, una paulatina modificación de los parámetros de los reglamentos, fruto del derecho comparado, generando a su vez una desjudicialización de los derechos nacionales. Ello podría generar riesgos, pues, si se elimina la función jurisdiccional previa, es posible que se expidan resoluciones judiciales sin garantías previas, lo cual afectaría de manera directa el reconocimiento mutuo de resoluciones en los Estados miembros. Finalmente, concluyó que, actualmente, hay una regulación asimétrica en los reglamentos, y apostó por

incrementar la coherencia entre ellos con el fin de hacer más fácil su aplicación por los tribunales y el notariado.

Siguiendo con el enfoque general de las Jornadas, especialmente en las cuestiones de practicidad notarial y registral en materia de derechos reales, el Dr. Ángel Serrano de Nicolás, notario de Barcelona, realizó una ponencia llamada “Derechos reales y aspectos de delimitación *ratione materiae* desde la perspectiva notarial de los Reglamentos de la UE de DIPr: cuestiones de derechos reales o personales”, en la cual señaló que, especialmente en materia de Reglamentos referentes al régimen económico matrimonial, las uniones registradas y las sucesiones, el notariado español en ocasiones tiene que aplicar legislaciones extranjeras, lo cual complica su función, razonamiento que se materializa cuando debe aplicar por ejemplo figuras de *common law* como el *trust*, en la que concepto de derecho real y derecho personal colisionan, pero también puede facilitarse cuando se aplica derecho continental, especialmente en los derechos reales clásicos, y no habría mayor dificultad en el registro debido al sistema de *numerus apertus*. La función del notariado en España es aplicar el derecho vigente en cada comunidad autónoma, y no hacer una remisión genérica al derecho español, cuando existen normas especialmente creadas para cada territorio tanto en materia de derecho reales como personales. Por último, puso en evidencia las dificultades que, para el notario, supone adaptar el derecho extranjero al derecho español en materia de derechos reales, que, de acuerdo con el sistema de *numerus apertus*, permite adaptar -si no se infringe ningún precepto imperativo español o el orden público económico interno- la figura extranjera sin necesidad siquiera de cambiar su nombre en la escritura, no teniendo el registrador la potestad de modificar tal adaptación realizada por el notario.

Por su parte la Dra. Elena Lauroba Lacasa (Universitat de Barcelona) presentó su ponencia titulada “Panorama de derechos reales en los Estados miembros de la UE: una transformación continua y discreta”. En ella

expuso que, en el Derecho civil actual, los derechos reales evolucionan de manera paulatina, de acuerdo con lo que ella reconoce como una “permeabilización obsesiva entre los derechos nacionales de los países”, que se traduce en la transformación del derecho a la propiedad, el enfoque hacia su función social o ecológica (Iniciativa francesa de destinar los derechos reales en provecho de la biodiversidad), la propiedad de los bienes en común, la taxonomía de los bienes, y la delimitación de los derechos reales teniendo en cuenta el principio de *numerus apertus*. De acuerdo con lo anterior, uno de los grandes debates de la actualidad se centra en si es factible superar el concepto de la propiedad unitaria agregando conceptos flexibilizadores, incluyendo a una pluralidad de sujetos que se consideren como “propietarios” sin cumplir específicamente todos los requisitos de la “propiedad” establecidos en la ley (*trust*). Con estas novedosas perspectivas del derecho de propiedad, el Derecho civil se convierte en un repositorio para las generaciones futuras, donde los derechos reales juegan un papel dinámico que evoluciona de acuerdo con las necesidades económicas y sociales.

Respecto del Derecho comparado, Roland Krause, notario de Berlín, realizó la ponencia “Derechos Reales en Alemania”, en la que expuso las diferencias entre el sistema registral en Alemania y España, que basó en que los siguientes puntos: la posición del registrador alemán como funcionario estatal y no como jurista; la estructura de la jurisdicción voluntaria del sistema registral alemán, que se basa en dos principios: la solicitud y autorización de la persona afectada, la simplicidad en la forma de las escrituras, que no requieren una descripción tan detallada de los inmuebles, de los negocios jurídicos de los que son objeto y de las garantías constituidas sobre ellos y cómo en ocasiones no se requiere para todos los actos relativos a bienes inmuebles una escritura pública, pues basta únicamente una autenticación de firmas. En el caso de la hipoteca como derecho real, se requiere en

Alemania una escritura pública. La ponencia concluyó con la explicación del procedimiento sucesorio en Alemania, que involucra tanto a notarios como a jueces, y puede conducir a la emisión de un certificado sucesorio o “*Erbschein*”.

### En materia de Reglamentos referentes al régimen económico matrimonial, las uniones registradas y las sucesiones, el notariado español en ocasiones tiene que aplicar legislaciones extranjeras

Culminando el primer día de ponencias, intervino el Dr. Albert Font i Segura (Universitat Pompeu Fabra) con la ponencia: “Derechos reales en el Derecho interregional español”, cuyo objetivo fue identificar las figuras que se presentan en el Derecho interregional español al aplicar los derechos reales. Su enfoque se basó en tres aspectos: la interferencia que puede derivar de la regulación de los conflictos interlocales (incluidas situaciones de mala praxis), la singularidad de algunos derechos reales regulados en los derechos coexistentes en España y el control administrativo de la calificación registral. Uno de los temas principales de su intervención fue los problemas registrales en la inscripción de negocios jurídicos que involucren bienes inmuebles cuando la ley aplicable al contrato es la elegida por las partes, y no se tiene en cuenta la legislación de su residencia habitual o del lugar donde se encuentra ubicado el inmueble (Caso Sareb c. Talismán). Lo anterior, puede traer consigo problemas de calificación de la norma de conflicto, inconvenientes para determinar qué autoridad puede conocer del caso y la violación de normas imperativas del Estado o autonómicas, aunque debe aclararse que, una vez establecida



como aplicable la legislación de una comunidad autónoma, no pueden imponerse las normas imperativas de otra para resolver la controversia. El criterio para resolver estas fricciones en el caso de registro de negocios jurídicos que involucren bienes inmuebles es que, en principio, la ley que aplica es la pactada por las partes y, en su defecto, la ley del lugar donde se encuentre ubicado el inmueble.

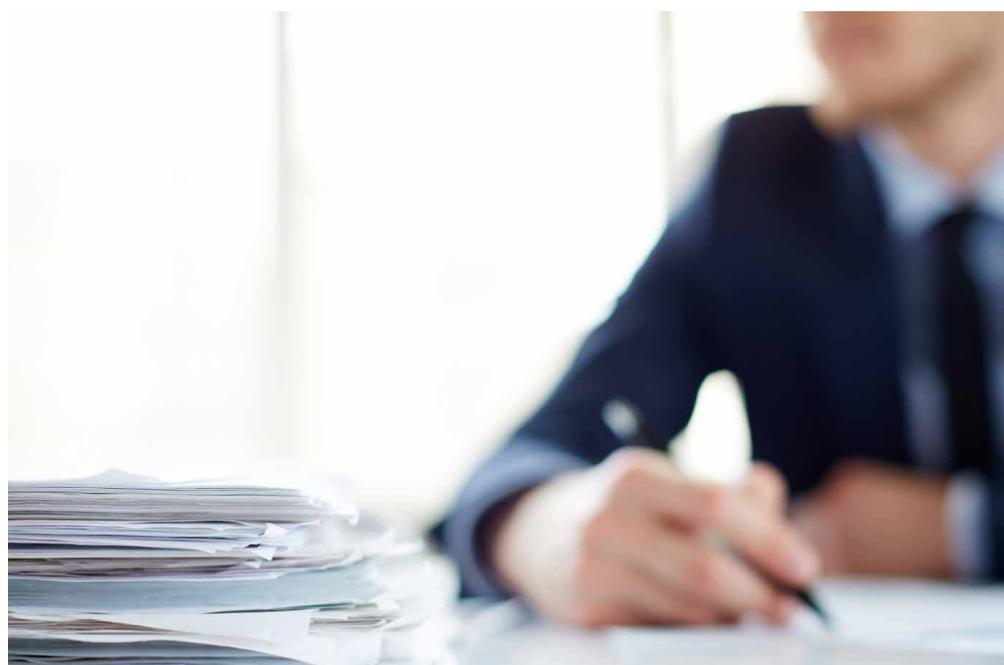
El segundo día de las Jornadas, se inició con la ponencia de Doña Inmaculada Espiñeira Soto, notaria de Santiago de Compostela, titulada “Incidencias de la aplicación de los reglamentos comunitarios en la actividad notarial”. Su intervención se inició con la idea que de los derechos reales se exceptúan en principio de la aplicación de los reglamentos, pero tal excepción no es expansiva, teniendo en cuenta que cuando nos enfrentamos a una sucesión con elemento internacional, esta debe realizarse según la *lex successionis*, y no se distinguen o excluyen los derechos reales de la sucesión (caso Kubicka). Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la ley aplicable al caso concreto, por ejemplo, en materia de régimen económico matrimonial, puede no coincidir con la ley registral del Estado miembro donde se inscriba y en ambos casos, debe adaptarse el derecho real desconocido al derecho real equivalente más cercano en el Estado miembro donde se invoque. Para que tal equivalencia sea exitosa debe probarse el derecho extranjero, existir una figura jurídica que tenga efectos equivalentes y no existir contrariedad con el orden público del Estado donde se realice el registro. En todo caso, con respecto a tal equivalencia sólo pueden considerarse tres opciones: aceptación, rechazo o adecuación y ello dependerá tanto de la voluntad de las partes (prueba) como del análisis de la autoridad competente respecto de un derecho real concreto.

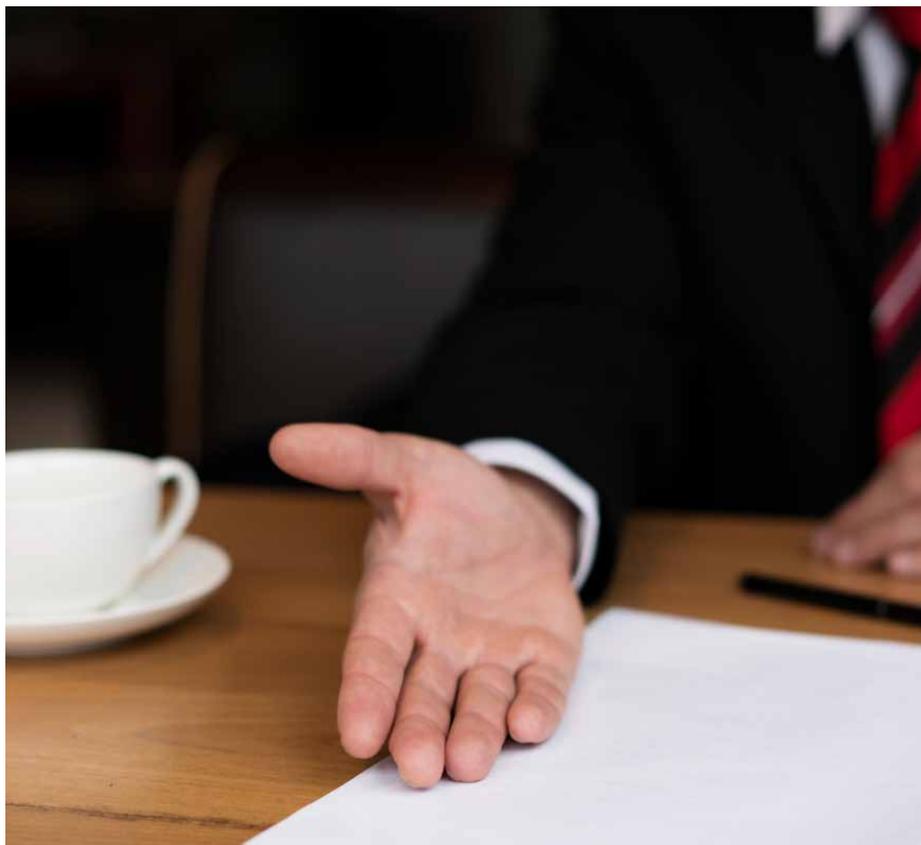
El Dr. Rafael Arenas García (Universitat Autònoma de Barcelona) realizó una ponencia llamada “Forma de las escrituras en derechos reales: aceptación de títulos notariales extranjeros”, que se inició con el

señalamiento del problema actual en la calificación de los derechos reales en la Unión Europea, puesto que, para llevarse a cabo, el análisis no puede basarse en los derechos nacionales de los Estados miembros sino en el Derecho internacional privado de la UE. Si bien se parte de las definiciones de derecho interno que pueden ser diferentes entre sí, lo ideal es adaptarlas a la realidad internacional. Aun cuando sea necesaria una calificación autónoma, también es imperativo establecer en el ámbito internacional la delimitación entre un documento público y privado, que puede resolverse identificando la autoridad que lo emite, la diferencia entre un documento extranjero y uno nacional, la eficacia extraterritorial de documentos y el rol del registro frente a la transmisión de los derechos reales en los diferentes Estados. El notario tiene un rol especial en estas situaciones, porque, si bien en principio hay libre circulación de documentos notariales, también existe un control y un juicio de legalidad y de proporcionalidad que debe llevar a cabo el notario, y posteriormente, el registrador. La ponencia se realizó con el objetivo de exponer los problemas en la calificación actual de ciertos documentos extranjeros y figuras jurídicas, que pueden restringir su admisión en los Estados miembros de acuerdo con

los derechos nacionales y a la labor de las autoridades notariales y registrales frente a esta calificación.

Por último, las Jornadas se centraron en los retos que, en el inmediato futuro, afrontan los derechos reales con tres interesantes ponencias. La primera, del Dr. Iván Heredia Cervantes (Universidad Autónoma de Madrid) llamada “El futuro Reglamento sobre eficacia frente a terceros de las cesiones de créditos”. En su intervención indicó que las soluciones por las que apuesta la propuesta de Reglamento sobre eficacia frente a terceros de las cesiones de créditos en materia de ley aplicable van más allá de la regla *lex rei sitae*, teniendo en cuenta que existen ciertos bienes a los que no le aplica esta regla, como algunos muebles y los derechos reales sobre intangibles. En la cesión de créditos con elemento internacional, la aplicación del texto del futuro reglamento se enfrenta a retos importantes como la calificación de las relaciones materiales en la cesión de créditos, teniendo en cuenta que cada relación entre los sujetos involucrados puede tener una solución conflictual diferente (incluso el Reglamento (CE) No. 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales contempla algunas normas de conflicto al respecto) y el hecho de





que, de acuerdo con la Propuesta de Reglamento (COM(2018) 96 final), si las normas de conflicto del mismo remiten a un Estado plurilegislativo, cada unidad territorial de éste con normas propias en la materia se considerará como un Estado a los efectos de determinar la ley aplicable (sistema de remisión directa).

***El Derecho civil se convierte en un repositorio para las generaciones futuras, donde los derechos reales juegan un papel dinámico que evoluciona de acuerdo con las necesidades económicas y sociales***

En la segunda ponencia, el Sr. Víctor Javier Asensio Borrellas, notario de Mataró, titulada “El Derecho de

prenda de activos digitales o criptomonedas”, definió los activos digitales como archivos en formato binario que tienen un valor y dentro de los cuales se encuentran las criptomonedas y los criptoactivos. Si estos activos tienen un valor en el mundo real, pueden ser objeto del derecho real de prenda. Pese a que teóricamente la prenda puede constituirse utilizando este tipo de activos, la deslocalización de la tecnología que los produce, como el “blockchain”, no conduce fácilmente, en Derecho internacional privado, a determinar que jurisdicción podría ser la aplicable a un caso que involucre tales bienes, incluso la regla *forum rei sitae* no encuentra encaje frente a este tipo de activos. A pesar de lo anterior, tanto en competencia como en ley aplicable, nos queda el pacto expreso entre las partes, o en todo caso, la sumisión tácita. En el caso de criptomonedas, debe tenerse en cuenta que estas pueden entenderse como un bien mueble, como un medio de pago o como un valor negociable, pero sólo puede constituirse la prenda si se consideran un bien mueble. En España no existe una regulación para

las criptomonedas como prenda, pero podrían ser aplicables no sin dificultades, el Código Civil y en Cataluña en Código Civil Catalán teniendo en cuenta que se deben cumplir ciertos requisitos objetivos, subjetivos y de contenido, pero en caso de las criptomonedas no hay antecedentes de cómo debe realizarse este cumplimiento. La factibilidad jurídica de constituir una prenda utilizando criptoactivos o criptomonedas existe, sin embargo, los problemas de cómo se regularía y qué debe hacerse ante el incumplimiento del préstamo garantizado con este tipo de activos todavía no está claro.

La tercera ponencia, de la Dra. Rosa María García Teruel (Universitat de Barcelona), llamada: “Inteligencia artificial y el uso de datos alternativos en la concesión de préstamos hipotecarios”, se centró especialmente en la solvencia del deudor hipotecario. En la actualidad, la inteligencia artificial (IA) y el *machine learning* (ML) son consideradas tecnologías utilizadas activamente en el ámbito financiero. Especialmente en la calificación crediticia del futuro deudor hipotecario, estas tecnologías pueden ser tomadas como una oportunidad o cómo fuentes de riesgo para los destinatarios. Como oportunidad, porque generarían más precisión, más poder predictivo, automatización e inclusión financiera, pero como riesgo, porque podrían ocasionar discriminación, filtración de datos y pérdida de control humano. La Comisión Europea ha detectado estos riesgos y considera que deben ser mitigados en el futuro Reglamento de Inteligencia artificial. Particularmente, el análisis de solvencia para deudores hipotecarios tiene un “riesgo alto”, y aunque no se pretende descartar el uso de la IA y el ML, si se ha contemplado que deben establecerse una serie de obligaciones para las personas que los usen, para evitar la violación de derechos de los futuros deudores hipotecarios.

Con esta última intervención culminaron las II Jornadas sobre derechos reales en el Derecho internacional privado en la Unión Europea: Aspectos jurídico-prácticos desde la perspectiva notarial. ■

# Derecho Internacional y Comparado

Reunión de la Comisión de Asuntos Europeos, 19 y 20 de octubre de 2023:  
“El futuro de la reserva hereditaria”

## Carta de la Presidenta de la Comisión de Asuntos Europeos de la UINL

A todos los Presidentes de los Notariados Europeos de la UINL

SRA. VALENTINA RUBERTELLI

Presidenta de la Comisión de Asuntos Europeos de la UINL

Roma, 30 de noviembre de 2023

**E**stimadas Presidentas,  
Estimados Presidentes,  
La Comisión de Asuntos Europeos (CAE) ha abordado, en sus últimas reuniones en Barcelona (19 y 20 de octubre de 2023), un tema de derecho sucesorio de interés para todos los Notariados: *el futuro de la reserva hereditaria*.

Este tema se ha tratado, como siempre, desde una perspectiva europea. No obstante, la reserva hereditaria es una institución del derecho sucesorio que existe en muchos países de derecho civil, más allá de las fronteras de Europa, por lo que quería compartir con ustedes los resultados y conclusiones de nuestros trabajos.

El tema de la reserva hereditaria ha sido, en los últimos años, un asunto de actualidad en Europa: una parte de la población y del mundo político abogan por una liberalización del sistema sucesorio y por una flexibilización, si no desaparición, de la reserva. Estas reivindicaciones se hacen en nombre de la libertad individual, el libre ejercicio del derecho de propiedad o incluso la filantropía.

El Notariado está directamente afectado por el tema, al menos en dos aspectos:

- La reserva hereditaria puede ser un freno a la circulación de los bienes procedentes de herencias o donaciones, y los notarios deben estar en condiciones de ofrecer soluciones;

- Al mismo tiempo, la reserva contribuye a la reducción de los litigios sucesorios y a la paz familiar. En efecto, tranquiliza a los hijos perjudicados por una liberalidad realizada a un tercero y disminuye el riesgo de impugnación del testamento ante los tribunales. En este sentido, el tema de la reserva hereditaria encaja bien dentro del tema más amplio de la legislatura del Presidente Galliez relativo a la desjudicialización.

En el marco de la Academia Notarial de la Comisión de Asuntos Europeos, hemos estudiado, por tanto, los sistemas de protección de los herederos legítimos en los países miembros de la CAE.

A la vista de estas respuestas, la Comisión de Asuntos Europeos ha llegado a las siguientes conclusiones:

- Como toda libertad, la libertad testamentaria está regulada en Europa;
- La reserva hereditaria es un factor de igualdad mínima entre los hijos y de protección del difunto contra el riesgo de apropiación de la herencia;
- La reserva es legítima en los países de derecho civil, pero aparece demasiado rígida en algunos de ellos. Por lo tanto, se pueden hacer algunas recomendaciones para flexibilizarla, sin que pierda su esencia ni su utilidad.

Agradezco de antemano su atención.

Les ruego acepten, Estimadas Presidentas y Estimados Presidentes, la expresión de mis más sinceros saludos. ■



Valentina Rubertelli

Presidenta de la Comisión de Asuntos Europeos de la UINL

# En el derecho francés, la legítima hereditaria es el corazón de la transmisión, porque la hace respirar

PHILIPPE POTENTIER

Notario

19 de octubre de 2023

**Sumario:** LA LEGÍTIMA HEREDITARIA EN EL ESPACIO, EN EL TIEMPO, EN SU ESENCIA. El peso del mundo. El peso de la historia. El peso del sentido. El peso del método. LA LEGÍTIMA HEREDITARIA, UNA EXPRESIÓN LIBRE Y UNA EVOLUCIÓN PERMANENTE. En cuanto a los beneficiarios. En cuanto a la cuota disponible. En cuanto a su expresión. En cuanto a su afirmación internacional. En cuanto a su invocación.

**E**n un modelo libre, la transmisión solo puede obedecer a la libertad de la voluntad humana, pero como toda libertad, libertad te nombro y ya te reduzco, decía un gran poeta francés, Paul ÉLUARD.

La libertad de transmitir no escapa, como toda libertad, a una necesaria regulación que la estructura y le permite desarrollarse más, no para limitarla, sino para que florezca. La libertad es un impulso del ser humano, pero al mismo tiempo, una atención de este hacia su entorno, al cuerpo social del que proviene, a su familia de la que nace, a su prójimo con el que establece una relación, sea cual sea.

La legítima hereditaria solo existe jurídicamente en este contexto social y humano, y es así como debe caracterizarse. Así lo haré en primer lugar.

## LA LEGÍTIMA HEREDITARIA EN EL ESPACIO, EN EL TIEMPO, EN SU ESENCIA

Pero la legítima hereditaria también es, en su forma y colores, un verdadero camaleón. Es infinita en su expresión y siempre está evolucionando. Nos centraremos en una segunda parte para definir tanto esta expresión como esta evolución.

Así es como el derecho francés la considera, y porque evoluciona constantemente, está atento a los derechos colaterales donde encuentra mecanismos que la enriquecen.

### El peso del mundo

La legítima hereditaria soporta y se enriquece a la vez con una pesada carga.

Allí donde el derecho regula una sociedad adulta, la legítima hereditaria existe.

*La reserva de herencia no es una cuestión de orden público. Fiel a sus fundamentos, está instituida para proteger a ciertos herederos*

Existe incluso en los países anglosajones, donde sin embargo no se menciona por su nombre.

Por supuesto, en todos los países de tradición civilista, la legítima hereditaria está explícitamente presente.

Pero también en los países de *common law*, aunque no se haga visible, existen equivalentes funcionales.

Pensamos en la *family provision*, mecanismo judicial que permite crear derechos alimentarios cuando se demuestra ante el juez que el difunto no tomó medidas financieras razonables para con sus allegados.

Pero también pensamos en los Estados Unidos, donde ciertamente se

afirma la libertad absoluta de transmitir, aunque de inmediato se modera, aquí por los derechos imperativos del cónyuge superviviente, allá por el derecho a la vivienda familiar, y otra vez por la indebida influencia, una especie de abuso de debilidad, que preserva de la captación de la herencia.

¿Por qué la legítima hereditaria acaba a veces prevaleciendo sobre la libertad de transmitir?

### El peso de la historia

En todos nuestros países de derecho continental, la legítima hereditaria es, de hecho, una constante en el tiempo.

En el derecho romano:

Existen mecanismos judiciales que limitan la libertad de testar, como la *querela inofficiosi testamenti*, una especie de denuncia contra un testamento inmoral, que aparece como una suerte de reserva legítima a favor de los hijos, considerando que un testamento que los ignora no puede ser sino obra de un loco.

En el derecho antiguo:

La legítima hereditaria se convierte en una expresión del derecho natural, aunque su imagen se duplique y se divida en *pars héreditatis* o *pars bonorum*, según los países de derecho escrito o los países de costumbre.

En el derecho revolucionario:

La revolución comienza por barrer el testamento, visto como un medio aristocrático de perpetuar las

En el derecho francés, la legítima hereditaria es el corazón de la transmisión, porque la hace respirar



desigualdades sociales que solo puede reducir precisamente la legítima hereditaria, asegurando cierta igualdad en la partición.

Posteriormente, el Código Napoleónico, que perduró durante largo tiempo, como un bloque de granito, tal como lo quería Napoleón, organiza la transmisión como una especie de transacción entre la libertad de testar y el deber familiar.

¿Por qué esta constancia de la historia que mantiene la legítima hereditaria? Porque también está cargada de significado.

### El peso del sentido

Los fundamentos de la legítima hereditaria son bien conocidos:

- Refleja el vínculo indestructible que constituye una familia, traduciendo la noción de deber.
- Preserva las desigualdades sociales, evitando por ejemplo el derecho de primogenitura o incluso una preferencia sexista.
- Preserva de las debilidades humanas, como la pasión, la influencia, la avaricia, la tiranía.

En todo esto, participa la paz de las familias.

Por todo ello, es difícil prescindir de ella, ya que más allá de sus atractivos y beneficios, también se perfila a través de la legítima hereditaria un método jurídico muy pertinente.

### El peso del método

¿Quién define la legítima hereditaria en esta visión civilista y continental?

Una simple regla de derecho que define una cuota disponible y una legítima en todo patrimonio hereditario;

Una regla fría, lejos de todos los sentimientos que habitan en el hombre.

Pero una regla que, una vez escrita, deja todo el espacio a la libertad para transmitir.

Y no un juez que venga después a corregir el testamento, a arbitrarlo, y a veces aniquilar la voluntad del difunto.

La legítima hereditaria es una regla del juego, pero dentro de esa regla se puede jugar con total libertad.

En el fondo, la legítima hereditaria es una noción irreprochable de pertenencia, justicia y equilibrio. Por eso resiste al paso del tiempo y a las ideologías que se suceden.

### La legítima hereditaria, una expresión libre y una evolución permanente

En una obra francesa bien conocida, *le Dialogue des Carmélites (Diálogo de Carmelitas)* « Blanche de la Force » recibe de la madre superiora esta orden:

“Recuerda, hija mía, que no es la regla la que te guarda, sino que somos nosotras las que guardamos la regla”.

La tradición mundial, histórica y social solo vive si el hombre la acompaña y la adapta a los modos de vida.

Esa es toda la sutileza de la legítima hereditaria que quiero hacer aparecer en esta segunda parte.

No hay nada más cambiante que la legítima hereditaria, y creo que a lo largo de las épocas, el derecho francés ha considerado bastante bien esta plasticidad de la legítima hereditaria.

### En cuanto a los beneficiarios

Tal vez esta es la característica más cambiante.

Los beneficiarios de la legítima hereditaria varían con el tiempo.

Aparecen y desaparecen los ascendientes, los colaterales privilegiados, el cónyuge superviviente.

Solo los hijos son los más citados.

Actualmente, en el derecho francés, son los hijos, y en algunos casos el cónyuge superviviente, los que se retienen.

Y sobre todo esto, seguimos discutiendo.

### En cuanto a la cuota disponible

Esta ha variado.

Es la medida de la legítima hereditaria, y todos reconocen que su determinación es fundamental.

En derecho francés, incluso se ha creado una cuota disponible especial entre cónyuges, que difiere de la cuota disponible ordinaria en ausencia del cónyuge.

Y sobre todo esto, seguimos discutiendo.

### En cuanto a su expresión

La legítima hereditaria puede ser muy física, en derecho se dice “en especie”, en recuerdo de la *pars hereditatis*.

El heredero legitimario entonces tiene una parte real del patrimonio sucesorio, lo que crea una indivisión con los demás herederos.



## Derecho Internacional y Comparado

La legítima es entonces significativa y prominente, ¡quizá un poco demasiado!

En el Derecho francés, el legislador lo concibió finalmente como un valor de principio para facilitar la transmisión de bienes.

Y todo esto sigue en discusión, porque la reserva hereditaria, concebida en términos de valor, exige garantías cuando, frente a los bienes donados o legados, han desaparecido los restantes.”

### En cuanto a su afirmación internacional

En el concierto de elogios que se le tributa en Francia, paradójicamente la Corte de Casación, en dos sentencias del 27 de septiembre de 2017, no consideró que una ley extranjera que ignore la legítima hereditaria sea en sí misma contraria al orden público internacional francés. Solo puede ser desestimada si su aplicación concreta, en el caso concreto, lleva a una situación incompatible con los principios del derecho francés considerados esenciales.

Esta decisión judicial ha sido apreciada de diversas maneras.

Sin embargo, el legislador ha puesto orden en el debate desde 2020, modificando el artículo 913 del Código Civil, introduciendo un mecanismo de legítima más protector para los hijos, permitiéndoles una compensación sobre los bienes existentes situados en Francia en el momento del fallecimiento. De esta forma, pueden restablecerse en sus derechos legitimarios otorgados por la ley francesa, dentro de los límites de estos derechos.

### En cuanto a su invocación

La reserva de herencia no es una cuestión de orden público. Fiel a sus fundamentos, está instituida para proteger a ciertos herederos.

En consecuencia, se trata únicamente de una cuestión de política pública protectora.

Lo que significa que el heredero protegido por esta legítima tiene derecho a renunciar a ella.

Lo que es de nuevo un soplo de libertad en la transmisión sucesoria.

Con el acuerdo del heredero legitimario, el difunto puede aumentar su cuota disponible y hacerla total.

El derecho francés hace posible esta alternativa con la renuncia anticipada a la acción de reducción, más conocida por su acrónimo, la RAAR.

Entramos entonces en un ámbito más inédito del pacto sucesorio, permitiendo transmisiones más consensuadas, o al menos más concertadas.

Este es el campo de acción de la legítima hereditaria en derecho francés, al que está muy ligado.

Bajo una regla a menudo presentada por sus detractores como una regla castradora, la legítima hereditaria debe ser presentada como una regla que planifica una transmisión sucesoria donde aparece como su metrónomo.

Entre cada latido del tiempo, como en una pieza musical, se infiltra la libertad de dar y testar para florecer, preservando la paz de las familias y previniendo a los codiciosos y los intrigantes.

De este modo, la libertad de dar y testar implica otra libertad que es su correlato: la libertad para quien se beneficia de recibir sin el autoritarismo del transmisor. ■





# El caso italiano

D. FEDERICO TASSINARI

Notario

Barcelona, 19 de octubre de 2023

**Sumario:** LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN. LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN. LA POSICIÓN DEL GOBIERNO Y DEL PARLAMENTO ITALIANO. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ITALIANA. ¿QUÉ PODÍAN HACER LOS NOTARIOS? EL SEGURO CONTRA LOS DAÑOS DERIVADOS DE UNA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN. ¿Y PARA LAS ORGANIZACIONES SIN ÁNIMO DE LUCRO DONATARIAS? ¿UNA POSIBLE NICHOS? ¿QUÉ PUEDE OFRECER EL NOTARIADO HOY EN DÍA? PRECISIONES SOBRE EL PUNTO C/ DE LA FICHA ANTERIOR (PRINCIPIO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS BIENES ORIGINADOS POR LA DONACIÓN)

## La acción de reducción

Cada persona que reciba donaciones (directas o indirectas) de una persona física corre el riesgo de que, tras el fallecimiento de esta última, sus herederos forzosos interpongan acciones para recuperar el bien donado o su valor en efectivo.

De hecho, el artículo 555 del Código Civil italiano establece que:

*«Las donaciones cuyo valor exceda la parte de la que el difunto podía disponer serán reducidas hasta alcanzar dicha parte.»*

*«Las donaciones solo se reducirán si el valor de los bienes dispuestos en el testamento está agotado.»*

El artículo 559 del Código Civil italiano añade que:

*«Las donaciones se reducirán comenzando por la última y remontrándose progresivamente hacia las anteriores.»*

## La acción de restitución

En el caso de donaciones de bienes inmuebles (o bienes muebles registrados), si el donatario, antes de la interposición de la acción de reducción, ha enajenado el bien donado a un tercero, el heredero forzoso perjudicado, tras el fallecimiento del donante (hasta diez años a partir de esta fecha), puede, si el donatario es insolvente e incapaz de pagar el valor del bien que le fue donado y posteriormente enajenado, interponer una acción contra el tercero que adquirió el bien para obtener la restitución del bien en especie (denominada acción de restitución) (art. 563, párrafos 1 y 2, primera frase, del Código Civil italiano).

En el caso de los bienes muebles, la acción solo podrá ser ejercida contra el tercero adquirente si este último no ha adquirido la posesión de buena fe (es decir, en desconocimiento de la existencia de los herederos forzosos perjudicados si la sucesión se hubiera abierto en el momento de la donación), lo que determina la adquisición de los bienes muebles a título originario (a non domino) (art. 563, párrafo 2, segunda frase, del Código Civil italiano).

En este caso, el derechohabiente del donatario demandado en restitución podrá liberarse de cualquier obligación restitutoria pagando el valor del bien en especie (art. 563, párrafo 3, del Código Civil italiano).

La acción de restitución no podrá ser ejercida si el bien ha sido donado hace más de veinte años, siempre que antes de la expiración del plazo de veinte años (a partir de la transcripción de la donación), la persona que tenga la calidad de heredero forzoso en ese momento no haya opuesto la pérdida del derecho de los veinte años mediante un acto extrajudicial transcrito en los registros de la propiedad (art. 563, párrafo 4, del Código Civil italiano, tal como fue modificado por el Decreto-Ley nº 80 de 14 de mayo de 2005, convertido en ley).

## La posición del gobierno y del parlamento italiano

Esta legislación, según los servicios legislativos de los ministerios correspondientes, no puede ser modificada, incluso si se suprime la acción de restitución, porque cualquier otra modificación podría dejar a los herederos forzosos sin protección (se habla de ‘modificación adicional’ porque en

2006 entró en vigor en Italia la institución del ‘patto di famiglia’, que permite, si todos aquellos que serían herederos forzosos en ese momento participan en el acto público correspondiente, ‘blindar’ contra los riesgos de reducción y restitución la transmisión de sociedades y participaciones sociales a favor de los descendientes del empresario).

La necesidad de protección de los herederos forzosos, especialmente a juicio de los mencionados magistrados, debe prevalecer sobre la de proteger a los donatarios, incluso si se trata de donantes sin ánimo de lucro, y aunque esto ponga en cuestión la comerciabilidad misma del bien adquirido por donación.

En Italia, lamentablemente, la protección post-mortem de los miembros de la familia prevalece sobre la necesidad de garantizar la seguridad de las donaciones y la libre circulación de los bienes.

## La posición de la jurisprudencia italiana

Las reglas mencionadas anteriormente son consideradas por la jurisprudencia de la Corte de Casación como completamente imperativas para la autonomía privada, ya que, por una parte, cualquier renuncia anticipada a este derecho por parte del futuro heredero forzoso, incluso si está justificada, constituiría un pacto sucesorio de renuncia, y como tal sería nulo en virtud del artículo 458 del Código Civil italiano, y por otra parte, nadie puede vulnerar los derechos de los posibles futuros herederos forzosos.

Sin embargo, existe una doctrina notarial minoritaria según la cual solo se pueden derogar las reglas relacionadas con la acción de restitución, pudiendo el futuro heredero forzoso renunciar a

tal acción de restitución respecto a los terceros adquirentes incluso en vida del donante; no obstante, la práctica notarial misma es reacia a seguir este enfoque minoritario, dada la ausencia de decisiones de la Corte de Casación y el riesgo de nulidad que resultaría de ello.

Un aspecto positivo, sin embargo, es que la Corte de Casación ha reconocido ahora, en dos decisiones específicas y bien fundamentadas, que la acción de restitución, que es una acción de recuperación que presupone que el bien ya ha sido dado por el donante, solo es posible en el caso de una donación directa (es decir, por acto notarial), y no también en el caso de una donación indirecta (como la inscripción de un bien inmueble a favor de un tercero, el pago del precio debido por el adquirente por parte del tercero, etc.), garantizando así un espacio de seguridad en la circulación de los bienes.

### ¿Qué podían hacer los notarios?

Desde hace más de veinte años, las donaciones en Italia, cuando se realizan entre miembros de una misma familia, tienen un costo fiscal notablemente inferior al de los actos a título oneroso.

Sin embargo, debido a la legislación mencionada anteriormente, cada donación constituye (al menos durante veinte años) una 'mancha' sobre la futura circulación del bien, que el notario debe explicar claramente a sus clientes.

Por esta razón fiscal, y debido al deber de transparencia del notario, la 'simulación' de las donaciones como ventas con precio a pagar ya no es una solución, ya que los riesgos civiles (la simulación puede ser probada) y el costo fiscal más alto anulan cualquier ventaja de proceder de esta manera.

Esperar veinte años para que prescriba la acción de restitución es, a su vez, impracticable, porque el tiempo de la operación suele ser muy corto y, de todos modos, siempre podría haber un heredero forzoso potencial que ejerza la oposición prevista en el artículo 563, párrafo 4, del Código Civil en los plazos establecidos.

En la práctica notarial, por tanto, hasta hace unos años, se realizaban donaciones, pero si el bien donado luego debía ser vendido (o hipotecado), se

firmaban contratos de disolución consensuada de esas donaciones antes de la venta misma, de manera que el vendedor (el donante original) pudiera vender sin perjuicio de una compra por donación, transfiriendo, si fuera el caso, la totalidad del precio de venta al donatario anterior a título de donación indirecta.

### El seguro contra los daños derivados de una acción de restitución

Desde hace unos 7-8 años, a raíz de la iniciativa de varios notarios italianos que iniciaron largas negociaciones con Lloyd's de Londres, se ha establecido en Italia el seguro denominado 'donación segura'.

Se trata de un instrumento cuya solidez jurídica ha sido cuidadosamente examinada por una comisión de juristas especializados en materia de sucesión y contratos de seguros, que se limita a proteger al tercero adquirente del bien donado, y no directamente al donatario.

La protección se basa en la consideración de la acción de restitución como un siniestro que, dado el derecho del tercero adquirente del bien donado de pagar en efectivo en todos los casos (artículo 563, párrafo 3, del Código Civil italiano), puede ser indemnizado por la compañía de seguros.

Esta solución es hoy en día ampliamente utilizada, incluso recomendada, y a veces incluso 'impuesta' por los bancos que se preparan para inscribir una hipoteca sobre el bien adquirido por donación.

Este seguro no se contrata en el momento de la donación, sino solo en el momento de la posterior reventa del bien donado (siempre que no hayan transcurrido ya los veinte años establecidos en el artículo 563, párrafo 4, del Código Civil italiano), por un costo que normalmente no supera los mil euros; todo ello se hace online en un plazo máximo de unos diez minutos, inmediatamente antes de la reventa en cuestión, mencionando los detalles de este seguro en el acto.

### ¿Y para las organizaciones sin ánimo de lucro donatarias?

Normalmente, las organizaciones sin ánimo de lucro reciben donaciones directas, siendo más frecuentes

aquellas que tienen como objeto dinero o legados testamentarios.

En este supuesto, no surge ningún problema relacionado con la acción de restitución, sin perjuicio de la posibilidad de una acción de restitución contra el propio legado por parte de los herederos forzosos perjudicados.

En la práctica, las organizaciones italianas sin ánimo de lucro, conexas de la ley, intentan realizar, antes de la donación, un control de probabilidad sobre la posible ocurrencia de acciones de reducción, también con el fin de determinar si la aceptación de la donación requiere provisiones presupuestarias, a la luz de su probabilidad mayor o menor.

Es poco probable que renuncien al legado o que tomen otras precauciones, teniendo en cuenta también que la solución del seguro mencionada anteriormente solo se aplica a las acciones de restitución contra el derecho del donatario, y no al donatario directo, cuya posición no parece asegurarse según la legislación italiana vigente.

El riesgo, ya sea grande o pequeño, sigue estando completamente a cargo de la organización donataria sin ánimo de lucro.

### ¿Una posible nicho?

Si la donación tiene por objeto una suma de dinero, no es concebible ninguna solución alternativa que no sea la asunción integral del riesgo de una acción de reducción por parte de la entidad sin ánimo de lucro.

Si, en cambio, la donación tiene por objeto un bien inmueble o mueble distinto de una suma de dinero, la única solución posible, para evitar una futura y eventual acción de reducción contra un bien que haya incrementado su valor entre la donación y el fallecimiento del donante, es que el aspirante a benefactor realice, en primer lugar, una donación de dinero a la entidad sin ánimo de lucro y, en segundo lugar, venda el bien mueble o inmueble a dicha entidad, que lo pagará con el dinero que le ha sido donado, de manera que el objeto de una posible acción de reducción sea únicamente la suma de dinero donada según su valor nominal (principio nominalista).



Cualquier otra solución, que no se traduzca en una simulación pura y simple, haciendo que el acto de donación aparezca ficticiamente oneroso, consiste en esperar una reforma legislativa (actualmente, en Italia, muy improbable).

### ¿Qué puede ofrecer el Notariado hoy en día?

La reserva forma parte de la historia y de la mentalidad italiana (y de la europea continental) y, como tal, no puede ser objeto de intervenciones suprimidas o, en todo caso, radicales.

Y esto, incluso si hoy en día la función de la institución no es solo la histórica de proteger a la familia, sino también la de proteger al cónyuge «del último día» o al hijo desconocido, cuando esta protección va también en contra de los intereses de los propios miembros de la familia.

Los objetivos que el Notariado puede tratar de alcanzar, en mi opinión, conciernen a tres aspectos específicos, todos ellos ya aparecidos en la reunión preparatoria de esta conferencia:

- a) La reducción cuantitativa de la reserva a un porcentaje del patrimonio de referencia que nunca pueda ser superior, en todo caso, al 50% del patrimonio de referencia (relictum - deudas + donatum), de manera que la parte disponible nunca pueda ser inferior a la parte reservada (principio de libertad);
- b) La eliminación, si es posible total, de la obligación de restituir la reserva en especie, dejando siempre la posibilidad a los sucesores y donatarios, así como a los herederos de los donatarios, si son perseguidos por acción de reducción o restitución, de decidir, si lo desean, restituirla en dinero (principio de simplificación);
- c) Una clara apertura a la autonomía privada en cuanto a la renuncia preventiva, es decir, en vida del donante, con garantías precisas, a la acción de restitución del artículo 563 del código civil, tanto en relación con los reservatarios en ese momento

como con los reservatarios futuros o desconocidos, sacando así del mercado la póliza de seguro descrita anteriormente y hoy dominante en Italia (principio de libre circulación de los bienes originados por la donación).

### Precisiones sobre el punto c/ de la ficha anterior (principio de la libre circulación de los bienes originados por la donación)

La propuesta, en detalle, podría ser la siguiente:

1. Superación de una normativa ausente en otros sistemas jurídicos, a saber, la acción de restitución en virtud del artículo 563 del Código Civil que se describe a continuación, no por su derogación (el donatario sometido a reducción podría simplemente vender el bien a un tercero de confianza y quedar “desposeído” para la acción de reducción de los reservatarios), sino por la introducción de la facultad, para aquellos que serían reservatarios si la sucesión se abriera en ese momento, de renunciar a la acción de restitución incluso en vida del donante (y no a la acción de reducción, actualmente prohibida por el artículo 557, párrafo 2, del Código Civil italiano), siempre que dicha renuncia se refiera a donaciones específicas y sea redactada con la garantía de la información proporcionada por el acto público notarial.  
(Cabe señalar que, como ya se mencionó, parte de la doctrina considera que esta facultad ya está garantizada hoy por el artículo 563, párrafo 4, del Código Civil italiano, penúltima frase, ya que, por un lado, está ajena a la prohibición del artículo 557, párrafo 2, del Código Civil italiano, que se refiere únicamente a la acción de reducción, y, por otro lado, se aplica de forma extensiva aunque el párrafo 4 citado se refiere textualmente

únicamente a la renuncia a la objeción prevista en este párrafo, y no también a la renuncia a la acción de restitución).

2. Introducir en el Código Civil una norma *ad hoc* que, en caso de aparición de reservatarios supervivientes (nuevo cónyuge o nuevo hijo), con el fin de proteger el principio de la libre circulación de los bienes, excluya ex lege la acción de restitución de los reservatarios futuros o desconocidos cuando todos aquellos que eran reservatarios en el momento de la donación ya hayan renunciado a la acción de restitución misma (sin perjuicio de la acción de reducción en todo caso). Una norma de este tipo, en la medida en que tiene como objetivo no derogar completamente la acción de restitución, sino solo en la medida necesaria para garantizar el principio de la libre circulación de los bienes, no debería encontrar objeciones de inconstitucionalidad, ya que el futuro reservatario conserva en todo caso la acción de reducción y, salvo para los bienes donados a los que se aplicaría la nueva norma, la misma acción de restitución frente a terceros. Si quedaran dudas, podría, sin embargo, introducirse una norma que, en caso de que este efecto jurídico preventivo se oponga a las acciones de restitución contra los derechos de los herederos, permita, en lugar de esta última, que quien fuera entonces reservatario futuro o desconocido frente a los reservatarios que han renunciado (y sus herederos), ejerza una acción de restitución *ad hoc*, a ser ejercida por el reservatario que se convirtió en futuro o desconocido (en el momento de la renuncia del donante a la acción de restitución) como resultado del ejercicio con fracaso total o parcial de la acción de reducción a la que tenía derecho.

¡Gracias por su atención! ■

# La legítima en el derecho español. Breve aproximación

JESÚS GÓMEZ TABOADA NOTARIO

Notario de Barcelona. Profesor asociado de la Universitat Internacional de Catalunya

Barcelona, 19 de octubre de 2023

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. TERMINOLOGÍA. CARÁCTER PLURILEGISLATIVO DE ESPAÑA. II. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE. LA VECINDAD CIVIL (ARTS. 13 A 16 CC). III. TIPOS DE LEGÍTIMA (NATURALEZA JURÍDICA), LEGITIMARIOS Y CUANTÍA DE LA LEGÍTIMA. 1. Código civil (Cc). 2. Galicia. 3. País Vasco. 4. Navarra. 5. Aragón. 6. Cataluña. 7. Islas Baleares. IV. INSTITUCIONES VINCULADAS CON LA LEGÍTIMA. 1. Computación e imputación (arts. 819 y ss Cc). 2. Conmutación del usufructo (arts. 839 y 840). 3. Desheredación y preterición (arts. 848 y ss; 814 Cc). V. OTROS DERECHOS LEGALES DIFERENTES DE LA LEGÍTIMA. 1. Derechos legales familiares atribuidos al cónyuge viudo. 2. La posición de la pareja de hecho. 3. Reservas y reversiones (arts. 811, 812 y 968 y ss Cc).

## I. Introducción. Terminología. Carácter plurilegislativo de España

El presente texto recoge unas líneas orientativas, generales, sobre la “legítima” o los “derechos legitimarios” en el derecho español, consistentes en limitaciones o restricciones a la libertad de testar.

Al respecto, debemos anticipar tres ideas previas:

- a) El término que normalmente se utiliza en España para designar las limitaciones a la voluntad de disponer *mortis causa* es el de “legítima”. No obstante, no es esta la única restricción: existen otras, como algunas atribuciones al cónyuge supérstite (o al conviviente) que tienen carácter familiar; y también instituciones, de naturaleza sucesoria, denominadas “reversiones” y “reservas”, que se caracterizan por recaer sobre bienes concretos.
- b) Aún cuando, en algunas ocasiones, de modo excepcional, hay derecho a legítima en la sucesión intestada o legal, la regla general es que se trata de una institución ligada a la sucesión voluntaria, sea testamentaria o contractual. Por eso, la presente exposición

se refiere solo a la sucesión voluntaria.

- c) El ordenamiento jurídico civil español no se contiene solo en el Código civil (Cc). España es un país plurilegislativo que alberga siete ordenamientos jurídicos civiles: además del citado Cc (de aplicación cuantitativamente mayoritaria: rige para unos 32 millones de habitantes, del total de 47 millones que hoy residen en España), existen leyes diferentes en las comunidades autónomas de Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña e Islas Baleares. Asimismo, dos de estas comunidades autónomas (País Vasco y Baleares) cuentan, a su vez, con varias leyes en su territorio.

Este carácter plurilegislativo es una nota tradicional de nuestro derecho civil desde hace siglos, si bien los derechos diferentes del Cc, llamados “forales”, “especiales” o, más recientemente, autonómicos, tenían una vigencia basada en la costumbre jurídica (eran, sobre todo, derechos consuetudinarios), hasta que fueron regulados con rango de ley entre 1959 y 1973. Posteriormente, tras la aprobación de la Constitución española (CE) de 1978, las comunidades autónomas, que tenían derecho civil propio asumieron la competencia

legislativa, por lo que, en la actualidad, su “conservación, modificación y desarrollo” (art. 149.1.8° CE) corresponde a sus respectivos parlamentos. La pluralidad española, que es estrictamente territorial (sin que existan diferencias –como en algunos países de Asia y África– por razón de raza, religión u otra circunstancia personal) obliga, como enseguida veremos, a establecer un criterio de fijación de cuál es la ley aplicable a cada sucesión *mortis causa*.

El esquema de las siete legislaciones que se formula a continuación se centra en: 1) la *naturaleza* de la legítima; es decir, si atribuye una titularidad real sobre los bienes, sistema llamado *pars bonorum* o parte de los bienes; o si confiere solo un derecho de crédito para reclamar al heredero (llamado *pars valoris*); 2) *quiénes* son legitimarios; y 3) la *cuota* a que tienen derecho.

Pronto se aprecia que las diferencias entre las diferentes leyes no son pequeñas: oscila entre los dos tercios establecidos en el Cc y la inexistencia de legítima en Navarra y en el País Vasco –en este último, solo en la Tierra de Ayala—. De esta ausencia de legítima en parte del territorio español, doctrina y jurisprudencia han deducido que la misma no puede ser considerada en España como de *orden público internacional* (art. 35 Reglamento Europeo de Sucesiones, RES 650/2012, de 4 de julio); es decir: no podrá ser rechazada



la aplicación en nuestro país de una ley extranjera que no reconozca derechos legitimarios.

Para facilitar la exposición, las cuestiones tratadas al final, como la computación e imputación de donaciones; la desheredación y la preterición; las instituciones que pueden solaparse o coexistir con la legítima -reservas y reversiones—; y la atribución al viudo de derechos familiares *post mortem*, se referirán solo al Cc español.

## II. La determinación de la ley aplicable. La vecindad civil (arts. 13 a 16 CC)

Abierta una sucesión, dada la coexistencia de diferentes leyes en nuestro territorio, el primer paso es determinar a cuál de ellas queda sujeta la misma.

En el caso de que dicha sucesión contenga algún elemento internacional, debemos acudir a los arts. 36 y 38 del RSE 650/2012, que indican que, una vez determinada por los artículos 21 y 22 del propio RSE, la ley aplicable, y esta es de un estado plurilegislativo, se respeta, como regla de principio, que sea la norma interna de ese país la que establezca cuál es la ley que regirá la sucesión (en nuestro caso, la que fijará la legítima correspondiente).

Si del RSE resulta que es la ley española la aplicable (por regla general porque el causante, al fallecer, tenía su residencia habitual y permanente en España – art. 22 RSE—) se abren dos posibilidades: a) si el difunto no es nacional español, se aplicará el criterio del Reglamento, que se remite a la comunidad autónoma de residencia de la persona fallecida, aplicándose el Cc o la legislación propia de dicha región; b) sin embargo, si el difunto era español, el Cc regula –solo para los nacionales españoles- un estado civil especial, la *vecindad civil*, una especie de “subnacionalidad” caracterizada por la residencia durante un tiempo en la comunidad autónoma correspondiente (arts. 13 a 16 Cc).

Este mismo criterio se aplicará en el caso de que la sucesión carezca de elementos internacionales (art. 38 RSE).

En principio, la vecindad civil de una persona es la misma que la de sus padres; pero cambia si esa persona reside más de diez años en una región con derecho civil distinto, adquiriendo así una nueva vecindad. Sin embargo, se dispone de cierta libertad: transcurridos dos años desde la nueva residencia, el interesado puede, si lo desea, adquirir esa nueva vecindad, mediante declaración ante notario o ante juez. Y, al contrario, antes de los diez años de residencia (previstos para adquirir una nueva vecindad), el interesado puede declarar, ante los mismos funcionarios, su voluntad de mantener la vecindad civil que ostenta.

## III. Tipos de legítima (naturaleza jurídica), legitimarios y cuantía de la legítima

### 1. Código civil (Cc)

En el Cc español, la legítima (arts. 806 y siguientes) atribuye un derecho real o cotitularidad sobre los bienes hereditarios (*pars bonorum*): no se puede proceder a la partición y adjudicación de la herencia sin que los legitimarios intervengan. Ello no implica, sin embargo, que la legítima deba abonarse, necesariamente, en bienes hereditarios, pues también puede ser satisfecha, en vida del causante, mediante donación. E incluso, ya fallecido, en determinados casos puede abonarse en dinero que no forme parte de la herencia (arts. 841 y ss Cc).

Son legitimarios, en primer lugar, los hijos y, en su defecto (por muerte previa o exclusión legal; *pero no por renuncia*), los demás descendientes, a los que se les atribuyen los dos tercios del caudal hereditario. Los cuales se subdividen, a su vez, entre el de “legítima estricta”, repartido de manera igualitaria entre los hijos y descendientes; y el de “mejora”, de libre distribución por el testador.

A falta de hijos y descendientes, son legitimarios los padres (y, en defecto de ambos, los demás ascendientes) a quienes corresponde la mitad de la herencia, salvo que concurran con el viudo, en cuyo caso será de un tercio de la herencia.

El viudo (*pero no el conviviente o pareja de hecho*) tiene derecho (arts. 834 y siguientes Cc) al usufructo de una tercera parte de la herencia, si concurre con hijos o descendientes; de la mitad, si coincide con ascendientes; y de los dos tercios si lo hace con otras personas.

### 2. Galicia

En Galicia, la ley 2/2006, de 14 de julio, de derecho civil, no concreta de manera clara la naturaleza jurídica de la legítima, pero la doctrina la considera *pars valoris*: atribuye al legitimario un derecho de crédito para reclamar el importe de aquella, consistente en la cuarta parte del valor de la herencia.

Son legitimarios los hijos y, en su defecto, los demás descendientes por estirpes.

El cónyuge viudo, a su vez, tiene derecho al usufructo de la cuarta parte de la herencia, si concurre con hijos u otros descendientes. Si lo hace con otras personas, el usufructo es de la mitad de la herencia.

### 3. País Vasco

La ley 5/2015, de 25 de junio, de derecho civil del País Vasco, establece, al lado del régimen general, especialidades en Vizcaya, donde algunos parientes son prioritarios sobre ciertos bienes (troncales o familiares); y en la citada Tierra de Ayala, en la que rige la libertad de testar.

La doctrina mayoritaria considera que la legítima es *pars bonorum* (que atribuye, por tanto, un derecho real sobre la herencia), y se reconoce a los hijos y otros descendientes, a quienes corresponde un tercio del patrimonio hereditario, pero con carácter colectivo: el testador puede distribuirlo entre ellos con total libertad.

Al viudo (o pareja de hecho) se le confiere el usufructo de la mitad de la herencia, si concurre con descendientes; y de los dos tercios, si lo hace con otras personas. Además, tiene el derecho de habitación (limitado a la parte de la casa necesaria para residir en ella) sobre la vivienda habitual de propiedad del causante.

### 4. Navarra

La ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación de derecho civil foral de Navarra, no establece restricciones legitimarias a la libre voluntad del testador.

Se exige, no obstante, que el testador mencione a los hijos (o, en su defecto, los otros descendientes). Si no lo hace, se entiende que hay “preterición” (no mención de los hijos) y los legitimarios tendrían derecho a reclamar su legítima, consistente en la cuota que les correspondería en la sucesión legal o intestada.

La inexistencia de legítima no se traduce, sin embargo, en una total libertad de disponer.

En efecto, el viudo o pareja estable tiene derecho de usufructo universal; los hijos de un matrimonio anterior del causante pueden reclamar -en ciertos casos- alimentos con cargo a la herencia; y existe una “reserva” (parecida a la del Cc español, que ahora veremos): el viudo que contrae nuevo matrimonio, debe conservar para los hijos habidos con su primer cónyuge los bienes recibidos de este a título gratuito.

### 5. Aragón

El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que aprobó el código de derecho foral

de Aragón, configura la legítima como una restricción a la libertad de testar, sin que esté clara su naturaleza; se reconoce solo a los hijos y descendientes; recae sobre la mitad de la herencia; y es de carácter colectivo: el testador puede distribuirla con total libertad entre los legitimarios.

Al viudo (pero no a la pareja de hecho) se le reconoce el *derecho expectante de viudedad* (usufructo universal), que es de carácter familiar, pero que se activa cuando fallece el cónyuge. (En realidad, no tiene mayores consecuencias calificar un derecho como familiar o sucesorio -se suele hacer en función del título o libro en el que esté encuadrado sistemáticamente-: los efectos no varían).

### 6. Cataluña

El libro IV del código civil de Cataluña, aprobado por la ley 10/2008, de 10 de julio, configura la legítima como un derecho de crédito (*pars valoris*): sus titulares pueden reclamarla al heredero, pudiendo este satisfacerla en dinero, incluso extra-hereditario.

Consiste en una cuarta parte de la herencia, que se atribuye a los hijos; en su defecto, a los descendientes; y, a falta de unos y otros, a los padres (pero no a los demás ascendientes).

El viudo y el conviviente no son legitimarios, pero tienen reconocida la

*cuarta viudal*, derecho cuya exigibilidad y cuantía -como máximo, un 25% del caudal hereditario- se fija en función de las necesidades del sobreviviente.

### 7. Islas Baleares

El decreto legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba la compilación de derecho civil de las Islas Baleares, distingue la legítima, por una parte, de Mallorca y Menorca (en la que tienen el carácter de *pars bonorum*); y, por otra, de Ibiza y Formentera (donde se configura como *pars valoris*).

En toda la comunidad autónoma, son legitimarios los hijos, y, en su defecto, los demás descendientes, que tendrán derecho a una tercera parte si son cuatro o menos de cuatro; y, a la mitad, en el caso de que sean más. En defecto de unos y otros, los padres (pero no los demás ascendientes) tienen derecho a una cuarta parte, salvo en Ibiza y Formentera, en que les corresponde la mitad de la herencia, salvo que concurren con el viudo, en cuyo caso se les atribuye un tercio.

El cónyuge supérstite (y la pareja de hecho) tiene derecho, si concurre con descendientes, al usufructo de la mitad de la herencia; a los dos tercios, si lo hace con ascendientes; y a la totalidad si coincide con otros herederos.

## IV. Instituciones vinculadas con la legítima

### 1. Computación e imputación (arts. 819 y ss Cc)

En el Cc español, la base para calcular la legítima incluye no solo los bienes del causante existentes al tiempo del fallecimiento (*relictum*), sino también todas las donaciones que hizo en vida (*donatum*). Sumados ambos conceptos, se fija el importe de la legítima global de quienes tengan derecho a ella (si son hijos y descendientes, recordemos, dos tercios). Si no hubiera bienes suficientes para satisfacerla, habría que reducir las atribuciones hechas en testamento; e, incluso, las donaciones realizadas por el causante.

Estas -las donaciones- pueden utilizarse, asimismo, para anticipar la legítima. Es más: se presume que el causante,





al otorgarla a favor de algún legitimario, lo hace como adelanto de aquella.

No confundamos esta operación, con la colación: se presume que cuando los *herederos* del causante son varios hijos, las donaciones que cada uno haya recibido de su padre son un anticipo de su cuota *hereditaria* (no legitimaria), salvo que el donante hubiera indicado otra cosa.

## 2. Conmutación del usufructo (arts. 839 y 840)

Cuando el cónyuge viudo es usufructuario, los herederos tienen la facultad de conmutar (permutar) el usufructo, sustituyéndolo -de común acuerdo, o, en su defecto, por resolución judicial- por una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo.

Para evitar previsibles conflictos, al viudo se le reconoce esta misma facultad si coincide con hijos solo de su cónyuge.

## 3. Desheredación y preterición (arts. 848 y ss; 814 Cc)

La desheredación (arts 848 y ss Cc), pese a su nombre, no es una figura que guarde relación con la institución de heredero, sino con la legítima.

Implica la declaración del causante, en su testamento, de que uno o varios de sus legitimarios han incurrido en una causa legalmente prevista que autoriza al testador a excluirle de la sucesión.

Dichas causas (además de las de *indignidad*, que se aplican a toda sucesión, y que se refieren a delitos cometidos por el legitimario contra al causante o su familia) consisten en no haber cuidado o alimentado al legitimario; haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra; haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales; o haber perdido la patria potestad por causa imputable al progenitor.

Si el legitimario niega la causa, es el heredero quien ha de probarla.

La preterición (art. 814 Cc) por su parte, implica la omisión (no mención) de alguno de los hijos y descendientes en el testamento, y, en

consecuencia, su falta de atribución de la legítima.

Si la omisión es *voluntaria* (y así se presume: los padres tienen presentes a sus hijos, y si no los han mencionado es porque *no han querido*) sus consecuencias son nulas: sencillamente, el legitimario tiene derecho a reclamar su legítima.

## La regla general es que se trata de una institución ligada a la sucesión voluntaria, sea testamentaria o contractual

En el caso de que la preterición sea *involuntaria* (caso típico: otorgamiento del testamento *antes* del nacimiento del hijo) los efectos pueden ser mucho más graves: la ley presume que si el testador hubiese previsto la existencia del hijo, le habría atribuido derechos. En consecuencia, y salvo en casos excepcionales, el Cc determina la ineficacia de las disposiciones testamentarias patrimoniales y obliga a que se abra la sucesión intestada o legal.

## V. Otros derechos legales diferentes de la legítima

### 1. Derechos legales familiares atribuidos al cónyuge viudo

Aparte de la legítima que se reconoce en algunos de los ordenamientos jurídicos españoles, el cónyuge viudo tiene, además, atribuciones de carácter familiar.

Entre ellas se encuentra el derecho al ajuar doméstico (art. 1321 Cc), de manera que, fallecido uno de los cónyuges, corresponden al otro las ropas, el mobiliario, los enseres y demás objetos de uso personal del mismo, sin incluir los objetos de extraordinario valor.

Asimismo, en aquellas sucesiones cuyos causantes estaban sometidos a un régimen económico matrimonial de comunidad o ganancial, la liquidación

del mismo, por partes iguales (la mitad al viudo, la otra mitad a la herencia: art. 1344 Cc) es previa a la adjudicación hereditaria.

### 2. La posición de la pareja de hecho

Todas las legislaciones españolas, excepto el Cc, atribuyen a la pareja de hecho o conviviente derechos casi idénticos a los de los esposos.

El Cc, sin embargo, ni le reconoce derechos legales, ni le impone obligaciones: la pareja es, de verdad, *de hecho*, no de derecho; y, en consecuencia, las atribuciones que pueda recibir *mortis causa* son las puramente voluntarias, en el caso de que el testador así lo decida.

### 3. Reservas y reversiones (arts. 811, 812 y 968 y ss Cc)

Estas instituciones (arts. 811, 812 y 968 a 980 Cc) responden a una idea distinta de la legítima: se trata de atribuir determinados bienes de la herencia, de origen familiar conocido, a ciertas personas de esa rama de la familia, para evitar que el azar o la casualidad dirijan aquellos a personas totalmente imprevistas y sin relación alguna con el origen de los bienes: en unos casos, muerte de un hijo, sin descendencia, y sobreviviéndole los padres u otros ascendientes; en el otro, nuevo matrimonio del viudo.

El art. 811 Cc establece, para el primer caso, que los bienes de la familia paterna o materna, que habían sido recibidos por herencia por el hijo fallecido deben volver a su rama de origen.

El art. 812 Cc se refiere a los bienes que el hijo o descendiente, fallecido sin posteridad, adquirió por donación de sus padres o abuelos, los cuales tienen el derecho a recuperar la cosa donada con independencia del destino del resto de la herencia.

La reserva establecida en los arts. 968 y siguientes prevé que, en el caso de que el viudo o viuda contraiga nuevas nupcias, los bienes que hubiese recibido a título gratuito del cónyuge premuerto, pasen automáticamente a los hijos de su primer matrimonio. ■

# En Suiza, el derecho de sucesiones se rige por los arts. 457 a 640 del código civil

CORINNE ZIMMERLI

Notaria

Barcelona, 19 de octubre de 2023

**Sumario:** 1. HISTÓRICO. 2. DERECHO VIGENTE Y RESERVA. 3. NATURALEZA DE LA RESERVA. 4. ¿PUEDE EL HEREDERO RECUPERAR SU RESERVA Y CUÁLES SON LOS DERECHOS DE LA PERSONA CONTRA LA QUE SE ABRE LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN? 5. RENUNCIA A LA RESERVA. 6. ¿QUÉ OCURRE CON UNA LEY EXTRANJERA QUE IGNORA LA RESERVA DE LOS HIJOS, SERÍA CONTRARIA AL ORDEN PÚBLICO SUIZO?

## 1. Histórico

El 1 de enero de 2023 entró en vigor el nuevo derecho de sucesiones. El proceso de revisión comenzó en 2010. Desde 1912, el derecho de sucesiones suizo había sufrido pocas modificaciones y necesitaba ser modernizado. Después de un siglo, el derecho de sucesiones ya no correspondía a las realidades sociales, familiares y demográficas actuales. En efecto, el aumento de los divorcios y la prolongación de la esperanza de vida han hecho más frecuentes los segundos matrimonios y las familias reconstituidas. Paralelamente, en 100 años, el matrimonio ha perdido su posición monopólica en las relaciones de pareja y familia, que adoptan, en algunos casos, otras formas de comunidad de vida.

Ante estos cambios, la moción 10.3524, presentada en 2010 por el diputado al Consejo de los Estados Felix Gutzwiller, encargaba al Gobierno federal “revisar y flexibilizar el derecho de sucesiones, especialmente las disposiciones sobre la reserva, para que responda a las exigencias actuales”.

El 4 de marzo de 2016, el Gobierno federal envió a consulta un anteproyecto de revisión del Código Civil. En él, el Gobierno federal proponía, entre otras cosas, suprimir la reserva para los padres y reducir la reserva a favor del cónyuge o la pareja registrada sobreviviente (de la mitad del derecho a la sucesión a un cuarto del derecho a la sucesión), así como la reserva a favor de los descendientes (de tres cuartas partes del derecho a la sucesión a la mitad del derecho a la sucesión). De esta forma, el testador podría

transmitir una mayor parte de sus bienes a otras personas, por ejemplo, a su pareja de vida o, en el contexto de una familia reconstituida, al hijo de su cónyuge o pareja registrada. Además, esto abriría nuevas opciones para la transmisión de empresas. A pesar de las críticas a la reducción de las reservas del cónyuge sobreviviente y de los descendientes, el resultado del proceso de consulta fue globalmente favorable al anteproyecto.

Sin embargo, un gran número de participantes en la consulta se opusieron a la reducción de la reserva del cónyuge sobreviviente. Consideraban que la disminución de la reserva del cónyuge sobreviviente era en su perjuicio y contradecía el principio de solidaridad entre cónyuges (principio que permite mantener el nivel de vida tras el fallecimiento). Esta disminución también resultaba problemática en los casos en los que el cónyuge sobreviviente (especialmente en edad avanzada) se encontrara en una situación económica difícil tras la muerte de su cónyuge y dependiera más de la sucesión que los descendientes. Ante estos argumentos, el Gobierno federal decidió modificar su anteproyecto y mantener la reserva actual de la mitad del derecho a la sucesión para el cónyuge. La reducción de la reserva para los descendientes se explica por la introducción de la ley del 20 de diciembre de 1946 sobre el seguro de vejez y sobrevivientes (LAVS) y de la ley del 25 de junio de 1982 sobre la previsión profesional de vejez, sobrevivientes e invalidez (LPP). En efecto, desde principios del siglo XX, el derecho

sucesorio, que inicialmente tenía como objetivo proveer a las necesidades de los descendientes, ha perdido en gran medida esta función con el paso de los años. Con el envejecimiento demográfico, en la actualidad, los descendientes heredan efectivamente en un momento en que ya han establecido su propia existencia económica.

## 2. Derecho vigente y reserva

La reserva prevista en el artículo 471 del Código Civil es la expresión del principio de que existe, dentro de la familia, un derecho natural a la sucesión que el difunto no puede abolir.

Las reservas hereditarias son la parte del patrimonio que se sustrae a la libertad de disposición y de la cual los herederos legítimos no pueden ser privados, salvo en presencia de un caso, raro, de desheredación (art. 477 y ss. CC). La desheredación es una manifestación de voluntad inserta en un acto por causa de muerte mediante la cual el de cujus priva a un heredero legítimo de todo o parte de su reserva, basándose en un motivo previsto por la ley. Suiza conoce dos tipos de desheredación: la desheredación punitiva (art. 477 – 479 CC) y la desheredación de un insolvente (art. 480 CC), de la que hablaré más adelante.

Los motivos de la desheredación punitiva (art. 477, inc. 1 o 2 del Código Civil) son un delito grave contra el difunto o uno de sus parientes (cabe destacar que es suficiente con un intento y que no es necesario que el autor haya sido condenado) o la violación de un deber que la ley impone al heredero legítimo frente al difunto o su familia.



Esta violación de un deber por parte del heredero legítimo se refiere a los deberes derivados del derecho familiar (provisión de alimentos a los padres si la persona vive con holgura), del derecho de filiación (los padres y madres y el hijo se deben mutuamente ayuda) y del derecho matrimonial (los cónyuges tienen la obligación de asegurar la prosperidad de la unión conyugal) o derivado de la pareja registrada. El acto cometido por el heredero legítimo debe constituir una violación grave, ilícita y culpable.

Las reservas tienen principalmente como objetivo garantizar los recursos necesarios a los miembros de la familia que sobreviven al difunto, asegurar la transmisión de al menos una parte del patrimonio dentro de la familia de generación en generación, garantizar cierta equidad entre los herederos y proteger las relaciones familiares eliminando el peligro de presiones indebidas entre el futuro difunto y sus herederos. Las reservas son fracciones de los derechos hereditarios del heredero sujeto a la reserva.

Antes de la entrada en vigor del nuevo derecho, el derecho de sucesiones preveía una reserva de 3/4 del derecho de sucesión para los descendientes, una reserva de 1/2 del derecho de sucesión para el cónyuge y una reserva de 1/2 para los padres del difunto.

Desde el 1 de enero de 2023, el derecho de sucesiones prevé una reserva de 1/2 del derecho de sucesión para los descendientes, una reserva de 1/2 del derecho de sucesión para el cónyuge y la reserva de los padres del difunto ha sido suprimida.

| Situación   | Derecho anterior |                   | Nuevo derecho (a partir del 1 de enero de 2023) |                   |
|---|------------------|-------------------|---|-------------------|
|   | partes legales   | partes reservadas | partes legales                                  | partes reservadas |
| <b>difunto, casado con descendiente(s)</b>                        |                  |                   |   |                   |
| cónyuge   | 50 %             | 25 %              | 50 %  | 25 %              |
| descendiente(s)   | 50 %             | 37,5 %            | 50 %  | 25 %              |
| parte disponible  |                  | 37,5 %            |   | 50 %              |
| <b>difunto, no casado con descendiente(s)</b>                     |                  |                   |   |                   |
| descendiente(s)   | 100 %            | 75 %              | 100 %   | 50 %              |
| parte disponible  |                  | 25 %              |   | 50 %              |
| <b>difunto, no casado, sin descendiente(s), con padre y madre</b> |                  |                   |   |                   |
| Madre   | 50 %             | 25 %              | 50 %  |                   |
| Padre   | 50 %             | 25 %              | 50 %  |                   |
| parte disponible  |                  | 50 %              |   | 100 %             |

Así, bajo el derecho antiguo, en una configuración llamada «tradicional» de la familia, que incluye cónyuges con descendientes, la parte reservada del cónyuge sobreviviente era del 25% ( $1/4 \rightarrow 1/2 \times 1/2$ ), la de los descendientes era del 37,5% ( $3/8 \rightarrow 1/2 \times 3/4$ ) y la cuota disponible era del 37,5% ( $3/8$ ).

Actualmente, el nuevo derecho deja al difunto una mayor libertad para disponer, es decir, la libertad que tiene una persona para determinar, total o parcialmente, el destino de sus bienes después de su muerte. En una configuración aún denominada «tradicional» de la familia, que incluye cónyuges con descendientes, la parte reservada del cónyuge sobreviviente es del 25% ( $1/4$ ,

es decir,  $1/2 \times 1/2$ ), la de los descendientes es del 25% ( $1/4$ , es decir,  $1/2 \times 1/2$ ) y la cuota disponible es del 50%.

### 3. Naturaleza de la reserva

La reserva hereditaria tiene la naturaleza de un crédito que el heredero reservado puede hacer valer o no contra su deudor, es decir, el beneficiario de adquisiciones mortis causa resultantes de la ley, de donaciones mortis causa o de donaciones inter vivos (artículo 522, apartado 1, del Código Civil suizo).

Para que se respete la reserva, el heredero reservado debe recibir el monto correspondiente en propiedad o en nuda propiedad. De hecho, la reserva debe estar cubierta por elementos

patrimoniales negociables; no es el caso de los usufructos o rentas, que no pueden ser cedidos, o de las sumas recibidas como beneficiario de un fideicomiso.

De la misma manera, los bienes recibidos en concepto de reserva no deben estar sujetos a condiciones, cargas ni restricciones en cuanto a su administración, ni deben estar gravados con una sustitución fiduciaria (artículos 530 y 531 del Código Civil Suizo). El medio por el cual el heredero recibe el monto de su reserva (por causa de muerte o mediante donaciones entre vivos, como heredero o legatario) no es determinante. La reserva se respeta si el reservado recibe el equivalente en valor.

### 4. ¿Puede el heredero recuperar su reserva y cuáles son los derechos de la persona contra la que se abre la acción de reducción?

La protección de las reservas no es automática. El heredero reservado perjudicado debe hacer valer su derecho durante el proceso de liquidación de la herencia mediante la acción de reducción.

El reservado que recibe su parte en forma de legado no puede beneficiarse de la acción de reducción, incluso si el valor del legado estimado en el día del fallecimiento sufre una minusvalía posterior.

Las disposiciones testamentarias siguen siendo plenamente válidas, solo se reducirán o eliminarán las donaciones efectuadas.

El artículo 522, párrafo 1 del Código Civil Suizo establece que los herederos que reciban un monto inferior a su reserva tienen derecho a la acción de reducción, hasta que se reconstituya la reserva, contra:

- I. Las adquisiciones por causa de muerte derivadas de la ley;
- II. Las donaciones por causa de muerte; y
- III. Las donaciones entre vivos.

El juicio sobre la acción de reducción es un juicio formativo.

En caso de que una disposición por causa de muerte perjudique una reserva hereditaria, es posible que las partes lleguen a un acuerdo mediante una convención que regule la partición de la herencia de una manera diferente a la prevista por el difunto. Esta convención tiene entonces valor de juicio en reducción y modifica la situación jurídica de forma retroactiva al día de apertura de la sucesión.

Los acreedores de un heredero desheredado tienen derecho a la acción de reducción. La ley suiza permite desheredar a un heredero reservado insolvente. El legislador ha considerado que la simple desheredación por insolvencia coloca a los acreedores en una situación demasiado desfavorable, especialmente si el heredero reservado tiene descendientes. Se ha encontrado

un compromiso entre el interés de los acreedores en ser saldados y el de la familia en percibir la reserva a pesar de la desheredación por insolvencia. La ley permite que el disponente asigne la mitad de la reserva al heredero reservado, siempre que esa cantidad sea transmitida al hijo del heredero desheredado. En tal situación, ni los acreedores ni el desheredado pueden impugnar la desheredación de la mitad de la reserva.

El adquirente de un bien proveniente de una sucesión, donación o legado puede ser objeto de una acción de reducción.

Para mitigar el riesgo que enfrenta el adquirente de un bien proveniente de una sucesión, donación o legado, se admite en principio que la acción de reducción solo implica la percepción de un valor sobre el patrimonio del difunto correspondiente, pero no una pretensión sobre un bien determinado. Por lo tanto, el adquirente podría seguir siendo propietario del bien adquirido simplemente pagando una suma de dinero que permita restablecer la reserva del heredero perjudicado.

El artículo 532 del Código Civil Suizo establece que la reducción se lleva a cabo en primer lugar sobre las disposiciones por causa de muerte, luego sobre las donaciones entre vivos, retrocediendo desde las donaciones más recientes a la más antigua hasta que la reserva se haya reconstituido. El heredero reservado es libre de pedir o no la reducción de las donaciones que lesionan su reserva. Puede renunciar a una parte de su reserva y atacar únicamente a ciertos beneficiarios en reducción, o bien pedir solo la reducción de una parte de las donaciones.

El orden general de las reducciones es el siguiente: primero las adquisiciones ab intestat; segundo las disposiciones por causa de muerte; tercero las donaciones derivadas de la modificación del régimen matrimonial; y finalmente las donaciones entre vivos, desde la más reciente a la más antigua.

### 5. Renuncia a la reserva

Un heredero puede renunciar por adelantado a su parte en la sucesión

celebrando un pacto sucesorio de renuncia con el difunto (artículos 495 y siguientes del Código Civil Suizo). El renunciante pierde su calidad de heredero. El pacto sucesorio es oponible a los descendientes del renunciante. El heredero puede renunciar total o parcialmente a sus futuros derechos sucesorios.

El pacto sucesorio debe celebrarse en forma auténtica, siendo necesaria la presencia de dos testigos.

Una pareja con dos hijos no desea celebrar un pacto sucesorio con sus hijos. Cada cónyuge decide instituir al otro como único heredero. Las disposiciones contenidas en un testamento celebrado válidamente en forma se aplicarán si los dos hijos renuncian a emprender acción.

Como recordatorio, el difunto solo puede privar a un heredero de su reserva si se cumplen las condiciones de una desheredación (artículos 477 y siguientes del Código Civil Suizo) como se mencionó anteriormente.

### 6. ¿Qué ocurre con una ley extranjera que ignora la reserva de los hijos, sería contraria al orden público suizo?

La Ley Federal sobre el Derecho Internacional Privado (LDIP) establece que la aplicación de disposiciones del derecho extranjero está excluida si conduce a un resultado incompatible con el orden público suizo (artículo 17). Se hace referencia a disposiciones que se oponen de manera intolerable a los principios fundamentales del orden jurídico suizo (ATF 143 III 51 consid. 3.3.2).

La cuestión de si una ley extranjera que ignore toda protección de la reserva hereditaria de los hijos sería contraria al orden público suizo es competencia del juez suizo.

Al respecto, según el Tribunal Federal, los sistemas jurídicos extranjeros que no conocen la reserva hereditaria, o que la conocen pero de manera diferente, no contravienen el orden público suizo y son completamente aplicables, siempre que el derecho extranjero sea aplicable (ATF 102 II 136 consid. 3e). ■



# Sistema inglés de disposiciones en favor de un familiar

FANNY ORSINI  
Notaria

Barcelona, 19 de octubre de 2023

**Sumario:** LIBERTAD DE TESTAR. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS NECESARIOS. TIPO DE RESOLUCIÓN. JURISPRUDENCIA. *Ilott v Mitson Nahajec v Fowle*. SH v NH

Para personas con domicilio en Inglaterra y Gales no existe la «legítima»; no existe una parte del caudal hereditario al cual tengan derecho automáticamente el cónyuge o los herederos y las herederas de la persona fallecida.

## Libertad de testar

La libertad de testar constituye un principio de gran importancia en la legislación de Inglaterra y Gales. Esta figura otorga a las personas el derecho a dejar su caudal hereditario a quien cada una de ellas decida, sin ninguna obligación legal de testar en favor de ningún miembro concreto de la familia o de cualquier otra persona.

No obstante, la Ley de Sucesiones de Reino Unido (disposición en favor de familiares y personas dependientes) de 1975 no contiene ninguna disposición que otorgue el derecho a reclamar una parte del caudal hereditario en favor de una persona que esperaba heredar (como por ejemplo, un cónyuge, un hijo, una hija o alguien que dependiera económicamente de la persona fallecida)

### Principales preguntas que se plantean:

- ¿Tenía su domicilio en Inglaterra o Gales la persona fallecida en el momento de su fallecimiento (un requisito para poder interponer una demanda en virtud de la Ley de 1975)?
- ¿Cuánto tiempo ha pasado desde que se homologó el testamento (probate) que hacía alusión al caudal hereditario de la persona fallecida (en general, el plazo para interponer una demanda en virtud de la Ley de 1975 es de 6 meses desde la fecha de homologación del testamento)?
- ¿Cumple los requisitos esta posible parte demandante para interponer una demanda en virtud de la Ley de 1975? Y:

- ¿Qué resolución podría dictar el órgano jurisdiccional competente en relación con el caudal hereditario?

### El domicilio y la Ley de Sucesiones de Reino Unido

El término domicilio designa la vivienda permanente de una persona. El domicilio de una persona no tiene por qué coincidir con su nacionalidad, ni tampoco con el país en el que esté residiendo en ese momento. Puede darse el caso de que un ciudadano o ciudadana británica resida en Reino Unido durante varios años y que, sin embargo, tenga su domicilio en otra parte.

Si bien nunca podrá extinguirse el domicilio de origen, este puede verse sustituido al adquirir la persona un nuevo domicilio legal o voluntario.

En la sentencia dictada en el caso de *Kebbeh v Farmer* [2015] el órgano jurisdiccional competente aprovechó para recordar los principios que rigen los aspectos relacionados con el domicilio para aquellas demandas que tengan que ver con la Ley de Sucesiones. La persona fallecida, Malcolm Mitchell, había fallecido en Gambia en septiembre de 2011. Su último testamento databa de mayo de 2006 y se había formalizado en Birmingham. Salvo por ciertos legados de menor importancia, su caudal hereditario se dividía a partes iguales entre tres hijas, producto de dos matrimonios distintos.

La parte demandante, en este caso, fue la segunda mujer del fallecido, la cual no aparecía en el testamento de 2006. Como consecuencia de lo anterior, interpuso una demanda contra el caudal hereditario de su marido en virtud de la Ley de Sucesiones de Reino Unido de 1975.

El órgano jurisdiccional competente señaló que el fallecido había vivido en Inglaterra hasta alrededor de 1994, momento en el que se trasladó a Gambia tras divorciarse de su primera mujer, con la que tenía dos hijas. A partir de

ese momento empezó a visitar el Reino Unido únicamente muy de vez en cuando, a pesar de contar con propiedades y con parientes cercanos en Inglaterra.

A continuación, el fallecido contrajo matrimonio con la parte demandante en el año 2000 y tuvo una tercera hija. Según todos los informes, no fue un matrimonio feliz. La parte demandante era de Gambia y quería residir en Reino Unido, contrariamente a lo que ocurría con el fallecido.

Se planteó una cuestión independiente para resolver sobre si se consideraba que el fallecido se había divorciado de hecho de la parte demandante conforme a la legislación gambiana y el órgano jurisdiccional competente concluyó que efectivamente estaban divorciados. No obstante, la cuestión principal para el órgano jurisdiccional era si el fallecido había cambiado su domicilio de origen al mudarse a Gambia. En el caso de que así fuera, la demanda no tendría recorrido conforme a la Ley de Sucesiones.

Para dar respuesta a la cuestión del domicilio, el juez tuvo que centrarse en las intenciones del fallecido y determinar si planeaba vivir en Gambia permanentemente o si era algo temporal.

La cuestión del domicilio no suele darse en demandas interpuestas en virtud de la Ley de Sucesiones, ya que normalmente suele resultar aparente si la persona fallecida tenía su domicilio en Inglaterra y Gales. No obstante, este factor debería estar entre las primeras cosas que se deben mirar al inicio, puesto que la demanda de sucesiones con más argumentos a favor puede no progresar si no cumple los criterios en materia de domicilio.

## Cumplimiento de los requisitos necesarios

Existen varias categorías de personas que pueden, a priori, interponer una demanda en virtud de la Ley de Sucesiones de Reino Unido de 1975. Entre las personas con legitimidad para interponerla se

encuentran el cónyuge o pareja de hecho de la persona fallecida y su hijo o hija. No obstante, la legislación también permite que la persona que sea excónyuge o expareja de hecho interponga una demanda (siempre que no haya contraído matrimonio nuevamente o haya pasado a formar parte de una nueva relación de pareja de hecho), aquellas personas que hayan recibido un trato equivalente al que habría recibido todo hijo o hija de la persona fallecida, toda persona que viva como esposo o esposa de la persona fallecida y toda persona que mantuviera la persona fallecida, ya fuera íntegra o parcialmente.

Por lo general, suele ser muy sencillo demostrar que se cumplen los requisitos para interponer una demanda como cónyuge, como pareja de hecho o como hijo o hija de la persona fallecida. No obstante, las demás personas están sujetas a una interpretación más amplia para saber en qué categoría pertenecen como parte demandante, por lo que se debe considerar más detenidamente si cumplen o no los requisitos. La Ley de 1975 también establece que aquellas personas que interpongan demanda por haber convivido con la persona fallecida en calidad de cónyuge o pareja de hecho deben haber convivido con dicha persona por un periodo de dos años antes del fallecimiento. Toda persona que reclame haber recibido manutención de la persona fallecida debe haberla estado recibiendo inmediatamente antes del momento del fallecimiento. Por tanto, para decidir si la parte demandante cumple los requisitos se tendrán en cuenta tanto las circunstancias probadas como las directrices que proporciona la jurisprudencia.

Cuando se quiere alegar en una demanda que la persona fallecida nos ha tratado como a un hijo o hija, o bien que nos ha mantenido, suele ser muy difícil probar este extremo. El motivo es que, en tales circunstancias, la persona fallecida suele haber mantenido a esta persona de manera informal y en situaciones en las que no suelen existir documentos que demuestren el nivel y la frecuencia de estos pagos que se han venido realizando para mantener a la persona. Si existen testigos, este hecho puede favorecer a la demandante, siempre y cuando estos testigos tengan conocimiento del acuerdo que existía entre la persona fallecida y la persona mantenida y puedan dar fe de que la persona fallecida se encontraba aportando este apoyo o manutención.

### Tipo de resolución

Una vez se ha establecido que la parte demandante cumple los requisitos pertinentes, la siguiente pregunta que cabe hacerse es qué tipo de resolución dictará el órgano jurisdiccional competente. Para cónyuges y parejas de hecho, el órgano pertinente puede resolver asignando cualquier cantidad de la cual crea que «resulta razonable, a tenor de las circunstancias del caso, que el esposo o la esposa la reciba, independientemente de si es necesaria para su manutención». No obstante, para el resto de las categorías de partes demandantes, toda resolución que se dicte se limitará a una manutención que resulte razonable.

A la hora de decidir lo que constituye una disposición razonable, incluida la manutención, el órgano jurisdiccional pertinente tendrá en cuenta los factores que se detallan en el artículo tercero de la Ley de 1975, incluidos, a título meramente ilustrativo, el tamaño y la naturaleza del caudal hereditario, las necesidades de la parte demandante, las necesidades de otros beneficiarios y si la persona fallecida tenía alguna obligación para con la parte demandante.

Cada caso concreto es único, por lo que existen grandes diferencias entre lo que podría considerarse una disposición o una manutención razonable atendiendo a cuántos requisitos cumple la parte demandante y según cuáles sean sus circunstancias personales. Por ejemplo, si se diera el caso de que la parte demandante vivía con la persona fallecida en calidad de cónyuge o pareja de hecho y dependía de ella para cubrir sus necesidades de alojamiento y sus necesidades económicas, es posible que se le asigne una cantidad fija en un pago único para que compre una propiedad o que se le conceda la titularidad sobre la propiedad de la persona fallecida. Por otro lado, si existe un hijo o una hija mayor de edad que tiene su propia vivienda y unos ingresos estables, este o esta podría recibir (si acaso) un importe fijo de poca cantidad en un solo pago.

### Jurisprudencia

#### *Ilott v Mitson*

Esta fue la primera vez que el Tribunal Supremo (Supreme Court) tuvo que considerar una demanda en virtud de la Ley de 1975.

El Tribunal Supremo consideró cómo se podía establecer una disposición de

tipo económico correctamente en virtud de la Ley 1975 dentro del contexto de una demanda que había interpuesto contra el caudal de la testadora su propia hija, con la cual no había tenido contacto en los 26 años anteriores, y cuando el hecho de conceder dicha disposición económica podría suponer que la hija dejara de percibir ayudas del estado.

Como consecuencia de su distanciamiento, la fallecida había excluido a su hija como beneficiaria de su testamento de forma deliberada y expresa (lo cual dejó patente mediante una carta de intenciones) y había decidido dejar su caudal hereditario, de unas 486.000 £, a tres asociaciones protectoras de animales con las que no tenía ni había tenido ninguna relación especial durante su vida.

Como norma general, no se ha venido concediendo sentencia favorable en favor de los hijos adultos y las hijas adultas en virtud de la Ley 1975 salvo que hayan podido demostrar que su progenitor o progenitora se encargaba de su manutención antes de su fallecimiento. No obstante, en primera instancia, se dictó sentencia en favor de la Sra. *Ilott*. Se resolvió que el testamento de su madre no había previsto asignarle una disposición razonable de tipo económico y se le concedió una cantidad fija de 50.000 £.

La Sra. *Ilott* recurrió esta decisión alegando que esta cantidad no era suficiente puesto que:

- con esta asignación dejaba de percibir una ayuda por bajos ingresos (means tested state benefits)
- esta asignación no le proporcionaba suficientes fondos para comprar la vivienda social en la que vivía.

El Tribunal de segunda instancia (Court of Appeal) rechazó la decisión en primera instancia. Se concedió una cantidad de 143.000 £ para que pudiera comprarse una casa, junto con otras 20.000 £ a modo de ingresos adicionales. Esta decisión se elevó al Tribunal Supremo.

Casi 10 años después de la decisión en primera instancia, el Tribunal Supremo ha vuelto a conceder a la Sra. *Ilott* las 50.000 £ iniciales.

El Tribunal Supremo ha hecho énfasis sobre la necesidad de limitar las disposiciones al concepto de «manutención». Esta figura constituye, por definición, la asignación de unos



ingresos periódicos y no de un capital fijo y debería considerarse como tal en el contexto de la Ley de 1975. El juez Lord Hugues indicaba así que la manutención «no podía extenderse a todo aquello que la parte demandante quería para sí. Debía ser una asignación que permitiera a la parte demandante cubrir sus gastos del día a día».

En este caso, la jueza Lady Hale demostró hasta qué punto llega la discreción del Tribunal en las demandas interpuestas en virtud de la Ley de 1975 al identificar tres conclusiones razonables que el juez o jueza de primera instancia puede alcanzar al aplicar correctamente la Ley. Tras esta sentencia, entendemos que será muy difícil obtener una resolución favorable para recursos interpuestos contra decisiones de primera instancia en virtud de la Ley de 1975.

Pero ¿qué ha pasado después? ¿Cómo han ido tratando los juzgados y tribunales casos similares desde entonces?

### Nahajec v Fowle

La parte demandante era la hija de la persona fallecida, la cual tenía otros dos hijos. La persona fallecida se había distanciado de sus hijos (por decisión propia) durante muchos años, si bien la parte demandante alegó que hubo un breve periodo de reconciliación unos años antes de que su padre falleciera. La persona fallecida dejó todo su caudal hereditario, de aproximadamente 265.000 £, a su amigo, la parte demandada, a través de una carta de intenciones en las que explicaba los motivos por los que había excluido a su descendencia.

La parte demandante estaba atravesando una situación financiera complicada a pesar de tener empleo, y tenía deudas con empresas prestamistas de día de pago. Quería mejorar su proyección laboral estudiando el grado de auxiliar veterinaria. La principal diferencia entre este caso y el de la Sra. Ilott reside en que la parte demandada también estaba atravesando una situación financiera complicada. No se trataba de una entidad sin ánimo de lucro que no pudiera contestar a la demanda por no necesitar la cantidad heredada (*no needs based defense*).

El órgano jurisdiccional de primera instancia resolvió que no se había realizado ninguna disposición de tipo económico en favor de la parte demandante. El juez que dictó la sentencia subrayó que cada caso depende de

los hechos y que no había alcanzado su decisión solo porque en el caso de Ilott se hubiera adoptado la misma decisión con hechos similares. Asimismo, resolvió que no era culpa de la parte demandante que su padre fuera una persona obstinada e intransigente. También falló que existía un deseo legítimo por parte de la parte demandante de ser auxiliar de veterinaria.

La parte demandante reclamó 59.000 £ para incluir una cantidad fija con la que pagar sus deudas, las tasas de su Certificado General de Educación Secundaria (GCSE) y un curso de veterinaria, así como para cubrir su manutención y los costes de desplazamiento durante su formación.

El juez concedió a la parte demandante la cantidad de 30.000 £, y argumentó que había fijado esta cantidad porque pensaba que no bastaba con una cantidad que cubriera únicamente sus deudas. No creía que la cantidad de 59.000 £ fuera poco razonable en sí, sino que se había justificado mal. Puso de relieve el contenido del artículo tercero, apartado tercero, el cual establece que el órgano jurisdiccional competente debe tener en cuenta de qué forma tiene previsto educarse o formarse la parte demandante. Si bien en este caso pensaba que la parte demandante tenía un deseo legítimo de formarse como auxiliar veterinaria, no existían pruebas de que se estuviera formando en el momento del fallecimiento de su padre ni tampoco de que esperara que su padre financiara su formación. La cantidad concedida era, por tanto, a su juicio, el cálculo más exacto de los costes fijos de su manutención durante un periodo de tiempo razonable y tenía en cuenta tanto sus deudas como el hecho de que podría darse el caso de que finalmente no siguiera adelante con su decisión de formarse.

La cantidad concedida ascendía al 11,3% del caudal hereditario. En el caso de la Sra. Ilott se le concedió un 10,3% del caudal hereditario. Las demandas interpuestas en virtud de la Ley de 1975 nunca son una ciencia exacta y el juez insistió en que cada caso depende mucho de los hechos, por lo que queda por ver cómo se van a resolver en el futuro casos similares.

### SH v NH

La parte central de la cuestión gira en este caso en torno a la demanda interpuesta por la parte demandante

contra el caudal de la persona fallecida al no incluirla como beneficiaria del mismo. La hija del fallecido interpuso demanda contra el caudal hereditario de su padre, el cual estaba valorado en unas 500.000 £.

La hija de la persona fallecida se había ido de casa para estudiar a los 30 años. Mientras duraron sus estudios, su padre le envió dinero de forma habitual y abrió una cuenta conjunta a la que la hija podía acceder si necesitaba más dinero. Tras terminar sus estudios, la hija siguió viviendo fuera de casa.

A continuación, en 2011, tuvo un hijo con su pareja, una decisión que el fallecido no aprobó. En consecuencia, el fallecido eliminó a su hija como titular de la cuenta conjunta que había abierto para que pudiera estudiar. A raíz de quedarse embarazada, la hija sufrió depresión prenatal y postparto, por lo que no podía trabajar y pasó a depender de las ayudas del gobierno.

Cuando murió el fallecido, quedó claro que este no había dejado nada en favor de su hija en su testamento. La parte demandante interpuso entonces una demanda en virtud de la Ley de 1975 contra el caudal hereditario de su padre alegando que no había realizado ninguna disposición razonable de tipo económico en su favor. Habían pasado 10 años desde que la hija se había distanciado de la familia.

En este caso, la persona encargada de dictar sentencia consideró los factores que aparecen en el artículo tercero de la Ley de 1975.

En esta ocasión, resolvió en favor de la parte demandante y le concedió 138.918 £. En relación con la sentencia, comentó que la demanda respondía a las necesidades actuales de la demandante y no tenía por fin que la demandante adquiriera una vivienda y/o que se le asignara una fuente de ingresos de por vida, a la cual no habría tenido acceso en caso contrario.

Este caso ilustra la capacidad que tiene una parte demandante de reclamar en torno al 25% del caudal hereditario del padre a pesar de haberse distanciado del mismo durante 10 años. Lo anterior sirve para ilustrar una vez más cómo el Tribunal suele procurar que se realicen disposiciones razonables de tipo económico en favor de los familiares directos y las personas que dependen de la persona fallecida una vez se produce su fallecimiento. ■

Conclusiones de la reunión  
del jueves 19 de octubre de 2023, en Barcelona

# El futuro de la reserva hereditaria en los sistemas sucesorios europeos

VALENTINA RUBERTELLI  
Presidenta de la CAE

**Sumario:** MESA REDONDA. RESULTADOS DE LOS CUESTIONARIOS. LÍNEAS DE REFLEXIÓN. CONCLUSIONES. RECOMENDACIONES.

El tema de la protección de los herederos legítimos en las sucesiones es de gran interés para todos los notariados de Europa.

El debate que se desarrolla en diversos círculos académicos y políticos sobre la liberalización del sistema sucesorio también afecta de cerca al mundo notarial en dos aspectos:

- por un lado, facilitando la circulación de los bienes procedentes de herencias o donaciones;
- por otro lado, reduciendo los litigios sucesorios.

Por tanto, se trata de un tema con un doble significado que encaja bien en el tema más amplio de la desjudicialización.

## Mesa redonda

Los participantes elegidos para la mesa redonda provenían de diferentes

sistemas, cada uno con sus respectivas particularidades:

- **Italia**, que quizás tiene el sistema más rígido;
- **Francia**, con un sistema más flexible tras una reforma de 2006;
- **Suiza**, que ha flexibilizado su régimen tras una reforma muy reciente;
- **España**, con la multiplicidad de sus regímenes sucesorios, propios de cada comunidad autónoma;
- el **Reino Unido**, que no conoce un mecanismo equivalente a la *reserva hereditaria*, pero sin embargo tiene un sistema de protección a través de las «Family Provisions».

## Resultados de los cuestionarios

Los cuestionarios enviados a los delegados revelaron los siguientes

resultados, que se resumen en el cuadro siguiente.

### 1. Sobre la existencia de una reserva

TODOS los países conocen la institución de la reserva, aunque cabe precisar que algunos países como Estonia, Ucrania, Lituania y Macedonia del Norte conocen una reserva bajo ciertas condiciones (reservada a los hijos menores de edad, o a los herederos dependientes económicamente del difunto, o a los herederos discapacitados, o a los hijos que vivían con el difunto o que no pueden subsistir por sí mismos, etc.).

En TODOS los países, la reserva corresponde a una parte de la herencia, incluso en Estonia, Ucrania, Lituania y Macedonia del Norte, donde la reserva es la mitad de la parte legal *ab intestato* (y no es una pensión alimenticia calculada en función de las necesidades).

Cabe señalar que en España y Hungría, el cónyuge es heredero reservado solo en usufructo.

### 2. Sobre los beneficiarios

Los HIJOS son SIEMPRE herederos legítimos.

En 19 países, el cónyuge es heredero legítimo, es decir, en el 90% de los países.

*Nota: en Francia, el cónyuge es heredero legítimo, pero solo en ausencia de descendientes.*

En Hungría, el cónyuge tiene una reserva limitada al usufructo, para poder cubrir sus necesidades.





En 14 países, es decir, en el 61% de los países, los padres son herederos legítimos, pero generalmente solo en ausencia de descendientes.

Los hermanos nunca son herederos legítimos (excepto en Serbia, Eslovenia y Macedonia del Norte, si se encuentran en situación de necesidad).

### 3. Sobre la naturaleza de la reserva

En 9 países de 23 (39%), la reserva es en valor (derecho de crédito).

En 14 países de 21 (61%), la reserva es en especie (in rem).

### 4. Sobre el carácter judicial o amistoso de la acción de reducción

En 4 países, la acción de reducción puede realizarse directamente ante el notario (Hungría, Ucrania, Serbia y Croacia);

En 5 países, la acción de reducción es necesariamente judicial.

En 14 países (61%), la reducción puede realizarse ante notario, con el acuerdo de todos los herederos.

### 5. Sobre la posibilidad de renunciar por adelantado a la acción de reducción

En 9 países de 23, es posible renunciar por adelantado a la acción de reducción (es decir, en el 39% de los países).

En los países donde es posible renunciar antes del fallecimiento a la acción de reducción, el formalismo del acto de renuncia es generalmente estricto: ante el juez o mediante escritura notarial.

Por ejemplo, en Francia, el acto se realiza ante dos notarios.

### 6. Sobre los riesgos para el adquirente de un bien procedente de una herencia, donación o legado

En todos los países donde la reserva se expresa en valor (derecho de crédito), este riesgo está, por supuesto, limitado.

Sin embargo, existen otros medios que permiten reducir este riesgo además de la reserva en valor:

- En Croacia, la reserva es en especie (in rem), pero la sucesión es «a los bienes» más que «a la persona», por lo que

la sucesión se regula antes de cualquier venta de los bienes hereditarios.

- En Francia, el riesgo se disminuye gracias a la práctica notarial, que hace intervenir en el acto de venta (o directamente en el acto de donación) a los presuntos herederos legítimos para consentir la venta (actual o futura) del bien.
- En Portugal, la venta de los bienes hereditarios solo puede realizarse con el acuerdo de todos los herederos.
- En Ucrania, también se realizan verificaciones por parte del notario y se toman garantías en el acto de venta.

### 7. Sobre el carácter de orden público internacional de la reserva hereditaria

Es raro tener una respuesta clara por parte del legislador o de la jurisprudencia.

Sin embargo, cabe señalar lo siguiente:

- En Alemania, la reserva ha sido considerada de orden público internacional en un caso concreto:

*En una sentencia de 2022 (al igual que la Corte Regional Superior de Colonia anteriormente), en la que un inglés residente en Alemania desde hacía décadas había elegido su derecho nacional, el Tribunal Federal de Justicia consideró que esta elección de derecho era contraria al orden público alemán y rechazó aplicar el derecho inglés al litigio relativo a la reserva hereditaria, otorgando al demandante una reserva hereditaria según el derecho alemán.*

*El factor determinante fue que el difunto, aparte de su nacionalidad, no tenía ya vínculos con Inglaterra desde hacía varias décadas. La herencia estaba completamente situada en Alemania y el hijo que reclamaba su parte de la reserva vivía en Alemania. En casos tan claros, los tribunales alemanes seguirán tomando decisiones similares en el futuro si el derecho extranjero elegido*

*no prevé una protección comparable para el heredero legítimo.*

- En Francia, existe **una compensación** para los hijos excluidos de la herencia conforme a la ley extranjera:

El Tribunal de Casación dictó en 2017 que una ley extranjera que ignora la reserva no es en sí misma contraria al orden público internacional, salvo si la aplicación de esta ley deja a un hijo en una situación de precariedad económica o de necesidad.

Sin embargo, tras esta decisión, el legislador introdujo en el Código Civil, en 2020, una especie de **derecho de compensación** para el hijo excluido de la herencia conforme a la ley extranjera:

*Art. 913, al 3, Código Civil: Cuando el difunto o al menos uno de sus hijos sea, en el momento del fallecimiento, nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o resida habitualmente allí, y cuando la ley extranjera aplicable a la herencia no permita ningún mecanismo de reserva protector de los hijos, cada hijo o sus herederos pueden realizar una retención compensatoria sobre los bienes situados en Francia en el momento del fallecimiento, de manera que se restablezcan los derechos legítimos que les otorga la ley francesa, dentro de esos límites.*



**Tabla de resumen**

| País            | ¿Existe reserva?   | ¿Quién? ¿Cuánto?   | Naturaleza de la reserva  | Acción de reducción   | Posibilidad de renunciar por adelantado   | ¿Reserva de orden público internacional?   |
|-----------------|--|--|---|---|---|--|
| <b>Alemania</b> | Sí   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Hijos/descendientes</li> <li>- Cónyuge</li> <li>- Padre y madre en ausencia de descendientes</li> </ul>   | Derecho de crédito  | Acción judicial   | Sí  | Sí (pero depende del caso)   |
| <b>Andorra</b>  | Sí   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Hijos/descendientes (1/4)</li> <li>- Padre y madre en ausencia de descendientes (1/2)</li> </ul>  | Derecho de crédito  | -   | Sí, en un pacto entre padres e hijos, formalizado en un acto público                      | No   |
| <b>Bulgaria</b> | Sí   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Hijos/descendientes (máx. 2/3)</li> <li>- Cónyuge (depende del número de hijos)</li> <li>- Padre y madre en ausencia de descendientes (1/3)</li> </ul>                                  | In rem  | Acción judicial   | No  | No   |
| <b>Croacia</b>  | Sí   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Hijos/descendientes (1/2 de la parte legal)</li> <li>- Cónyuge/pareja/pareja de hecho (1/2 parte legal)</li> <li>- Padres (solo en caso de necesidad: 1/3 de la parte legal)</li> </ul> | In rem  | Acción judicial en ausencia de acuerdo entre los herederos, reducción ante notario en caso de acuerdo | Sí  | Sí   |
| <b>España</b>   | Sí (excepto en algunas comunidades autónomas como Navarra) | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Hijos (2/3)</li> <li>- Cónyuge (usufructo)</li> <li>- Padre y madre en ausencia de hijos (1/2)</li> </ul>   | In rem  | Acción judicial en ausencia de acuerdo entre los herederos  | No (excepto en algunas comunidades autónomas donde los pactos sucesorios están admitidos) | No   |
| <b>Estonia</b>  | Sí, bajo condiciones                                       | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Hijo menor de edad</li> <li>- Cónyuge</li> <li>- Heredero dependiente del difunto 1/2 de la parte legal</li> </ul>  | Derecho de crédito (pero el cónyuge puede obtener un derecho real sobre la vivienda, por ejemplo) | Acción judicial en ausencia de acuerdo entre los herederos  | Sí  | No   |
| <b>Francia</b>  | Sí   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Hijos (1/2, 2/3 o 3/4)</li> <li>- Cónyuge en ausencia de hijos (1/4)</li> </ul>   | Derecho de crédito  | Reducción hecha ante notario o ante el juez en ausencia de acuerdo                                    | Sí (formalismo estricto de 2 notarios)  | No según la Corte de Casación, excepto si el hijo legítimo se encuentra en una situación de precariedad económica o necesidad. No obstante, el legislador intervino tras esta decisión: art. 913, al 3 |
| <b>Georgia</b>  | Sí   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Descendientes</li> <li>- Cónyuge</li> <li>- Padre y madre (1/2 de la parte legal)</li> </ul>  | In rem  | Ante el notario   | No  | No   |



| Pais                       | ¿Existe reserva?     | ¿Quién? ¿Cuánto?  | Naturaleza de la reserva   | Acción de reducción   | Posibilidad de renunciar por adelantado | ¿Reserva de orden público internacional? |
|----------------------------|----------------------|---|--|---|---|--|
| <b>Grecia</b>              | Sí                   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Descendientes</li> <li>- Cónyuge o pareja</li> <li>- Padre y madre (1/2 de la parte legal)</li> </ul>  | In rem   | Cláusula testamentaria considerada no escrita   | No                                      | Sí                                       |
| <b>Hungría</b>             | Sí                   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Hijos (1/3 de su parte legal)</li> <li>- Cónyuge/pareja registrada (reserva limitada al usufructo de los bienes para cubrir sus necesidades)</li> </ul>  | Derecho de crédito (en principio)  | Ante el notario encargado del procedimiento sucesorio, con posibilidad de apelación de la decisión del notario ante el tribunal | Sí                                      | No                                       |
| <b>Italia</b>              | Sí                   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Hijos</li> <li>- Cónyuge</li> <li>- Ascendientes en ausencia de hijos</li> </ul>   | In rem   | Acción judicial   | No                                      | No                                       |
| <b>Lituania</b>            | Sí, bajo condiciones | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Descendientes</li> <li>- Cónyuge</li> <li>- Padre y madre (1/2 de la parte legal) Si dependían económicamente del difunto</li> </ul>   | In rem   | Acción judicial: El heredero debe demostrar que era dependiente económicamente del difunto en el momento de su fallecimiento    | No                                      | No                                       |
| <b>Luxemburgo</b>          | Sí                   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Hijos (1/2, 2/3, 3/4)</li> <li>- Cónyuge</li> </ul>  | En valor cuando las liberalidades se han hecho a herederos; En especie si se han hecho a no herederos. | Reducción hecha de forma amistosa ante el notario o ante el juez en ausencia de acuerdo   | No                                      | No                                       |
| <b>Macedonia del Norte</b> | Sí                   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Descendientes y cónyuges si vivían con el difunto o están en incapacidad de cubrir sus necesidades (1/2 de la parte legal)</li> <li>- Padres y hermanos, en incapacidad de cubrir sus necesidades (1/3 de la parte legal)</li> </ul> | In rem   | Ante el notario, luego ante el juez si la acción judicial es necesaria  | No                                      | -  |
| <b>Malta</b>               | Sí                   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Hijos (1/3 o 1/2 según su número)</li> <li>- Cónyuge (1/4 o 1/3)</li> </ul>  | Derecho de crédito   | Ante el notario en caso de acuerdo<br>Ante el juez en caso de desacuerdo  | No                                      | -  |
| <b>Países Bajos</b>        | Sí                   | Hijos y descendientes   | Derecho de crédito   | Acción judicial   | No                                      | No                                       |
| <b>Portugal</b>            | Sí                   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Hijos/descendientes (1/2 o 2/3)</li> <li>- Cónyuge (1/3 o 1/2)</li> <li>- Ascendientes (1/2 o 1/3)</li> </ul>  | In rem   | Ante el notario en caso de acuerdo<br>Ante el juez en caso de desacuerdo  | No                                      | No                                       |

## Derecho Internacional y Comparado

| País             | ¿Existe reserva?  | ¿Quién? ¿Cuánto?   | Naturaleza de la reserva  | Acción de reducción  | Posibilidad de renunciar por adelantado  | ¿Reserva de orden público internacional?  |
|------------------|---|--|---|--|--|---|
| <b>Rumanía</b>   | Sí  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Descendientes</li> <li>- Cónyuge</li> <li>- Padre y madre, en ausencia de hijos (1/2 de la parte legal)</li> </ul>  | In rem  | <p>Ante el notario en caso de acuerdo</p> <p>Ante el juez en caso de desacuerdo</p>  | No, salvo posibilidad de que el heredero consienta la alienación de un bien en favor de un sucesor                                   | No (según el autor)   |
| <b>Serbia</b>    | Sí  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Hijos (1/2 de la parte legal)</li> <li>- Cónyuge (1/2 de la parte legal)</li> <li>- Padre y madre (1/3 de la parte legal)</li> <li>- Hermanos (1/3 de la parte legal si están en necesidad)</li> </ul>  | Derecho de crédito (salvo decisión contraria del juez o del notario que puede atribuir un derecho in rem)   | Ante el juez o ante el notario (si actúa como comisionado del juez en el marco de un procedimiento sucesorio)  | No   | No  |
| <b>Eslovenia</b> | Sí  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Hijos (1/2 de la parte legal)</li> <li>- Cónyuge (1/2 de la parte legal)</li> <li>- Padre y madre (1/3 de la parte legal)</li> <li>- Hermanos (1/3 de la parte legal si están en necesidad)</li> </ul>  | In rem  | Acción judicial, salvo acuerdo entre los herederos   | Sí   | Sí  |
| <b>Suiza</b>     | Sí  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Descendientes (1/4 o 1/2)</li> <li>- Cónyuge /pareja registrada (1/4, 3/8 o 1/2)</li> </ul>   | Derecho de crédito  | Acción judicial, salvo acuerdo entre los herederos   | Sí   | No  |
| <b>Turquía</b>   | Sí  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Descendientes</li> <li>- Cónyuge</li> <li>- Padre y madre</li> </ul>  | In rem  | Acción judicial  | Sí   | No hay jurisprudencia   |
| <b>Ucrania</b>   | Sí, bajo condiciones                                      | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Hijos menores o discapacitados</li> <li>- Cónyuge discapacitado (mitad de la parte legal)</li> </ul>  | In rem  | Ante notario   | No   | Sí (si la ley extranjera no prevé ninguna protección para los hijos)  |
| <b>Total 23</b>  | Los 23 países conocen una reserva o un mecanismo similar. | <ul style="list-style-type: none"> <li>- en el 100% de los países donde existe una reserva, los hijos son herederos legítimos ;</li> <li>- En 21 países (91%), el cónyuge es legítimo ;</li> <li>- En 14 países (61%), los padres son herederos legítimos, generalmente en ausencia de descendientes.</li> <li>- Los hermanos nunca son legítimos, excepto en Serbia y Macedonia del Norte (si están en necesidad).</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- En 9 países (39%), la reserva es en valor (derecho de crédito).</li> <li>- En 14 países (61%), la reserva es en especie (in rem).</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- En 4 países, la acción de reducción puede hacerse directamente ante el notario (Hungria; Ucrania, Serbia y Croacia) ;</li> <li>- En 5 países, la acción de reducción es necesariamente judicial.</li> <li>- En 14 países (61%), la reducción puede realizarse ante el notario si los herederos están de acuerdo.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- En 9 países (39%), es posible renunciar por adelantado a la acción de reducción.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- En al menos 6 países de los 23, la reserva es de orden público internacional.</li> </ul> |



### Líneas de reflexión

El objetivo de la reunión no era promover la abolición total del sistema de protección de los herederos legítimos (lo cual, de hecho, no correspondería ni a nuestra historia ni a nuestra cultura).

Ningún país europeo concede, además, una libertad total al testador, ni siquiera el Reino Unido: los derechos de la Common Law también regulan la libertad de disponer libremente de los propios bienes, aunque lo hagan mediante otros instrumentos jurídicos. No obstante, los defectos de los mecanismos de la Common Law son muy reales: en la mayoría de estos sistemas, es el juez quien decide, caso por caso, si un familiar del difunto, en función de su situación personal, y especialmente de sus bienes, ha recibido una parte razonable de la herencia. La orientación de nuestro derecho hacia un mecanismo alimentario y judicial como este conduciría a importar las debilidades inherentes a este instrumento: el coste del proceso para el litigante, la judicialización de las sucesiones, el azar judicial, la imprevisibilidad de los criterios y las soluciones.

Por lo tanto, el tema del debate no era abolir la institución de la legítima (como en Reino Unido o Canadá), sino más bien flexibilizarla allí donde pareciera demasiado rígida.

Con este fin, el estudio de los distintos sistemas sucesorios europeos ha sido útil para encontrar un equilibrio entre, por un lado, la expresión de la libertad individual (la libertad de testar) y el derecho de propiedad, y por otro, la protección de los hijos, la solidaridad familiar y la preservación de la paz social.

### Conclusiones

Efecto legal de la filiación, la reserva hereditaria contribuye a la construcción de la identidad del hijo: suprimirla debilitaría enormemente

la filiación misma. Además, la reserva hereditaria asegura una igualdad mínima entre hermanos y contribuye especialmente a no generar nuevas discriminaciones entre los hijos de un primer matrimonio en las familias reconstituidas.

### *La reserva hereditaria contribuye a la construcción de la identidad del hijo: suprimirla debilitaría enormemente la filiación misma*

La reserva hereditaria sigue al servicio de la libertad del futuro difunto, al protegerlo contra el riesgo de apropiación indebida de la herencia, un riesgo cuya frecuencia hoy en día solo aumenta con el envejecimiento de la población.

### Recomendaciones

La CAE reunida en Barcelona el 20 de octubre de 2023, presidida por la Sra. Valentina Rubertelli, sugiere, en consecuencia, las siguientes adaptaciones posibles de la reserva hereditaria\*:

- Supresión de la **reserva hereditaria de los ascendientes**, otorgándoles un derecho a alimentos como contrapartida por la desaparición de su legítima;
- Paso de una **reserva hereditaria hereditaria en especie (in rem)** a una simple **legítima en valor** (indemnización en dinero);
- **Disminución del monto de la reserva hereditaria** hereditaria y aumento correlativo de la parte disponible;
- **Consentimiento para la alienación del bien donado y renuncia a ejercer la reducción**

en especie contra el tercero adquirente desde la donación;

- **Renuncia anticipada a la acción de reducción**, permitiendo al heredero forzoso renunciar de antemano a su acción de reducción (en un pacto sucesoral, en particular);
- **Creación de nuevos pactos sucesorios** que favorezcan una sucesión contractual negociada;
- **Liberalidades graduales**: una doble liberalidad gravada con una carga que implica la obligación para el primer beneficiario (el gravado) de conservar los bienes o derechos objeto de la liberalidad y transmitirlos a su fallecimiento a un segundo beneficiario, que debe ser designado en el acto. Por ejemplo, el padre o la madre que desee asegurar el futuro de su hijo discapacitado puede hacerle una liberalidad mientras designa como segundo beneficiario a sus otros hijos o a sus descendientes;
- **Mandato con efectos post mortem**, que permite al futuro difunto designar en vida a un mandatario para gestionar todo o parte de su sucesión en lugar de los herederos: su utilidad está especialmente acreditada en el ámbito de la transmisión de empresas o participaciones sociales;
- **Donación-partición**: un acto híbrido que permite al futuro difunto proceder personalmente a la partición de su sucesión. En este caso, los bienes donados pueden ser evaluados en el momento de la donación-partición para la imputación y el cálculo de la legítima, siempre que todos los herederos forzosos (vivos o representados en el

1 Inspirándose particularmente en algunas reformas introducidas en Francia en 2006, y en el Informe del Grupo de Trabajo “La legítima hereditaria”, bajo la dirección de Cécile Pérès, Presidenta del 108º Congreso de Notarios de Francia para el Ministerio de Justicia de Francia: <https://www.justice.gouv.fr/reserve-hereditaire>.

fallecimiento del ascendiente) hayan recibido un lote en la partición anticipada y lo hayan aceptado expresamente;

- **Donación-partición transgeneracional** – Otra innovación destacada de la ley francesa del 23 de junio de 2006, la donación-partición transgeneracional se articula sobre un salto generacional libremente consentido por el hijo forzoso: « cuando el ascendiente realiza una donación-partición, sus hijos pueden consentir que sus propios descendientes sean allotados en su lugar, total o parcialmente ». En un contexto demográfico de alargamiento de la esperanza de vida, el objetivo es que los abuelos transmitan directamente a sus nietos mediante la renuncia del hijo a sus propios derechos, incluidos los derechos forzosos, y así

acelerar la transmisión de los recursos a la generación joven;

### *La reserva hereditaria sigue al servicio de la libertad del futuro difunto, al protegerlo contra el riesgo de apropiación indebida de la herencia*

- **Cláusula relativa a la administración o usufructo legal de los bienes donados o legados al hijo menor** – Esta cláusula permite al autor de una liberalidad excluir de la administración o usufructo legal los bienes donados o legados a un menor. Su utilidad práctica se demuestra, en particular, en dos situaciones. La primera

es cuando un ascendiente, por ejemplo un abuelo, desea transmitir bienes a sus nietos prohibiendo que su propio hijo o su cónyuge administre o el disfrute de dichos bienes. La segunda es cuando el padre o la madre de un menor desea regular las consecuencias patrimoniales de su fallecimiento prematuro, privando al otro progenitor, con el que está separado o divorciado, de los derechos que la ley le otorga como administrador legal de los bienes del niño. En estas situaciones, el fideicomitente otorga un mandato a un tercero – por ejemplo, un tío o tía del niño, un suegro o incluso una persona ajena a la familia – para administrar los bienes transmitidos al niño durante su minoría de edad, y priva al progenitor excluido de su derecho al usufructo legal. ■



# Derecho Internacional y Comparado

## Parejas no matrimoniales en Europa: uniones de hecho, uniones civiles, uniones registradas

UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO (UINL)



**A** continuación, se expone el documento de la Comisión de Asuntos Europeos (CAE) de la Unión Internacional del Notariado (UINL) que recoge las principales conclusiones de la sesión de la Academia Notarial Europea, celebrada en el Colegio Notarial de Cataluña el 17 de octubre de 2024, que giró en torno al tema de las parejas no matrimoniales en Europa.

La Academia Notarial de la Comisión de Asuntos Europeos, que trató, en especial, las parejas de hecho en Europa y las uniones registradas, resaltó una situación previa:

**En Europa existe una gran variedad de «parejas», «asociaciones», «uniones» y de regímenes de parejas no matrimoniales.**

En primer lugar, la propia definición de «pareja» o «unión registrada» no es uniforme. Mientras que muchos

países definen la «unión registrada» de conformidad con el Reglamento europeo 2016/1104 sobre uniones registradas, como el «régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación»<sup>1</sup>; otros mantienen una definición mucho más amplia en su legislación nacional interna. Es el caso, en particular, de Eslovenia y de algunas Comunidades Autónomas españolas<sup>2</sup>, como Cataluña, donde no exigen que la unión esté «registrada» ante una autoridad para que exista como «unión» y produzca efectos jurídicos. De este modo, la prueba de elementos fácticos, como la vida en común durante un determinado período de tiempo, es suficiente en estos territorios para demostrar la existencia de la unión.

1 Artículo 3 del Reglamento (UE) 2016/1104

2 En España, el régimen para las «parejas de hecho» no está regulado a nivel estatal, si no autonómico. Por tanto, cada Comunidad Autónoma ha establecido, o no, un régimen para ello.

Más allá de las diferentes definiciones, los regímenes aplicados a estas parejas también varían enormemente: desde las condiciones en las que se forman, hasta aquellas en las que se disuelven, por no mencionar los efectos personales y patrimoniales que producen, no existe un único régimen «estándar».

En todo caso, esta gran diversidad no es algo sorprendente, ya que cada legislación que regula las ha ido configurando en función de las necesidades y realidades sociales, culturales e históricas de cada país. A pesar de esta gran heterogeneidad, podemos intentar clasificar los diferentes regímenes existentes en Europa.

Cabe señalar, no obstante, que algunos países nunca han legislado sobre las parejas no matrimoniales. Esta forma de unión no existe en Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Georgia, Lituania, Macedonia del Norte, Polonia, Rumanía, Serbia, Eslovaquia, Turquía y Ucrania, que sólo tienen el matrimonio o las simples uniones *de facto*.

Respecto a todos los demás países, se pueden clasificar en tres grupos. En primer lugar, hay países que han encontrado en las parejas no matrimoniales una alternativa al matrimonio entre personas del mismo sexo. Algunos países europeos no han abierto el matrimonio a las parejas del mismo sexo por razones sociales, religiosas o culturales. Aun así, se ven en la obligación de proporcionar a las parejas del mismo sexo los mismos derechos que a las parejas de distinto sexo, pues de lo contrario se vulnera la igualdad entre los individuos. Por ello, Italia, Croacia, República Checa, Montenegro y Austria han creado una nueva forma de unión exclusiva para parejas del mismo sexo, conocida como «unión civil» o «pareja de hecho», cuyo régimen es muy similar al del matrimonio, pero sin utilizar la misma denominación. Estas uniones suelen celebrarse ante un funcionario del registro civil, como en el caso del matrimonio.

También hay países que inicialmente crearon el régimen de pareja, basado en el del matrimonio, y luego abrieron el matrimonio a las parejas del mismo sexo. Este es el caso, por ejemplo, de

España, Reino Unido, Grecia, Malta, Alemania y Suiza.

Sin embargo, tras la apertura del matrimonio a las personas del mismo sexo, estos países divergen en el camino que *a posteriori* encaminaron sus respectivas legislaciones sobre parejas no matrimoniales. Algunos, como Alemania y Suiza, optaron simplemente por abolir por completo esta forma de unión. El ofrecer a todos el mismo régimen, el del matrimonio (abierto a todas las parejas), hacía parecer innecesaria la existencia de parejas de hecho, a pesar de definirse de manera distinta al matrimonio.

### *La propia definición de «pareja» o «unión registrada» no es uniforme*

Otros países han tomado una decisión diferente: han mantenido el régimen de parejas de hecho a pesar de que el matrimonio esté abierto ahora a todas las parejas. Estas legislaciones, en realidad, ofrecen a las parejas un régimen único en la práctica bajo la apariencia de definiciones diferentes. Esto, no cabe duda, se explica por motivos más sociales que jurídicos: la sociedad se siente vinculada al entendido de lo que es una pareja de hecho, considerada más flexible, menos «convencional» y menos «marcada» religiosamente que el matrimonio. En estos países, especialmente en España, tanto el legislador como la jurisprudencia tienden a aplicar el mismo régimen a todas las parejas, estén casadas, vivan en pareja o cohabiten; en otras palabras, basándose en el principio de igualdad entre las parejas independientemente de su denominación y de las condiciones en que se hayan formado. En Cataluña, por ejemplo, aquellas parejas no registradas que llevan más de dos años conviviendo son herederos legales de los bienes del otro.

Y, por último, hay países que han creado un régimen de parejas de hecho registradas distinto al del matrimonio, sin copiarlo. Así pues, las parejas no

matrimoniales son, tanto en la forma como en el fondo, un tipo de unión diferente. En estos países, por consiguiente, la apertura del matrimonio a parejas del mismo sexo no ha tenido ninguna repercusión sobre la existencia de parejas de hecho. Es el caso de Francia y Bélgica, que cuentan con una forma de establecer la unión que podría describirse como contractual más que institucional. En Francia, un miembro de una pareja de hecho no es heredero legal del patrimonio del otro miembro de la pareja; esta unión tampoco tiene efectos sobre la filiación. También es mucho más fácil de disolver que el matrimonio: la voluntad de una de las partes, incluso unilateralmente, es suficiente para poner fin a la unión. Al mismo tiempo, es menos protectora: en caso de disolución no se contempla la posibilidad de ninguna indemnización. Lo mismo ocurre con los contratos de convivencia legal belgas.

### **Recomendaciones de la Comisión de Asuntos Europeos**

Sobre la base de este análisis y de la mesa redonda celebrada en Barcelona el 17 de octubre de 2024 sobre «El régimen de las parejas no matrimoniales en Europa: uniones de hecho, uniones civiles y uniones registradas», la Comisión de Asuntos Europeos, presidida por Valentina Rubertelli, formula las siguientes recomendaciones a los legisladores y a los Notariados miembros:

1. La necesidad de seguridad jurídica y previsibilidad para las parejas. Para garantizar que las parejas sean conscientes de las consecuencias jurídicas de su situación de hecho («vida compartida»), especialmente si son muy similares a las del matrimonio, la Comisión de Asuntos Europeos recomienda establecer criterios claros y tangibles para la formación de parejas de hecho.

Puede entenderse como tal el registrar la unión ante una autoridad pública, como un funcionario del registro civil o un notario, o el hacer una declaración conjunta ante



notario recogida en un acta. Lo importante es determinar claramente cuándo surte efecto la unión y, por tanto, el régimen jurídico al que queda sujeta la pareja. Este acto de voluntad de las partes ante un funcionario público garantizará que no estén sujetas a un régimen que no han elegido o del que no tenían conocimiento. Y, por consiguiente, los derechos y deberes que conllevará serán más claros para los miembros de la pareja.

2. La necesidad de certidumbre y control por parte del Estado. Para evitar las parejas ficticias fraudulentas, constituidas con el único fin de obtener determinados efectos de la sociedad (ventajas fiscales, obtención de un permiso de residencia, etc.), el Estado puede encomendar dos tareas a los notarios:
  - Constituir y registrar la pareja. La pareja deberá

comparecer ante el notario, quien hará constar la voluntad de las partes de celebrar la unión.

- Hacer constar, mediante acta notarial, la declaración de los miembros de la pareja de su convivencia o, en su caso, exigir la prueba de la misma.

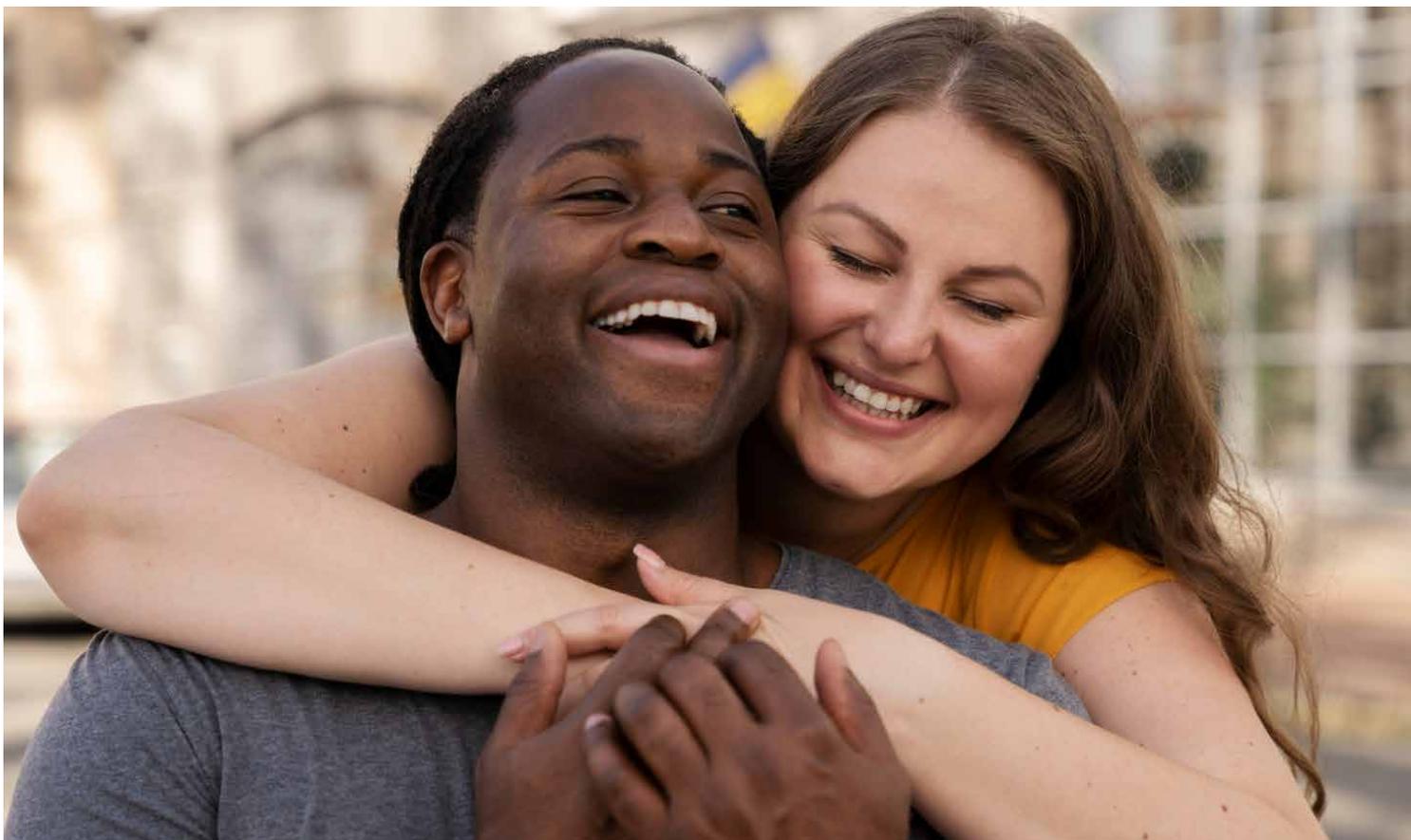
*El notario, quien es un jurista cualificado y accesible, está en condiciones de asesorar a las partes sobre un régimen adecuado para sus necesidades*

3. La necesidad de asesorar a las parejas sobre la elección de su régimen patrimonial. Con el propósito de informar a los

miembros de la pareja de las consecuencias jurídicas de su unión y ayudarles a elegir un régimen patrimonial adaptado a su situación personal y familiar, la CAE recomienda que los acuerdos patrimoniales entre los miembros de la pareja se celebren mediante acta notarial, del mismo modo que las capitulaciones matrimoniales para las parejas casadas.

El notario, quien es un jurista cualificado y accesible, está en condiciones de asesorar a las partes sobre un régimen adecuado para sus necesidades.

Si uno de los miembros es extranjero, el notario también indicará cuál es la ley aplicable a efectos patrimoniales de la unión registrada y, si es necesario, les aconsejará sobre la conveniencia de elegir otra ley, de conformidad con el Reglamento europeo 2016/1104. ■



# Derecho Internacional y Comparado

## ESTUDIO CAE 2024: RÉGIMENES DE PAREJAS NO MATRIMONIALES EN EUROPA: UNIONES DE HECHO, UNIONES CIVILES, UNIONES REGISTRADAS

|  | TIPO DE UNIÓN  | FECHA DE INTRODUCCIÓN  | ¿NECESIDAD DE PRUEBA DE CONVIVENCIA?                      | PAREJAS AFECTADAS   | AUTORIDADES COMPETENTES PARA SU ESTABLECIMIENTO   | EFFECTOS PERSONALES   | EFFECTOS PATRIMONIALES  | FORMA DE DISOLUCIÓN  | ¿COMPENSACIÓN EN CASO DE DISOLUCIÓN?  |
|--|--|--|---|---|---|---|---|--|---|
| Uniones para parejas del mismo sexo con efectos similares a los del matrimonio |  |  |   |   |   |   |   |  |   |
| Italia   | Unión civil  | 2016   | Declaración de las partes ante el registrador civil       | Parejas del mismo sexo  | Registrador civil   | Mismos efectos que el matrimonio (incluyendo la ley de extranjería), excepto el deber de fidelidad y adopción por la pareja | Régimen legal: ganancias. Regímenes convencionales posibles mediante acta autenticada o declaración antes del registrador civil. Efectos fiscales y sucesorios  | Por acuerdo mutuo o ante tribunales (en caso de desacuerdo)  | Si, igual que el matrimonio   |
| República Checa  | Pareja de hecho  | 2006   | Declaración de las partes ante el registrador civil       | Parejas del mismo sexo  | Registrador civil   | No tiene efectos en filiación. Existe el deber de cuidado entre las partes. Posibilidad de obtener el permiso de residencia | Poderes en la coadministración de los bienes. Efectos en la sucesión (el/la compañero/a es el heredero/a legal) Beneficios fiscales. Mismo régimen de propiedad que entre los esposos (comunidad de bienes) | Ante tribunales, a solicitud de una o ambas partes   | Cuando proceda, pensión de manutención (pensión alimenticia)  |
| Croacia  | Pareja de hecho  | 2014   | Declaración simple, pero en presencia de dos testigos     | Parejas del mismo sexo  | Ante el registrador civil en presencia de dos testigos  | Mismos efectos que el matrimonio (incluyendo filiación y la ley de extranjería)   | Mismos efectos que el matrimonio (incluyendo efectos sucesorios y fiscales). Mismo régimen económico  | Ante tribunales, a solicitud de una o ambas partes   | Si, igual que el matrimonio   |
| Montenegro   | Pareja de hecho  | 2020   | No, declaración simple de las partes                      | Parejas del mismo sexo  | Ante el Registro Civil  | Sí (incluyendo filiación y obtención de permiso de residencia)  | Efectos igual al matrimonio (efectos sucesorios, mismo régimen económico, etc.)   | Por acuerdo mutuo o ante tribunales (en caso de desacuerdo)  | Si, igual que el matrimonio   |
| Austria  | Pareja de hecho  | 2010   | Declaración de las partes                                 | Parejas del mismo sexo desde 2019   | Ante el Registro Civil  | Similar a los del matrimonio  | Mismo régimen económico que el matrimonio. Efectos sucesorios (la pareja es el/la heredero/a legal) Beneficios fiscales   | Solo en tribunales   | Si, como el matrimonio  |
| Hungría  | Pareja de hecho (reconocida ante el registrador civil. Pareja de hecho constituida ante notario) | 2009   | No, declaración de las partes                             | Pareja constituida ante el registrador civil: solo para parejas del mismo sexo. Parejas constituidas ante notario; para todas las parejas |   | Las parejas constituidas ante el registrador civil tienen los mismos efectos que los del matrimonio                         | Las parejas constituidas ante el registrador civil tienen los mismos efectos que los del matrimonio: régimen económico, sucesorio, etc. Sin embargo, no es así para las parejas constituidas ante notario   | Para las parejas constituidas ante el registrador civil: ante notario si hay acuerdo, o en tribunales en caso de desacuerdo. Para parejas constituidas ante notario: ante notario. | Si  |
| Suiza  | Pareja de hecho  | 2007 (derogada por la ley de 1 de julio de 2022 de apertura del matrimonio a parejas del mismo sexo) | Declaración de las partes                                 | Parejas del mismo sexo  | Ante el registrador civil del lugar de residencia de la pareja  | Efectos en la filiación (adopción y reproducción asistida). Efectos en la obtención del permiso de residencia               | Régimen económico: separación de bienes excepto acuerdo en contrario. Efectos sucesorios y fiscales   | Procedimiento judicial   | Si, pensión de manutención cuando proceda   |
| Reino Unido  | Pareja de hecho  | 2004 (apertura a parejas heterosexuales desde 2019)  | Presencia de dos testigos en el momento de la declaración | Abierta a parejas del mismo sexo y de sexo opuesto desde 2019   | Ante el registrador civil con la presencia de dos testigos  | Los mismos que el matrimonio  | Los mismos que el matrimonio  | En tribunales  |   |
| España (régimen de las comunidades autónomas)                                  | Pareja de hecho (reconocida a nivel autonómico pero no nacional)                                 | 1998 en Cataluña (la primera comunidad autónoma en introducir las parejas de hecho)                  | Sí (prueba por cualquier medio, i.e. affidavit)           | Parejas del mismo sexo y de sexo opuesto  | Ante notario o las autoridades, a elección de las partes. Acta autenticada solo requerida en Cataluña | Como el matrimonio (incluyendo filiación: adopción, reproducción asistida, etc.; y efectos en el permiso de residencia)     | Como el matrimonio (efectos sucesorios y fiscales, responsabilidad solidaria ante deudas, etc.) No hay régimen legal, posibilidad de escoger régimen convencional   | Por acuerdo mutuo o decisión individual ante el Registro de Parejas de Hecho, o por matrimonio   | Solo si antes de la separación se ha acordado así entre las partes. Posibilidad de pensión de manutención |

## II Jornadas sobre derechos reales en el Derecho Internacional Privado en la Unión Europea: Aspectos jurídico-prácticos desde la perspectiva notarial



|           | TIPO DE UNIÓN                      | FECHA DE INTRODUCCIÓN            | ¿NECESIDAD DE PRUEBA DE CONVIVENCIA?  | PAREJAS AFECTADAS   | AUTORIDADES COMPETENTES PARA SU ESTABLECIMIENTO  | EFFECTOS PERSONALES   | EFFECTOS PATRIMONIALES  | FORMA DE DISOLUCIÓN  | ¿COMPENSACIÓN EN CASO DE DISOLUCIÓN? |
|-----------|------------------------------------|----------------------------------|---------------------------------------|---|--|---|---|--|--------------------------------------|
| Grecia    | Pareja de hecho                    | 2008 (reforma en 2015)           | No                                    | Abierta a parejas del mismo sexo y de sexo opuesto desde 2015 | Únicamente ante notario  | Como el matrimonio (con la excepción de la posibilidad de adopción para parejas del mismo sexo)                         | Como en el matrimonio. La persona que sobrevive es el heredero de los bienes del fallecido  | Por decisión unilateral o mutua ante notario                       | Sí                                   |
| Andorra   | Pareja de hecho                    | 2005                             | Declaración de las partes             | Abierta a parejas del mismo sexo y de sexo contrario          | Registrador civil  | Mismos efectos que el matrimonio, incluido todo lo relativo a filiación y la ley de extranjería (permiso de residencia) | Mismos efectos que el matrimonio (sucesorios, fiscales, etc.) Mismo régimen de propiedad de bienes que el matrimonio  | Por solicitud en el registro civil                                 | Sí                                   |
| Malta     | Unión civil                        | 2014                             | Declaración de las partes             | Abierta a parejas del mismo sexo y de sexo opuesto            | Registrador civil  | Mismos efectos que el matrimonio, incluido todo lo relativo a filiación y la ley de extranjería (permiso de residencia) | Mismos efectos que el matrimonio (sucesorios, fiscales, etc.) Mismo régimen de propiedad de bienes que el matrimonio  | Como el matrimonio   | Sí, como el matrimonio               |
| Eslovenia | Convivencia                        | 2016                             | No                                    | Abierto a todas las parejas                                   | A elección de las partes, ante notario u otra autoridad  | Mismos efectos que el matrimonio  | Mismos efectos que el matrimonio  | Sin procedimiento especial   | Sí                                   |
| Francia   | PACTS (Pacto Civil de Solidaridad) | 1999 y reforma posterior en 2006 | No, declaración de las partes         | Abierto a todas las parejas                                   | Registrador civil del ayuntamiento o ante notario  | No hay deber de fidelidad ni abierta a la adopción (solo para parejas casadas)  | En principio, régimen de separación de bienes, con posibilidad de optar por régimen de gananciales. No hay efectos sucesorios excepto por la vivienda y los efectos fiscales son idénticos a los del matrimonio. Existencia de un régimen matrimonial primario (responsabilidad y contribución económicas conjuntas ante las deudas de la casa, etc.) | Declaración unilateral o conjunta                                  | No                                   |
| Letonia   | Pareja de hecho                    | 2024                             | Sí                                    | Abierta a parejas del mismo sexo y de sexo opuesto            | Notariado (de manera exclusiva)  | Efectos en las pensiones. Sin efecto para la obtención de un permiso de residencia                                      | No régimen de gananciales ni propiedad conjunta. No tiene efectos sucesorios. Fiscalidad igual que en el matrimonio   | Por decisión judicial, o ante notario por acuerdo mutuo            | No                                   |
| Bélgica   | Contrato de cohabitación legal     |                                  | Declaración simple                    | Abierto a parejas del mismo sexo y de sexo opuesto            | Declaración ante el registrador civil. Las parejas pueden regular su régimen económico por contrato ante notario | No  | Solo separación de bienes. Especial protección para la vivienda familiar. No tiene efectos sucesorios, excepto para el caso del usufructo de la vivienda familiar   | Por mutuo acuerdo o decisión unilateral, ante el registrador civil | No                                   |
| Albania   | Pareja de hecho                    | 2009                             | Sí, se precisa prueba de cohabitación | No  | Ante notario   | No tiene efectos en filiación ni para la obtención del permiso de residencia  | No tiene efectos fiscales, sucesorios o en la propiedad de los bienes   | ns/nc  | ns/nc                                |

Los siguientes países no tienen legislación relativa a las parejas de hecho: Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Georgia, Lituania, Macedonia del Norte, Polonia, Rumanía, Serbia, Eslovaquia, Turquía y Ucrania. Alemania abolió el régimen que regulaba las parejas de hecho en 2017, cuando se abrió el matrimonio a parejas del mismo sexo en exactas condiciones a las de matrimonios de sexo opuesto. En Suiza, desde la entrada en vigor de la ley de 1 de julio de 2022 que abrió el matrimonio a todas las parejas, ya no es posible establecer parejas de hecho. ■

# Mediación

Artículo ganador de la primera edición del “Premio Elías Campo Villegas”  
en la categoría doctrinal

## La interpretación del contrato de arbitraje o convenio arbitral

GORKA GOENECHEA

*Doctor en Derecho, abogado, árbitro*

A mi padre

«Francamente, me maravillo de que tantos hombres, de tanto talento, después de tantos años, no hayan podido decidir si debe decirse “el tercer día” o “pasado mañana”, “juez” o “árbitro”, “asunto” o “litigio” (CICERÓN, Mur. 12, 27<sup>1</sup>)

**Sumario:** I. IDENTIFICACIÓN DEL TEMA. II. CASOS DE INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN LA REALIDAD JURÍDICA. 1. La interpretación del convenio arbitral en la declinatoria. 2. La interpretación del contrato de arbitraje en las medidas cautelares. 3. La interpretación del contrato de arbitraje por el árbitro de emergencia. 4. La interpretación del convenio arbitral en la formalización judicial del arbitraje. 5. La interpretación del contrato de arbitraje por la institución arbitral. 6. La interpretación del convenio arbitral por el árbitro. 7. La interpretación del convenio arbitral durante el proceso de anulación del laudo. 8. La interpretación del convenio arbitral en la ejecución del laudo. 9. La Interpretación del contrato de arbitraje en lo que se refiere a la relación jurídica de las partes con la institución arbitral. III. PRINCIPIOS RECTORES DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE ARBITRAJE. 1. Dos ideas contrapuestas que condicionan la interpretación del convenio arbitral. 2. Estado de la cuestión en nuestro Derecho. 3. Otros criterios interpretativos. A) La voluntad explícita, clara, terminante, patente, perceptible, verdadera, real, libre, respetuosa con las indeclinables exigencias del principio de igualdad y suficientemente inequívoca. B) El contenido literal del contrato de arbitraje. C) El favor iurisdictionis y el favor arbitrio arbitrandum. D) La buena fe y los actos propios a la hora de interpretar el contrato de arbitraje. E) Interpretación elástica o inelástica del contrato de arbitraje. IV. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

**Resumen:** Parte de la jurisprudencia interpreta el convenio arbitral con prevención; como si de algo extraño o excepcional se tratara. En este trabajo hemos intentado profundizar en la cuestión y ver si esto resulta justificado. Para ello, en primer lugar, hemos analizado los supuestos en que distintos actores jurídicos y desde distintos prismas se ven en la necesidad de interpretar el convenio arbitral. En segundo lugar, hemos repasado los criterios interpretativos de este contrato. No hemos encontrado razones que justifiquen una interpretación restrictiva.

**Palabras clave:** Convenio arbitral, interpretación

**Abstract:** Part of the jurisprudence interprets the arbitration agreement with caution; as if it were something strange or exceptional. In this work we have tried to delve deeper into the issue to verify if this is justified. To do this, first of all, we have analyzed the cases in which different legal actors and from different perspectives see the need to interpret the arbitration agreement. Finally we have reviewed the interpretative criteria of this contract. We have not found any reason to justify a restrictive interpretation.

**Keywords:** Arbitral agreement, interpretation

1 *«lam illud mihi quidem mirum videri solet, tot homines, tam ingeniosos, post tot annos etiam nunc statuere non potuisse utrum ‘diem tertium’ an ‘perendinum’, ‘iudicem’ an ‘arbitrum’, ‘rem’ an ‘litem’, dici oporteret’.* Cicerón, M. T., Mur. 12, 27. Traducción: M. Marín Peña, M., *Discursos X: Pro L. Murena, Pro P. Sita*, CSIC, Salamanca, 1991.



## I. Identificación del tema

El Tribunal Supremo ha declarado que el convenio arbitral es «un negocio jurídico que, como tal, ha de ser objeto de interpretación para poder ser aplicado»<sup>2</sup>. La necesidad de interpretar el convenio arbitral está, asimismo, expresamente establecida en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje<sup>3</sup>.

En opinión de R. David<sup>4</sup>, la interpretación de los convenios arbitrales plantea dos tipos de interrogantes, a saber: (i) cuál es la autoridad competente para llevar a cabo esa interpretación; y (ii) cuáles son los principios por los que debe regirse esa interpretación, cuestiones a las que respectivamente dedicaremos los apartados segundo y tercero de este trabajo.

En cuanto al objeto de esa interpretación, como es sabido, la autonomía de la voluntad de las partes -plasmada en el convenio arbitral- constituye el fundamento de la institución arbitral<sup>5</sup>. El art. 9 LA, establece los requisitos de contenido que el convenio arbitral debe reunir para ser válido, siendo esencial la expresión de dicha voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica<sup>6</sup>. Además de ese contenido nuclear del convenio arbitral, acostumbran las partes a incluir en él otras previsiones

-el contenido facultativo- que puede ser muy variado, incluyendo desde la remisión a las previsiones del reglamento arbitral de una institución arbitral, hasta la designación de los árbitros, pasando por el establecimiento del plazo para dictar laudo, el idioma, el lugar del arbitraje y un largo etcétera, posibilitado por el carácter básicamente disponible del procedimiento arbitral.

La interpretación del contrato de arbitraje es una cuestión íntimamente ligada a su eficacia; puesto que, si a partir de su interpretación no puede concluirse la concurrencia de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje o si según sean los términos del convenio debe considerarse circunscrita esa voluntad a unas determinadas controversias, el contrato de arbitraje será, según el caso, ineficaz o quedará limitado en su eficacia. Si a ello le unimos que, para algunos, el contrato de arbitraje supone una renuncia a la tutela judicial efectiva, todo ello hace que su interpretación constituya una de las cuestiones esenciales a la hora de desarrollar un arbitraje y garantizar la eficacia del laudo.

Antes de entrar en todo ello, entendemos necesario hacer referencia a una cuestión terminológica. Para designar al acuerdo en virtud del cual las partes de una relación jurídica determinada manifiestan su voluntad de someter sus controversias a arbitraje, nuestras sucesivas leyes sobre la materia han venido empleando distintos

términos, algunos no completamente sinónimos, que complican la identificación del objeto de nuestro trabajo. Así, se habla de «contrato de compromiso», «pacto compromisorio»<sup>7</sup>, «cláusula arbitral», «convenio arbitral» o «contrato de arbitraje». En la jurisprudencia observamos otros apelativos, como los de «compromiso arbitral»<sup>8</sup>, «acuerdo arbitral»<sup>9</sup>, «cláusula compromisoria»<sup>10</sup> o «cláusula de sumisión a arbitraje»<sup>11</sup>. En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985), que inspira nuestra Ley de Arbitraje de 2003, se emplean también las expresiones «acuerdo de arbitraje» y «cláusula compromisoria» según estén o no incorporados a otro contrato; y esto mismo ocurre en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). En esta disparidad terminológica subyace, a nuestro juicio, la reticencia a utilizar una expresión llana, sencilla y clara como es la de «contrato de arbitraje». Esta reticencia, que podría tener su origen en tesis judicialistas, hace que, por ejemplo, nuestra LA de 2003 utilice «contrato de arbitraje» en una sola ocasión, frente a las cincuenta y una ocasiones en las que emplea la expresión «convenio arbitral»<sup>12</sup>.

Por todo ello, para evitar equívocos, en este artículo emplearemos indistintamente la expresión «contrato de arbitraje» (destacando de este modo «la

2 Véase, p. e., la SSTS nº 2524/2010, de 11 de febrero y nº 409/2017, de 27 de junio.

3 Véase, p. e., el art. 9.2º LA en el que se dice: «Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato».

4 «La question de l'interprétation des conventions arbitrales souleve deux ordres de questions: quelle est l'autorité compétente pour faire cette interprétation, el selon quels principes celle-ci doit-elle se faire?». Véase R. David, *Rapport sur L'Arbitrage Conventionnel on Droit Privé. Étude de Droit Comparé*, Société des Nations, Institut International de Rome Pour L'Unification Du Droit Privé, Roma, Ed. L'Universale, Tipografía Poliglotta, 1932, p. 31.

5 Véase la STC 1/2018, de 11 de enero. Y antes, SSTC 75/1996, de 30 de abril, 176/1996, de 11 de noviembre y 9/2005, de 17 de enero.

6 Auto de la AP Barcelona (Secc. II) de 21 de julio de 2021.

7 La Ley de Arbitraje de 1988 eliminó la distinción de la Ley de Arbitraje 1953 entre el «contrato preliminar de arbitraje» o «pacto compromisorio» (arts. 6 a 11) y el «contrato de compromiso» (arts. 12 a 19). Véase la STS de 4 de febrero de 1994 [RJ 1994, 907]. Véase también, por ejemplo, L. Díez Picaza, L. «El Pacto Compromisorio y la nueva ley de arbitraje», *Anuario de Derecho Civil*, 1954, Fascículo 4.

8 STS de 22 de noviembre de 2022 — ROJ: STS 4244/2022.

9 Véase en este sentido la STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1ª, de 4 de febrero de 2022.

10 STSJ Navarra, de 14 de abril de 2023 — ROJ: STSJ NA 290/2023.

11 ATS 28 de junio de 2023.

12 Por si fuera poco, parte de la doctrina denomina «contrato de arbitraje» no al convenio arbitral (entre las partes) sino al que surge entre las partes y el árbitro, cuyo objeto sería el de la prestación del servicio de arbitraje a las partes. Véase, p. e., J. Garberi, *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Ed. Bosch, 1ª Ed., pp. 363 y 364.

naturaleza contractual del arbitraje» -LA 1954-y su «básico aspecto contractual» -STC 1/2018—); así como la expresión «convenio arbitral» (esta última por su entronque con el primero de los antecedentes de nuestra Ley de Arbitraje -el «*Avant-projet d'une loi internationale sur l'arbitrage*» del UNIDROIT de 1934-que precisamente empleaba la locución «*conventionne arbitrale*»)<sup>13</sup> y ello con independencia de que esté o no incorporados a otro contrato.

Para terminar esta introducción cabe indicar que al hablar de la «interpretación» del contrato de arbitraje lo haremos en los términos en que lo hace LACRUZ<sup>14</sup>, para quien la interpretación de cualquier contrato comprende las siguientes etapas: (i) la fase previa, consistente en determinar con exactitud el objeto de la interpretación; (ii) la fase principal de la interpretación, en la que se procederá a la averiguación del sentido de la voluntad de las partes; y (iii) ulteriormente, si procede, se habrá de realizar la integración de las lagunas del contrato (en aquellos extremos cuestionables, porque nada quisieron al respecto los contratante) y la calificación del contrato (a fin de discernir cuál sea el acervo de las reglas legales subsidiarias a las que se somete el negocio, que también servirá, en su caso, para suplir las omisiones de las partes).

### II. Casos de interpretación del convenio arbitral en la realidad jurídica

A la vista del art. 22 LA pudiera parecer que -más allá de la interpretación del convenio arbitral que pueda

realizarse judicialmente en el seno de un procedimiento de nulidad de laudo arbitral- el intérprete de dicho convenio es el árbitro.

Sin embargo, en virtud de su condición de contrato procesal<sup>15</sup>, en nuestro derecho son distintos actores, no solo árbitros y jueces, quienes -desde distintos prismas, en momentos sucesivos, y con base en diferentes leyes y reglamentos- pueden verse en la precisión de interpretar un mismo convenio arbitral, haciendo que la comprensión unitaria de este fenómeno resulte compleja<sup>16</sup>.

Por ello, entendemos necesario recordar a L. Díez-picazo<sup>17</sup>, que en su tesis doctoral indicó (i) que todo ensayo de configuración de una institución jurídica o de construcción de un concepto general debe basarse, si quiere tener un fundamento sólido, en la realidad que la experiencia nos permite observar; y (ii) que los conceptos jurídicos no tienen valor si no son inducidos desde la realidad. Por ello, la tarea que se impone como previa a cualquier análisis es la observación. Es preciso examinar los casos reales -en los que, en nuestro ordenamiento, puede producirse la interpretación del convenio arbitral- para poder sintetizar algún concepto. ¿Qué casos son esos? Vamos a ver a continuación algunos ellos:

#### 1. La interpretación del convenio arbitral en la declinatoria

El contrato de arbitraje tiene un doble efecto. Por un lado, obliga a las partes a cumplir lo estipulado<sup>18</sup>; y, por

otro, impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que una de las partes lo invoque mediante declinatoria en los términos del art. 11.1º LA de 2003<sup>19</sup> y de su equivalente en la LEC (arts. 39 y 63.1º). Esto hace que el incidente de declinatoria de jurisdicción por sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje (en ocasiones denominada «declinatoria de arbitraje») sea uno de los primeros momentos en que un juzgador deberá interpretar el convenio arbitral, valorar la voluntad de las partes y el objeto de la controversia planteada en la demanda, para determinar si debe o no inhibirse de seguir conociendo de dicha cuestión.

Después de una jurisprudencia vacilante, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de junio de 2017, ha venido a confirmar que la cognición del juez a la hora de resolver esta declinatoria no debe ser limitada, sino plena. Esto supone que -si se ha iniciado un litigio judicial en el que se ha planteado, por medio de declinatoria, la falta de jurisdicción por existir un convenio arbitral- el enjuiciamiento que ha de realizar el órgano judicial sobre la validez y eficacia del convenio arbitral y sobre la inclusión de las cuestiones objeto de la demanda en el ámbito de la materia arbitrable, no estará sometido a restricciones y no deberá limitarse a una comprobación superficial o «prima facie» de la existencia de convenio arbitral para, en caso de que exista, declinar su jurisdicción sin examinar si el convenio es

13 Art. 3 (B. 3.5) del «*Avant-projet d'une loi internationale sur l'arbitrage*» del UNIDROIT. U.D.P 1934 — Etude III — Arbitrage — Doc. 8.

14 J.L. Lacruz, *Derecho de obligaciones*, vol. II, Barcelona, Bosch, 1987 (2ª ed.), p. 284.

15 G. Schumann Barragán, *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2022.

16 Un ejemplo de las sucesivas interpretaciones de un mismo convenio arbitral llevadas a cabo por los distintos actores llamados a ello lo podemos observar (a) en la designación judicial de árbitro único, llevada a cabo por el TSJ Cataluña en su sentencianº 62/2015, de 30 julio; (b) en el laudo parcial de 3 de diciembre de 2016, dictado por dicho árbitro único en relación precisamente con la interpretación del convenio; y, finalmente, (c) en la sentencia dictada, de nuevo, por el TSJ Catalunya, de 22 de mayo de 2017, por la que se resolvió desestimatoriamente la demanda de nulidad del laudo parcial, basada entre otras razones en la interpretación del convenio arbitral. Véase, p. e., Roj: STSJ CAT 8109/2015- ECLL:ES:TSJCAT:2015:8109 y Roj: STSJ CAT 12519/2017- ECLL:ES:TSJCAT:2017:12519.

17 L. Díez-Picazo, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, Bosch,, 1957, pp. 9 ss.

18 Nótese sin embargo que -en ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva- las partes siempre pueden interponer su demanda ante un juez, y esperar que la contraparte no oponga la declinatoria. Volveremos sobre ello.

19 En el mismo sentido el art. 8 Ley Modelo indica: «Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal 1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. 2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal».



válido, eficaz y aplicable a la materia objeto del litigio<sup>20</sup>.

**La declinatoria de arbitraje es uno de los primeros momentos en que un juzgador deberá interpretar el convenio arbitral, valorar la voluntad de las partes y el objeto de la controversia planteada en la demanda, para determinar si debe o no inhibirse de seguir conociendo de dicha cuestión**

Siendo plena la cognición en sede de declinatoria, la cuestión reside en determinar si la decisión producirá los efectos de la cosa juzgada o no, vinculando a eventuales árbitros que estén conociendo del asunto en un arbitraje. Parecen existir argumentos para concluir que la respuesta debe ser negativa, puesto que -de lo contrario- se estaría

dando preeminencia a la decisión judicial frente a la arbitral. Sin embargo, lo cierto es que existe algún pronunciamiento en contra, destacado por M. de Benito<sup>21</sup>.

El juzgador de la declinatoria que nos ocupa será por lo general el juez ante el que se interponga una demanda frente a la que, a su vez, se formule declinatoria. Sin embargo, habida cuenta de que la declinatoria puede ser formulada en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, entendemos que — según los casos- órganos diferentes a los judiciales, como por ejemplo los registradores mercantiles, se vean en la precisión de resolver este tipo de declinatorias, en los mismos términos en los que debería hacerlo un juez.

## 2. La interpretación del contrato de arbitraje en las medidas cautelares

Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes lo que significa que el interesado puede solicitar unas medidas cautelares en cualquiera de los dos ámbitos<sup>22</sup>. En relación con la adopción judicial de medidas cautelares vinculadas al arbitraje, dispone el art. 11.3° LA/2003 que el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones

arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas<sup>23</sup>. Por su parte, el art. 722 LEC -que en un principio no preveía la posibilidad de pedir medidas cautelares antes de comenzar el arbitraje- indica hoy en su primer enunciado que: «[p]odrá pedir al Tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales<sup>24</sup>». Esto supone que el juez que conozca de la solicitud de una medida cautelar antes del inicio del arbitraje deberá necesariamente evaluar la existencia del convenio arbitral. Habida cuenta de que la existencia del convenio no es *per se* un presupuesto para la adopción de una medida cautelar judicial, consideramos que el alcance del análisis del convenio arbitral que deba llevar a cabo el juez en estos casos estará dirigido básicamente y en línea con el carácter cautelar a identificar, *prima facie*, la existencia de ese convenio<sup>25</sup> y el lugar del arbitraje para poder determinar su propia competencia.

## 3. La interpretación del contrato de arbitraje por el árbitro de emergencia

Algunas instituciones arbitrales regulan la figura del árbitro de

20 En su relevante sentencia de 27 de junio de 2017 el Tribunal Supremo indica: «Existen dos tesis sobre esta cuestión. La primera sería la llamada «tesis fuerte» del principio *Kompetenz-Kompetenz*, que es la que sostiene el recurrente, conforme a la cual la actuación del órgano judicial en caso de planteamiento de declinatoria debería limitarse a realizar un análisis superficial, que comprobara la existencia del convenio arbitral y que, en caso de existir tal convenio, estimara la declinatoria, para que los árbitros decidieran sobre su propia competencia. Solo por vía de la posterior acción de anulación del laudo (que podría ser un laudo parcial, en el que el árbitro o árbitros se limitarían a decidir sobre su propia competencia), los órganos judiciales podrían revisar lo decidido por los árbitros sobre su competencia. La segunda sería la llamada «tesis débil», según la cual el órgano judicial ante el que se planteara la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. De este modo, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio. 3.- Este tribunal considera que no existen razones para sostener la tesis fuerte del principio *Kompetenz-Kompetenz* en nuestro ordenamiento jurídico y limitar el ámbito del conocimiento del juez cuando resuelve la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje».

21 AAP de Madrid de 20 de abril de 2005. Véase M. De Benito, *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2010, p. 212.

22 Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje.

23 En cuanto a la competencia judicial para la adopción de las medidas y como es sabido el art. 8.3° LA/2003 dispone que «Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el art. 724 LEC».

24 Como señaló la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado: «Adicionalmente se modifica el art. 722 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de permitir solicitar medidas cautelares a quien acredite ser parte en un convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales, posibilitando con ello una mayor compatibilidad entre lo que se establece en materia de arbitraje y en dicha norma».

25 Véase, p. e., el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 28 de abril de 2022 en el que se lee: «puede solicitarse (la tutela cautelar) por quien acredite ser parte de convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales y en este caso consta en el pacto parasocial dicha cláusula de sumisión a arbitraje».

emergencia<sup>26</sup>. Su tarea es la de decidir-incluso inaudita parte- sobre la adopción de medidas cautelares o provisionales, antes o después de la presentación de la solicitud de arbitraje, pero en todo caso antes de la constitución del tribunal arbitral. Como señala M.V. Sánchez Pos, la Corte de Arbitraje de la CCI fue una de las primeras instituciones en acoger esta figura en su Reglamento de 2012 a los solos efectos de conceder a las partes medidas cautelares urgentes, cesando en su actividad una vez designado el tribunal arbitral<sup>27</sup>. Otras instituciones arbitrales también han ido regulando esta figura del árbitro de emergencia.

La mayoría de los reglamentos arbitrales prevé que las decisiones del árbitro de emergencia (a las que en ocasiones se denomina laudo<sup>28</sup>) queden sin efecto o sean revisadas por el propio árbitro de emergencia, por el tribunal arbitral una vez se constituya<sup>29</sup> o incluso por la institución arbitral en caso de que esta última estime una recusación de aquel<sup>30</sup>, formulas todas ellas que se alejan del procedimiento de anulación del laudo (art. 40 ss.) y que, por ello y a nuestro juicio, diferencian la figura de este «árbitro» de la del árbitro al que nuestra ley se refiere<sup>31</sup>. A ello se añade que ni la Ley de Arbitraje -que no regula esta figura- ni la

mayoría de los reglamentos arbitrales atribuyen al árbitro de emergencia de una forma expresa la competencia para interpretar el convenio arbitral<sup>32</sup>. Sea como fuere, más allá de su naturaleza arbitral y siquiera sea para salvar su propia responsabilidad, entendemos que el «árbitro» de emergencia deberá interpretar el convenio para determinar si la voluntad de las partes ampara o no su actuación. Cuestión distinta es la de si esta competencia le corresponde reglamentariamente; o si también la tiene atribuida legalmente, en los términos del art. 22 LA (relativo a los árbitros propiamente dicho), extremo que nos plantea dudas.

#### 4. La interpretación del convenio arbitral en la formalización judicial del arbitraje

El art. 15.3° LA dispone que, si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello. Para este caso, el art. 15.5° LA añade que el tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral<sup>33</sup>. En la misma línea, la Exposición de

Motivos de la Ley de Arbitraje (IV) indica que, al formalizar judicialmente el arbitraje, «el juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia. Por ello, el juez sólo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando «prima facie» pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral; pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio».

Con base en esta última idea el Tribunal Supremo, en sentencia de 20171 ha declarado que cuando el Tribunal Superior de Justicia competente proceda a la valoración de una solicitud de designación de árbitro, deberá realizar una revisión limitada del contrato de arbitraje, que no alcance ni a su eficacia ni a su interpretación, siempre a salvo el supuesto de nulidad radical del convenio arbitral por razones de orden público<sup>34</sup>.

26 Véase, p. e., sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, nº 82, de 8 de enero 2020.

27 M.V. Sánchez Pos, «Del juez al árbitro de emergencia. El impacto de la Ley Modelo en la progresiva atribución de la tutela cautelar a los árbitros en la legislación arbitral española y en otras legislaciones estatales», *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. XI, nº 2, 2018, p. 432.

28 Por ejemplo art. 8.2 RCIMA.

29 Art. 8.2, 8.4 y 8.6 RCIMA. Art. 38.2, así como en el art. 7.2 y 7.3(a) del Anexo II RCAM, art. 29.3 RCCI.

30 Véase en relación con esta posibilidad el art. 6.6(b) del apéndice V, RCCI cuando indica: «6 La Orden (del árbitro de emergencia) dejará de ser vinculante para las partes por:(...) b) la aceptación por la Corte de una recusación del árbitro de emergencia de conformidad con el Art. 3 de este Apéndice(...)». En la misma línea el art. 8(c) de la Cláusula Adicional al Reglamento del TAB titulada «Medidas Preliminares de Emergencia».

31 No es esta la única diferencia entre estos «árbitros» de emergencia y los árbitros a los que se refiere nuestra LA de 2003. No es este el objeto de este trabajo.

32 Como excepciones podemos citar por ejemplo el art. 7.4 de la Cláusula Adicional al Reglamento del TAB titulada «Medidas Preliminares de Emergencia» que dispone: «La decisión del árbitro de emergencia adoptará la forma de orden (la Orden). En esta Orden, decidirá si tiene competencia para ordenar las medidas solicitadas(...)». En la misma línea, el art. 6.2° del apéndice V, RCCI cuando indica: «En la Orden, el árbitro de emergencia decidirá si la Petición es admisible de conformidad con el art. 29(1) del Reglamento y si el árbitro de emergencia tiene jurisdicción para ordenar las Medidas de Emergencia».

33 En cuanto a la competencia para la designación judicial del árbitro, el art. 8.1de la Ley de Arbitraje dispone: «1. Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección».

34 En la STS, nº 409/2017, de 27 de junio de 2017 se resuelve: «Cuando la Ley de Arbitraje ha querido limitar el alcance de la intervención del juez en el enjuiciamiento del convenio arbitral, lo ha hecho expresamente. Así, en el art. 15.5, al regular la formalización judicial del arbitraje, ha esta-



Frente a la posición expresada por el Tribunal Supremo en la referida sentencia de 27 de junio de 2017<sup>1</sup> puede observarse una persistente corriente jurisprudencial conforme a la cual la valoración judicial del contrato de arbitraje deberá extenderse al análisis de si la materia objeto del arbitraje cuya formalización se solicite no sea susceptible de arbitraje<sup>35</sup>. Esta idea es discutible porque con ella no solo se está agregando un requisito no previsto en la Ley de Arbitraje (el art. 15.5° LA únicamente condiciona tal designación a la existencia de convenio) sino que al «añadir» este requisito se está atribuyendo al Tribunal Superior de Justicia la facultad de analizar si la controversia entre las partes es susceptible de arbitraje; lo cual supone en nuestra opinión una invasión de las competencias que el art. 22.1° LA reserva al árbitro.

Consideramos no obstante que, por limitada que deba ser la interpretación

del convenio arbitral al tiempo de la formalización judicial del arbitraje, sí que procederá cuando ello resulte necesario, para -precisamente- proceder a la designación del árbitro. Por ejemplo: (a) para valorar si el arbitraje debe ser de derecho o de equidad y si, por lo tanto, debe designarse o no a un jurista<sup>36</sup>; (b) para responder a la voluntad de las partes en aquellos casos en que, en el contrato de arbitraje, estas hayan incluido alguna previsión en relación con las condiciones del árbitro<sup>37</sup>; (c) para valorar la vigencia de la voluntad arbitral de las partes cuando -tratándose de un arbitraje estatutario- el contrato de arbitraje no incluye la designación de una institución arbitral, bien por descuido, bien porque los estatutos sociales que incluyen la cláusula arbitral fueran anteriores a la entrada en vigor del vigente art. 11 bis LA<sup>38</sup>; o (d) para valorar si las partes han observado el procedimiento acordado para la designación de común

acuerdo del árbitro, como requisito previo para dirigir al TSJ la solicitud de designación de árbitro<sup>39</sup>.

Por lo limitado del análisis del convenio arbitral a realizar en el momento de la designación judicial del árbitro, su interpretación no será definitiva. Podrá ser revisada, como mínimo, por el árbitro (ex art. 22 LA) y después, en su caso, como eventual motivo de anulación del laudo (ex art. 41 LA)<sup>40</sup>.

### 5. La interpretación del contrato de arbitraje por la institución arbitral

La designación por las partes en el convenio arbitral de una institución arbitral, como entidad nominadora y/o administradora del arbitraje, resulta de la mayor trascendencia, primero porque supone una limitación a la autonomía de la voluntad de las partes (que, precisamente por ello, ha de ser una aceptación libre y respetuosa con el principio de igualdad, cuya quiebra no sería admisible<sup>41</sup>); y, segundo,

blecido un enjuiciamiento muy limitado al prever que «el tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral». En este caso, no es objeto del procedimiento de formalización del arbitraje la eficacia del convenio arbitral o la interpretación del mismo, sin perjuicio de que deba apreciarse, incluso de oficio, la nulidad radical del convenio arbitral prevista en normas con carácter de orden público como es el caso de los arts. 57.4° y 90.1° del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y denegar en tal caso la formalización del arbitraje”.

35 Véanse las sentencias de 2 y 22 de diciembre de 2022 en las que con ocasión de la designación judicial de árbitros, el TSJ de Cataluña manifestó lo siguiente: «El art. 15.5° LA señala que el Tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulte la existencia de convenio arbitral, aunque hemos de añadir igualmente que también podrá ser rechazada cuando la cuestión no sea materia susceptible de arbitraje conforme lo dispuesto en el art. 2 LA”.

En la misma línea, véase la sentencia de la AP Murcia (Secc. 4ª) de 22 de junio de 2005 en la que se dice:

«Entendemos que no basta finalmente con la mera existencia de un convenio arbitral, sino más acertadamente con la virtualidad del mismo, es decir, se impone para la validación del convenio un necesario control de legalidad, determinando la exclusión del conocimiento arbitral de aquellas cuestiones no queridas por la voluntad de los socios plasmada en los estatutos correspondientes estatutos sociales”.

36 Véase, p. e., la STSJ Madrid de 23 de junio de 2023.

37 Véase, p. e., (i) la sentencia del TSJ de Castilla León (Sala de lo Civil y Penal), Sección: 1, de 25 de enero de 2017 en la que se analiza el convenio arbitral en cuanto se refiere a las condiciones del árbitro indicadas en el convenio arbitral, (ii) la sentencia del TSJ de Castilla León (Sala de lo Civil y Penal), Sección: 1, del 14 de septiembre de 2022, en la que se analiza el convenio arbitral en lo que se refiere a si el árbitro debe ser de equidad o de derecho.

38 Véase, por ejemplo, STSJ Canarias, a 06 de febrero de 2020 — ROJ: STSJ ICAN 114/2020 en que se lee:

«Además de ello, la falta de designación en el convenio de la institución arbitral concreta a la que debe someterse el arbitraje no puede entenderse como supuesto de nulidad de la cláusula, pues, a tenor de lo dispuesto en el art. 9.1 de la Ley de Arbitraje, el convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, siendo ésta la única exigencia que, en cuanto al contenido del convenio arbitral, aparece imperativamente impuesta por la Ley”.

39 Véase, p. e., la -por otros motivos- comentadísima sentencia de 29 de marzo de 2019, del TSJ de Madrid.

40 Véase, p. e., la STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal), Secc. 1ª, de 6 de marzo de 2023 cuando indica:

«la Sala no ignora que el tribunal jurisdiccional no tiene en el procedimiento de designación de árbitro la última palabra sobre la existencia y el alcance del convenio arbitral, como lo confirma el art. 22.2° LA y lo corrobora también el art. 41.1° a), c) y e) del mismo texto legal, cuando enuncia la inexistencia del convenio como causa de impugnación y anulación del laudo”.

41 STSJ de Madrid (Sala de lo Civil y de lo Penal) de 28 de julio de 2018: «Tal y como ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal, entre otras, en las Sentencias de 14 de noviembre de 2014, y 10 de mayo de 2016, entre otras: «De entrada, resulta innegable la conexión que existe entre la autonomía de la voluntad de los contratantes, que ha de ser ejercida con libertad y en condiciones de igualdad, y la «limitación» que a esa autonomía supone la aceptación de un arbitraje institucional, que precisamente por ello ha de ser una aceptación libre y respetuosa con el principio de igualdad, cuya quiebra no sería admisible aun en el caso de que fuera consciente y deliberada”.

## Mediación

porque traslada a dicha institución una parte importante de la responsabilidad en relación con la interpretación del convenio arbitral en distintos momentos del arbitraje.

i) Inicialmente, la aceptación expresa o tácita por la institución arbitral de la solicitud de arbitraje da lugar al comienzo del procedimiento arbitral, con las consecuencias de todo orden que esto comporta (ej. art. 27 LA); por lo que la interpretación del convenio arbitral en este inicial momento por la institución arbitral supone una decisión trascendental<sup>42</sup>.

El art. 21 LA prevé la aceptación por la institución arbitral del encargo de administrar un arbitraje, lo que

presupondría -por parte de aquella- la previa interpretación del convenio arbitral, para valorar si este existe, si implica la sumisión a la institución arbitral de que se trate o si hay alguna circunstancia que desaconseje aceptar la administración del arbitraje<sup>43</sup>.

En sus reglamentos, las instituciones arbitrales hacen alusión a estos actos de aceptación en momentos iniciales del arbitraje. Así, por ejemplo:

Algunas instituciones arbitrales prevén el rechazo a la designación de árbitro de emergencia cuando aquellas sean manifiestamente incompetentes para administrar el arbitraje, lo cual presupone una interpretación del convenio arbitral por parte de la institución

-quiera sea preliminar-antes de proceder a dicho nombramiento<sup>44</sup>.

En algunos de estos reglamentos institucionales se prevé también que la institución proceda expresamente al análisis del convenio cuando una de las partes no conteste a la solicitud de arbitraje u objete su competencia<sup>45</sup>, siendo normalmente, en el resto de los casos, tácita la aceptación de la administración del arbitraje por parte de la institución arbitral<sup>46</sup>.

Tras la interpretación del convenio arbitral, la decisión de la institución arbitral de continuar (o no) con la designación de árbitros o con la administración el arbitraje será revisable, sin que esto suponga una merma de su responsabilidad. Si decide continuar, su decisión la revisará el árbitro al evaluar las circunstancias que puedan afectar a la eficacia del convenio arbitral (art. 22 LA) y, después, en su caso, los jueces (ex arts. 21, 41 ss. LA). Si la institución decide no tramitar el arbitraje (o abstenerse una vez iniciado) su decisión -entendemos-también resultará revisable judicialmente.

ii) Existe un segundo momento en que la institución arbitral puede interpretar el convenio arbitral. Algunos reglamentos arbitrales atribuyen a la institución arbitral la facultad de revisar el laudo antes de su firma<sup>47</sup>. En ese momento, la institución arbitral tiene una oportunidad adicional de revisar la interpretación del contrato de arbitraje. Es decir, más allá de la libérrima decisión de los árbitros al dictar el laudo parcial o final, no



42 Un ejemplo de ello lo apreciamos en la STSJ de Madrid (Sala de lo Civil y de lo Penal) de 28 de julio de 2018 en que se resuelve: «En conclusión, ni el convenio arbitral ha sido expresión de un consentimiento válido, respetuoso con indeclinables exigencias del principio de igualdad, ni la CEA debió aceptar la encomienda de administrar tal arbitraje». En sentido semejante, véase la STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2014 en la que se dice: «En conclusión: *in casu*, ni el convenio arbitral ha sido expresión de un consentimiento válido, respetuoso con indeclinables exigencias del principio de igualdad, ni [la] Corte de Arbitraje de Madrid debió aceptar la encomienda de administrar tal arbitraje».

43 En relación con la aceptación del encargo por la institución arbitral, Jove Pons señala: «Otro aspecto positivo a resaltar es la actividad de control que las Instituciones realizan. En un primer momento les lleva a comprobar su propia competencia. Es decir, la validez del Convenio arbitral y la efectiva atribución de funciones a la misma». Véase M.A. Jove Pons, «El Arbitraje Institucional (II): Las Instituciones Arbitrales», en *Revista Economist & Iuris*, julio/agosto, 1997, p. 87.

44 Véase, p. e., el art. 3.1(c), del Anexo II RCAM o art. 63.2 RCEA.

45 RCCI (art. 6.3 y 6.4); RTAB (art. 8); RCIMA (art. 9), etc.

46 La aceptación tácita del encargo arbitral estaba expresamente regulada, por ejemplo, en el art. 25 de las reglas de arbitraje recogidas en el título VIII del tratado IV del proyecto de Ordenanzas del Real Tribunal del Consulado de Cádiz, según el cual: «Como los hechos esplican las intenciones mejor que las palabras, si algun Arbitro o Arbitrador diere principio a egercer sus funciones se entendera que acepto, aun que no aparesca del Ynstrumento en la forma preceptuada».

47 Véase, p. e., el art. 34 RCCI.



existen razones para entender que la interpretación del convenio arbitral por la institución arbitral en este momento procesal no deba ser plena, especialmente cuando podrá realizarse a la vista de la prueba que sobre el particular se haya practicado.

iii) El art. 4.b LA dispone que cuando la propia ley se refiera al convenio arbitral «se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido»<sup>48</sup>. Adicionalmente, **gran parte de los reglamentos arbitrales de las distintas instituciones arbitrales incluyen normas interpretativas del contrato de arbitraje**<sup>49</sup>. La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje indica que la voluntad de las partes se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido. Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral, que, por mor de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo. En sentido semejante en la STSJ Madrid 10 de mayo de 2016 se dice expresamente que las decisiones



de la institución arbitral «integran el convenio arbitral»<sup>50</sup>

Si a ello añadimos que los reglamentos arbitrales, tanto nacionales como internacionales, atribuyen a las instituciones arbitrales la interpretación de su propio reglamento, en ocasiones con carácter «definitivo»<sup>51</sup> y en ocasiones con exclusión de la revisión judicial<sup>52</sup>, esta labor en lo tocante a la interpretación del convenio arbitral se torna de la mayor importancia. Cabe

añadir que este carácter «definitivo» de la decisión de la institución arbitral al resolver las dudas que sobre su propio reglamento puedan surgir, unido al hecho de que en dichos reglamentos se incluyen -como hemos indicado- normas interpretativas del convenio arbitral, podría llegar a producir un solapamiento o incoherencia con la facultad que a los árbitros les atribuye el art. 22 LA en relación con el convenio arbitral.

48 En relación con esta cuestión, en la Exposición de Motivos de la LA se lee: «Exposición de Motivos: «El art. 4 contiene una serie de reglas de interpretación, entre las que tienen especial relevancia las que dotan de contenido a las normas legales dispositivas de esta ley mediante la remisión, por voluntad de las partes, a la de una institución arbitral o al contenido de un reglamento arbitral. Así, esta ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Mas esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido».

49 Véase, p. e., el art. 2.2 a 2.4 RCIMA, art. 2.2 a 2.4 RCEA, art. 2.3 a 2.4 RTAB, art. 6.1; o RCCI, art. 2.2 RCAM en el que se resuelve: Por ejemplo, el art. 2.2 RCAM dispone: «2. Se entenderá que las partes encomiendan la administración del arbitraje a la Corte cuando el convenio arbitral someta la resolución de sus diferencias a «la Corte de Arbitraje de Madrid» o a «la Corte de Madrid», al «Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid» o al «Reglamento de la Corte de Madrid», a las «reglas de arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid» o a las «reglas de arbitraje de la Corte de Madrid», o utilicen cualquier otra expresión análoga».

50 Debe también citarse la STSJ Madrid de 10 de mayo de 2016 en la que se dice: «Consecuencia de lo anterior es que, si la CEA en tres ocasiones en primer procedimiento arbitral -Resoluciones de 26 de junio, 30 de junio y 17 de julio de 2015—, y en una ocasión en el segundo procedimiento arbitral — Resolución de 16 de noviembre—, ha rehusado administrar los arbitrajes entablados por las Partes, ante la falta de apariencia de independencia e imparcialidad de la misma, sus decisiones integran el convenio arbitral, por lo que cláusula 34 del Acuerdo entre Accionistas carece totalmente de eficacia como consecuencia de los hechos acontecidos y que hemos expuesto anteriormente, pues tales decisiones de la Corte traen como consecuencia la no existencia de un convenio de arbitraje entre las Partes, tal y como el propio árbitro apuntó en dos ocasiones consecutivas, en la Reunión con las partes el día 30 de junio, y en la renuncia al cargo llevada a cabo el 17 de julio».

51 Art. 2.5° RCAM dispone: «Corresponderá a la Corte resolver de oficio o a petición de cualquiera de las partes o de los árbitros, de forma definitiva, cualquier duda que pudiera surgir con referencia a la interpretación de este Reglamento». Art. 2.6 RTAB: «Corresponderá al TAB resolver de oficio o a petición de cualquiera de las partes o de los árbitros/as, de forma definitiva, cualquier duda que pudiera surgir sobre la interpretación de este Reglamento». En sentido semejante, pueden citarse art. 1.3 RCIMA.

52 «Many institutional rules grant the administering institution the power to interpret and apply its rules, typically with an exclusion of judicial review». G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn, 2ª ed., 2014, p. 1389. Como ejemplos de este hecho, a nivel internacional, Born cita los reglamentos de la ICC (art. 1.2), de la ICOR (art. 36) y de la LCIA (art. 29.1).

### 6. La interpretación del convenio arbitral por el árbitro

Después de analizar las principales legislaciones de la época, en 1932 David manifestó que la interpretación del convenio arbitral, en la mayoría de esas legislaciones, correspondía a la autoridad judicial y que los árbitros no tenían la competencia sobre su competencia<sup>53</sup>. Sin embargo, a renglón seguido, el autor añadió que, en su opinión, los árbitros deberían poder decidir sobre el inicio del arbitraje, aunque una de las partes objetara su jurisdicción<sup>54</sup>. Dos años después, se publicó la primera de las versiones del Anteproyecto de una Ley Internacional de Arbitraje publicada por el UNIDROIT<sup>55</sup>. La redactó el propio David con base en lo acordado en las reuniones mantenidas en Brioni (Croacia) entre el 13 y el 18 de agosto de 1934 por los miembros del Comité designado al efecto y por encargo de estos. El art. 24 (B. 5) de ese primer proyecto disponía:

*«Los árbitros pueden continuar el procedimiento y dictar su laudo, incluso si una de las partes llega a alegar que el procedimiento de*

*arbitraje no debe llevarse a cabo debido, en particular, a que no existe un compromiso válido en derecho, que ese compromiso no se refiere a la controversia sometida a su decisión, o que un árbitro no está calificado para desempeñar su función<sup>56</sup>».*

Sembrado en estos términos el germen de la competencia de los árbitros sobre su propia competencia, la norma arraigó, con más claridad si cabe, en la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL (art. 16.1°) desde donde pasó al art. 22.1° de nuestra vigente Ley de Arbitraje que, como es sabido, supone la trasposición a nuestro derecho del principio *Kompetenz-Kompetenz*. Este principio está íntimamente unido al de la interpretación del convenio arbitral, puesto que la respuesta del árbitro ante el cuestionamiento de la existencia, validez o alcance del convenio arbitral requerirá por lo general de la interpretación de la voluntad de las partes reflejada en dicho convenio<sup>57</sup>. Con base en el art. 22 LA tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen sin ambages que la interpretación del convenio arbitral corresponde a los árbitros, siendo posteriormente revisable en sede de anulación del laudo.

### 7. La interpretación del convenio arbitral durante el proceso de anulación del laudo

Como es sabido, entre los motivos de anulación de un laudo, la Ley de Arbitraje incluye (i) el de que el convenio arbitral no exista o no sea válido, lo cual depende de la igualdad y libertad de las partes a la hora de firmar dicho convenio (art. 41.1°.a), (ii) el de que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión, lo cual requiere determinar si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral (art. 41.1°.c), y (iii) el de que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, es decir, al contrato de arbitraje (art. 41.1°.d). Estas tres causas de nulidad están directamente vinculadas con la voluntad arbitral de las partes y con la interpretación del contrato de arbitraje o convenio arbitral, por lo que -de haber sido denunciadas durante el arbitraje y de ser alegadas en la demanda de anulación del laudo- el Tribunal Superior de Justicia competente deberá entrar a valorarlas<sup>58</sup>. Precisamente para que el juzgador pueda analizar

53 «C'est à l'autorité des tribunaux qu'il appartient, en principe, d'interpréter les conventions d'arbitrage. Ce principe est constant dans toutes les législations: les arbitres n'ont pas, en vertu de la loi, la compétence de leur compétence". R. David, «Rapport sur L'Arbitrage Conventionnel on Droit Privé (...)", p. 31.

54 «Il faut que les arbitres puissent immédiatement commencer la procédure arbitrale en dépit de l'opposition de l'une des parties fait à leur compétence". R. David, «Rapport sur L'Arbitrage Conventionnel on Droit Privé (...)", p. 31.

55 Art. 24 (B. 5) del «Avant-projet d'une loi internationale sur l'arbitrage" del UNIDROIT. U.D.P 1934 — Etude III — Arbitrage — Doc. 8 [in French only] Avant-projet d'une loi internationale sur l'arbitrage. Cet Avant-projet a été élaboré selon les lignes établies à la première session du Comité pour l'Arbitrage, Brioni, 13-18 août 1934.

56 La traducción del art. 24 (B. 5) es nuestra. «Les arbitres peuvent continuer la procédure et rendre leur sentence, lors même que l'une des parties viendrait à alléguer que la procédure arbitrale ne doit pas avoir lieu, pour le motif notamment qu'il n'existe pas de compromis valable en droit, que compromis ne concerne pas le différend soumis à leur décision, ou qu'un arbitre n'est pas qualifié pour remplir la fonction arbitrale».

57 Por ejemplo, dice la STSJ del País Vasco de 5 de mayo de 2020: «Estamos de acuerdo con la actora solicitada en que el análisis de la competencia del árbitro sobre la controversia objeto de la solicitud de arbitraje pasa por valorar la aplicabilidad a la misma del convenio arbitral adoptado bajo la forma de cláusula incorporada al acuerdo suscrito en San Sebastián, el 17 de marzo de 2014 (...). También, en que para valorar su aplicabilidad es necesario interpretarlo».

58 Como ejemplo de revisión del laudo con base en la interpretación del convenio arbitral ex art. 41.1(a) podemos citar la STSJ Madrid 26 de julio de 2018 en la que se lee: «Como consecuencia de todo lo expuesto la Sala entiende que debe ser estimada la primera de las causas invocadas por la demandante (...) y por tanto, debe acordarse la nulidad del laudo al amparo del art. 41.1.a) LA (inexistencia o invalidez del convenio arbitral), porque la infracción del principio de igualdad, en este caso no se manifiesta tanto en la sustanciación del procedimiento arbitral, como en la conformación misma del convenio, que defiende el arbitraje a una institución a la que encomienda su entera administración. En conclusión, ni el convenio arbitral ha sido expresión de un consentimiento válido, respetuoso con indeclinables exigencias del principio de igualdad, ni la CEA debió aceptar la encomienda de administrar tal arbitraje».

Como ejemplo de revisión del laudo con base en la interpretación del convenio arbitral ex art. 41.1°.c) podemos citar la STSJ Madrid 3 de febrero de 2012 según la cual «La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el art. 41 de esa Ley de Arbitraje restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar(...) si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral(...)».

Como ejemplo de revisión del laudo con base en la interpretación del convenio arbitral ex art. 41.1°.d) podemos citar la STSJ País Vasco 25 de abril de 2023 en la que se resuelve: «Dispone el ap. d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuer-



la voluntad de las partes, el art. 42 LA requiere que, junto a la demanda de anulación del laudo, se presente el convenio arbitral. Lo normal será que -antes de promover la demanda de anulación de un laudo por alguna de estas razones- la parte ya lo haya hecho valer durante la sustanciación del arbitraje, por la vía del art. 22 LA, dejando además constancia, ex art. 6 LA, de su disconformidad con la interpretación que en su caso haya hecho el árbitro.

### 8. La interpretación del convenio arbitral en la ejecución del laudo

Pudiera parecer que -cuando el laudo se ha dictado- el convenio arbitral no sería susceptible de más interpretaciones, salvo, en su caso, en sede de la acción de anulación antes analizada. Sin embargo, parte de la jurisprudencia (generalmente, pero no siempre, en el caso de arbitraje en que intervienen consumidores) considera que, ante la demanda de ejecución de un laudo, el juez deberá proceder al análisis del convenio arbitral y comprobar si concurre la voluntad de las partes de

someterse a arbitraje<sup>59</sup>. El argumento legal empleado por parte de esta jurisprudencia para proceder a un nuevo análisis del convenio arbitral reside en la necesidad impuesta por el art. 550 LEC de aportar el convenio arbitral junto a la demanda de ejecución del laudo, que -de otro modo resultaría inútil<sup>60</sup>. Otros pronunciamientos judiciales se muestran absolutamente contrarios a la revisión de la voluntad arbitral de las partes en el momento de la ejecución del laudo<sup>61</sup>.

### 9. La Interpretación del contrato de arbitraje en lo que se refiere a la relación jurídica de las partes con la institución arbitral

El contrato de arbitraje o convenio arbitral genera dos relaciones jurídicas diferentes. Por un lado, la relación que vincula a las partes entre sí, en virtud de la cual estas se obligan a resolver sus controversias por medio del arbitraje (a esta nos hemos referido en los apartados anteriores). Por otro lado, la relación jurídica que el convenio arbitral genera entre las partes

y la institución arbitral que haya sido designada por estas, en su caso, para nombrar a los árbitros o administrar el arbitraje (relación que ha sido calificada «contrato de servicios»<sup>62</sup>). Esta segunda relación jurídica tendrá su origen en el convenio arbitral, pero no estará sometida a arbitraje, salvo que así se hubiera acordado. Por ello, la interpretación del convenio arbitral, en lo que se refiere a la relación jurídica entre la institución arbitral y las partes, quedaría -como cualquier otra controversia atinente a dicha relación jurídica- fuera del ámbito de la Ley de Arbitraje, y correría a cargo de los juzgados de primera instancia que resulten competentes con arreglo a las reglas ordinarias de la LOPJ<sup>63</sup>.

### III. Principios rectores de la interpretación del contrato de arbitraje

Como destacábamos al inicio, una de las dos cuestiones más relevantes que plantea la interpretación del convenio arbitral es la de los principios por los que debe regirse, cuestión a la que dedicaremos este apartado<sup>64</sup>.

do entre las partes. El acuerdo al que se refiere este motivo viene referido al que hace nacer el convenio arbitral, expresando de forma clara la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, y en su caso, sin que esto sea esencial, a otros aspectos que puedan regular el procedimiento de elección de los árbitros, si debe ser en equidad o derecho, y otros aspectos propios del desarrollo del procedimiento arbitral(...).

59 Por ejemplo, en el auto de la AP Barcelona, Secc. 15ª, de 20 de julio de 2006, se rechazó la ejecución del laudo porque «de la documentación aportada por la propia instante de la ejecución, queda acreditado que la Sra. Flora personalmente no se sometió a arbitraje, prestando su consentimiento únicamente en representación de la sociedad». En el auto de la AP Barcelona, Secc. 15ª, de 30 de abril de 2008 se dice:

«La naturaleza de la nulidad absoluta de la cláusula arbitral, que debe ser apreciada judicialmente, da lugar a que resulte irrelevante que la consumidora (...) no hubiera excepcionado la falta de competencia del árbitro en el procedimiento arbitral, conforme el art. 22.2º LA». En sentido semejante véase el auto de la AP Barcelona, Secc. 15ª, de 12 de abril de 2007 o de 19 de octubre de 2005.

60 En el auto de la AP de Jaén de 19 de octubre de 2005 se lee: «hay cuestiones al margen de los meros requisitos formales que no se pueden sustraer del control de los Tribunales antes de proceder a dicha ejecución (del laudo), por ello se explica que el art. 550 LEC, tras la reforma operada por Ley 60/2003, exija el acompañamiento de dicho convenio como razona el auto recurrido, debiendo-como el mismo resalta- los Jueces y Tribunales proceder a la aplicación de oficio de la normativa de protección de los consumidores y usuarios, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia comunitaria — STJCE de 27 junio 2000 y en la posterior de 21 noviembre 2002».

61 Por ejemplo, en el AAP Barcelona (Secc. 17ª) de 17 de febrero de 2022 se resuelve: «Es criterio de las diferentes Audiencias provinciales que el análisis de oficio de la demanda de ejecución de un laudo arbitral, a efectos de admitir a trámite la misma y despachar la ejecución, debe quedar circunscrito el análisis a la comprobación de los presupuestos y requisitos formales, sin prejuzgar sobre la validez de la cláusula o convenio arbitral fundamento de la actuación del árbitro que dictó el laudo cuya ejecución se interesa, por exceder de las posibilidades del trámite de ejecución que se pretende iniciar, toda vez que, tratándose el laudo arbitral de uno de los títulos que llevan aparejada la ejecución, de acuerdo con el art. 517-2-2º la LEC, el art. 551 de la misma obliga a despachar «en todo caso» la ejecución siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales», y el «título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal».

62 Respecto a las distintas relaciones jurídicas que, a partir de la existencia de un convenio arbitral, pueden nacer (i) entre las partes, (ii) entre estas y el árbitro, y (iii) entre las partes y la institución arbitral, véase R. Pelayo Jiménez, «Arbitraje: consecuencias de la anulación del laudo dictado, en el denominado contrato de arbitraje», *Revista de derecho procesal*, Barcelona, J.B. Bosch, nº 1, 2007.

63 En apoyo de esta idea podemos citar (i) la SAP Barcelona (Secc. 15ª) de 19 de abril F.D. VIII, en que se lee: «[l]a posibilidad que tienen los árbitros de decidir sobre la «existencia o la validez del convenio arbitral» no abarca, a nuestro entender, el conocimiento de la acción resolutoria contra el Consejo Superior de Cámaras», (ii) el auto de 15 de marzo de 2010 de la AP de Barcelona y (iii) la «Nota explicativa de la secretaria de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006», p. 30 (párrafo 17) en la que expresamente se excluye del ámbito de la Ley Modelo la relación contractual entre las partes y la institución arbitral.

64 Véase nota 5.

### 1. Dos ideas contrapuestas que condicionan la interpretación del convenio arbitral

Dejando a un lado los contenidos en contratos celebrados con consumidores<sup>65</sup>, pueden observarse dos tendencias a la hora de abordar la interpretación de los convenios arbitrales. La primera pone el foco en que serían pactos excepcionales, que afectarían a la posibilidad de las partes de acudir a la jurisdicción ordinaria. Desde esta premisa, se aboga por una interpretación que podríamos denominar «especial» o «restrictiva» del convenio arbitral. La segunda de estas tendencias, poniendo el acento en el carácter contractual del convenio arbitral, resuelve el asunto remitiéndose a las reglas generales de interpretación de los contratos, dando lugar a una interpretación que podemos denominar «normal».

Esta dicotomía no es nueva, ni exclusiva de nuestro derecho. En 1932 y después de analizar las distintas legislaciones arbitrales de la época, David detectó en ellas una cierta severidad y rigor a la hora de regular la interpretación de los convenios arbitrales en lo que se refería a las controversias sujetas a arbitraje y a las facultades conferidas por las partes a los árbitros. Esta severidad y rigor estarían motivados por la idea de que dicho contrato comportaría la renuncia al

derecho natural a acudir a la jurisdicción pública («*droit naturel de saisir les tribunaux*») y una exclusión de las garantías de la justicia pública, todo lo cual atribuiría al convenio arbitral un carácter excepcional y fundamentarían, en dichas legislaciones, la necesidad de interpretarlo restrictivamente<sup>66</sup>.

Sin embargo, antes de que esta corriente legislativa despuntara, existieron otros momentos en los que lo natural (o tan natural como la justicia pública) era el arbitraje; y en los que lo inadmisibile era que se pusieran obstáculos al derecho al arbitraje.

En esta línea pueden citarse (i) la Constitución Francesa de 1791, según la cual «el derecho de los ciudadanos a resolver sus controversias por la vía del arbitraje no puede verse perjudicado por los actos del Poder Legislativo»<sup>67</sup>; (ii) la Constitución Política de la Monarquía Española, de 1812, según la que: «no se podrá privar a ningún español del derecho de determinar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes»<sup>68</sup> o (iii) el Proyecto de Ordenanzas del Consulado de Cádiz de 1800, que consagraba el «derecho innato» al arbitraje<sup>69</sup>.

En sentido semejante, R. David señaló que «la fuente del orden jurídico arbitral radica en la ley natural<sup>70</sup>»; que el origen de la institución del arbitraje es «sin duda anterior al nacimiento de la Justicia pública<sup>71</sup>»; y que someter

la resolución de sus controversias a la decisión de un árbitro es un derecho innato en el hombre<sup>72</sup>.

En último término, esto mismo es lo que parece desprenderse de las irónicas palabras de Cicerón, citadas al comienzo de este artículo, cuando constata lo inútil de enredarse en distinguir entre una y otra forma de resolución de controversias (la judicial y la arbitral).

A la vista de estos antecedentes cabe deducir que en algún momento del siglo XIX—quizás por influencia de la Escuela Exegética o de los nacionalismos europeos— se produjo un viraje en la consideración del arbitraje, que llevó a los legisladores y a parte de la doctrina a desconfiar de esta institución jurídica<sup>73</sup>. Como veremos a continuación, a pesar de que esta idea mantiene algunos adeptos en nuestro derecho, parece estar siendo relegada por una interpretación más normal del contrato de arbitraje, por la que abogamos.

### 2. Estado de la cuestión en nuestro Derecho

En nuestro Derecho, la primera de las tendencias antes enunciadas que, como hemos visto, propugna una interpretación restrictiva del convenio arbitral, tiene claros antecedentes preconstitucionales, centrados en la «excepcionalidad» del arbitraje y la pretendida «renuncia» que comporta a la jurisdicción ordinaria que

65 Según ha declarado el TS en su sentencia de 27 de junio de 2017 los convenios arbitrales no negociados, contenidos «en contratos concertados con consumidores que establezcan la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico (art. 90.1 en relación con el 57.4, ambos TRLCU) son nulos de pleno derecho, por ser abusivas».

66 «Il est de règle, en tous pays, que les conventions arbitrales doivent être envisagées avec une certaine sévérité et interprétées avec une certaine rigueur tant au point de vue des contestations qu'elles visent, que relativement aux pouvoirs qu'elles confèrent aux arbitres. Ce principe se justifie par la considération que, comportant renonciation au droit naturel de saisir les tribunaux, et exclusion des garanties de la justice publique, les conventions d'arbitrage présentent un caractère exceptionnel. (...) De même que leurs pouvoirs, la compétence des arbitres est déterminée par une interprétation stricte de la convention arbitrale». R. David, *Rapport sur L'Arbitrage Conventionnel on Droit Privé...*, op. cit., pp. 32 y 33.

67 Véase el art. 5, cap. 5, tít. 3 de la Constitución Francesa de 1791.

68 Véase el art. 280 de la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812. En el discurso ofrecido al presentar el Proyecto de Constitución, Argüelles aludió a que el derecho al arbitraje está fundado «en el incontrastable principio de la libertad natural».

69 Véase el art. 49 de las reglas de arbitraje del Proyecto de Ordenanzas del Real Tribunal del Consulado de Cádiz de 1800.

70 R. David, «Droit naturel et arbitrage», *Natural Law and World Law: Essays to Commemorate the Sixtieth Birthday of Kotaro Tanaka*, Tokyo, 1954, p. 19.

71 R. David, *Rapport sur L'Arbitrage Conventionnel on Droit Privé...*, op. cit., p. 5: «Cette institution de l'arbitrage, dont l'origine est sans doute antérieure à la naissance de la justice publique(...)».

72 R. David, *Arbitration in International Trade*, Londres, Deventer, 1985, pp. 55 y 56.

73 Por ejemplo, F. De Castro hablaba de «los inconvenientes y peligros» de la cláusula compromisoria. Véase F. De Castro y Bravo, F., «El arbitraje y la nueva lex mercatoria», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 32, nº 4, Madrid, 1979, pp. 658, 659 y 725.



mencionaba R. David. Así, en la STS 24 de febrero de 1917 se lee<sup>74</sup>:

*«Que el pacto de someter a la decisión de amigables componedores la resolución de las diferencias que puedan surgir entre los contratantes, debe interpretarse restrictivamente por su naturaleza y carácter excepcional, puesto que lleva envuelta la renuncia de la garantía de estricta legalidad que ofrecen los Tribunales de Justicia en el procedimiento jurídico a que, necesariamente, se ha de acomodar la jurisdicción ordinaria».*

Una vez aprobada nuestra Constitución, esta tendencia restrictiva, estricta y rigurosa a la hora de interpretar el convenio ha pasado a invocar, como fundamento, el hecho de que el convenio arbitral comportaría una «renuncia a la tutela judicial efectiva»<sup>75</sup>. Según esta línea jurisprudencia<sup>1</sup>, el hecho de que el arbitraje no sea «la vía ordinaria» de resolución de controversias, «excluye que se pueda hacer una interpretación extensiva»<sup>76</sup>. Ejemplo palmario de esta tendencia es el AAP Zaragoza 20 de enero de 2020 en el que se resuelve:

*«Como conlleva una renuncia a la tutela de esos intereses ante los tribunales, la STC de 2 de diciembre de 2010 advertía que «la renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al arbitraje debe ser «explícita, clara, terminante e inequívoca, y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar». (... ) De esa*

*jurisprudencia se deduce pues que para apreciar el consentimiento de las partes de someterse a arbitraje es necesaria la efectiva constatación de una voluntad inequívoca al respecto. Voluntad que, en principio, no puede ampliarse o extenderse a terceros: (i) el consentimiento de someterse a arbitraje es de interpretación particularmente estricta, restrictiva y rigurosa; (ii) la valoración de la voluntad inequívoca como prueba del consentimiento es una cuestión de orden público; y, (iii) la valoración de la voluntad inequívoca como prueba del consentimiento exige un control judicial particularmente intenso».*

Desde la aprobación de la LA/2003, la interpretación que hemos denominado «normal» es la que se ha ido consolidando en la jurisprudencia. Esta tesis tiene perfecto encaje en nuestra vigente LA/2003 en cuya Exposición de Motivos se indica que el título 11 de la Ley de Arbitraje regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no específicamente previsto en la propia Ley de Arbitraje.

Dejando atrás las ideas que impulsaban la interpretación restrictiva del convenio arbitral, el TC ha constatado que el arbitraje «no implica una renuncia general al derecho fundamental del art. 24 CE, sino a su ejercicio en un determinado momento»<sup>77</sup>. En la misma línea, señala la jurisprudencia menor que en nuestra vigente LA de 2003, «no es la existencia del convenio arbitral lo que excluye la jurisdicción, sino la positiva voluntad de la parte a quien interese para excluir-hic et nunc- la jurisdicción invocando formalmente

(mediante declinatoria -11, ap. 1 LA—) la existencia del convenio arbitral. Resulta, así, que al indudable derecho de cualquiera de las partes signatarias del convenio arbitral de interponer demanda ante los tribunales sobre la misma cuestión que fue sometida a arbitraje, sólo se opondrá un contraderecho de la otra a invocar el convenio arbitral válido y, en su virtud, a excluir, para ese caso concreto, un derecho fundamental que la otra parte indudablemente conserva: el derecho a que los jueces decidan los litigios entre los ciudadanos, incluidas las controversias que puedan surgir sobre materias sometidas a arbitraje<sup>78</sup>.

Estas ideas vienen a unirse a una serie de sentencias mediante las que -a nuestro juicio- el Tribunal Supremo propugna una interpretación normal del convenio arbitral. En este sentido podemos citar las SSTs de 27 de mayo de 2007, 20 de noviembre de 2008, 11 de febrero de 2010 y 27 de junio de 2017, en la primera de las cuales se dice<sup>79</sup>:

*«Las cláusulas del convenio arbitral, como las de cualquier negocio jurídico, deben ser interpretadas con arreglo a las normas generales sobre interpretación contenidas en los preceptos del Código civil que se refieren a los contratos(...)».*

Esto era algo que venía defendiéndose por el Tribunal Supremo, en alguna sentencia aislada, desde antes de la aprobación de la vigente Ley de Arbitraje, como ha destacado la mejor doctrina (Cordón<sup>80</sup>). Por ejemplo (i) en la STS 17 de septiembre de 1985, ya se propugnaba la interpretación del convenio arbitral con arreglo a las

74 En sentido semejante, en la STS de 28 de mayo de 1951 en la que se dice: «Aun en el supuesto de que ofreciese duda la interpretación de cuáles fueran las facultades que, en orden a la cuestión debatida, otorgaron los compromitentes al amigable componedor, esa duda habría de resolverse en sentido restrictivo, como ha declarado, constantemente, el Tribunal Supremo en una copiosa jurisprudencia contenida, entre otras muchas sentencias, en las de 20 de febrero de 1911, 24 de febrero de 1917, 18 de octubre de 1918, 20 y 22 de abril y 9 de mayo de 1921, 21 de marzo de 1929, 16 de diciembre de 1931, 11 de mayo de 1934 y 20 de febrero de 1940».

75 Algunas sentencias, como la de 20 de enero de 2010 de la AP Sevilla, manifiestan sin ambages que «El sometimiento a arbitraje supone la renuncia al derecho a la tutela judicial efectiva que establece el art. 24 de la Constitución».

76 AAP Córdoba, Secc. 1ª, de 25 de enero de 2022.

77 STC 1/2018.

78 AAP Madrid, Secc. 10, de 18 de enero de 2012.

79 Véase también el AAP Madrid de 28 de febrero de 2005 o AAP de Gijón, de 27 de febrero de 2009.

80 F. Cordón Moreno, *El arbitraje de Derecho privado*, Cuadernos Civitas, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 133.

## Mediación

reglas generales de la contratación; y (ii) en la STS de 16 de marzo de 1987 se defendía una interpretación normalizada del convenio arbitral al indicar que, aunque la controversia señala los límites objetivos del laudo, ello no quiere decir «que los árbitros deban interpretar restrictivamente el contenido de las cláusulas arbitrales, las que deben apreciarse no aisladamente, sino teniendo en cuenta el conjunto de todas ellas, con sus antecedentes, para explicar la finalidad que llevó a las partes al convenio, pues si bien los árbitros no pueden traspasar los límites del compromiso, tampoco están constreñidos por una exégesis literalista y restrictiva (...)». Por su parte, en la SAP Madrid 22 de septiembre de 1998 también se decía: «La interpretación del convenio arbitral debe hacerse conforme a los criterios hermenéuticos consagrados en los arts. 1.281a 1.289 Ce»

*Debido a los efectos procesales que le son propios, el contrato de arbitraje puede llegar a ser interpretado por distintos actores jurídicos y bajo distintos prismas. Esto implica una serie de peculiaridades que —desde el punto de vista procesal— diferencian su interpretación de la del resto de contratos*

Sobre esta base, entendemos que no caben en nuestro derecho interpretaciones «especiales» del convenio arbitral o basadas en principios restrictivos que no constan en ningún texto legal,

sino que habrá de estarse a las reglas generales de interpretación de los contratos, es decir, a los arts. 1281 a 1289 del vigente Ce -arts. 1271 a 1273 en la «Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos» de 2023-y, en su caso, a lo dispuesto en el art. 50 Ccom.

### 3. Otros criterios interpretativos

**A) La voluntad explícita, clara, terminante, patente, perceptible, verdadera, real, libre, respetuosa con las indeclinables exigencias del principio de igualdad y suficientemente inequívoca**

A diferencia del art. 5.1º LA/1988, el art. 9.1º de la vigente no exige una voluntad «inequívoca» de someterse los contratantes a arbitraje. Sin embargo, y precisamente a partir de ese hecho, a la hora de interpretar el convenio arbitral parte de la jurisprudencia discute si sigue siendo necesario que la voluntad de las partes sea «suficientemente inequívoca»<sup>81</sup>, a la par que «explícita, clara y terminante»<sup>82</sup>,



81 STSJ Madrid de 7 de marzo de 2023.

82 Véase, p. e., la STC 136/2010 en que se resuelve: «Este Tribunal ha reiterado, en relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, que si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio. A esos efectos, se ha incidido en que dicha renuncia debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar (por todas, STC 65/2009, de 9 de marzo, FJ 4)».



además de «patente», «perceptible»<sup>83</sup>, «libre y lícita»<sup>84</sup>, sin olvidar una voluntad «verdadera», «real»<sup>85</sup> y «respetuosa con las indeclinables exigencias del principio de igualdad»<sup>86</sup>.

Frente a esta práctica calificadora, consideramos que la voluntad arbitral de las partes (como la de cualquier otro contrato) o existe o no existe; y que, por ello, su descontrolada adjetivación resulta superflua, pero sobre todo perjudicial, porque introduce conceptos jurídicos indeterminados que complican la interpretación del contrato de arbitraje.

Desde esta perspectiva, queremos creer que, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>87</sup>, el Tribunal Constitucional<sup>88</sup> y el Tribunal Supremo<sup>89</sup> aluden al carácter inequívoco de la voluntad de las partes a la hora de concertar un convenio arbitral, se refieren, no tanto a aditamentos de aquella, como a la necesidad de que, de forma inequívoca, se acredite la concurrencia de esa voluntad<sup>90</sup>.

En este sentido, antes de aprobarse la vigente LA/2003, distintas sentencias del Tribunal Supremo, como la de 1 de junio de 1999, constataron que la «voluntad inequívoca» de la que por entonces hablaba el art. 5.1° LA/1988, «no es otra cosa que el consentimiento contractual»<sup>91</sup>. Y en la misma línea se ha dicho reiteradamente que «la voluntad contractual del convenio

arbitral no tiene, en principio, ninguna característica que la diferencie de la voluntad negocia! general»<sup>92</sup>.

Entendemos, por ello, que, como en cualquier otro contrato, «lo esencial, para la eficacia de un convenio arbitral es que conste la voluntad de las partes de someterse a arbitraje»<sup>93</sup> y que, por tanto, a la hora de interpretar un contrato de arbitraje, no resulta adecuado desarrollar argumentaciones basadas en los atributos de esa voluntad.

### B) El contenido literal del contrato de arbitraje

La STS 5 septiembre de 2006 ha destacado la prelación del contenido literal en la interpretación de las cláusulas arbitrales, poniendo de manifiesto que ha de estarse a lo efectivamente pactado como objeto de arbitraje<sup>94</sup>. Esta prelación de la literalidad -salvo contradicción con la intención evidente de las partes- supone la asunción del principio recogido en el primer inciso del art. 1281 del CC (equivalente al art. 1271 de la «Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», de 2023) lo cual encaja con la interpretación que hemos denominado normal.

### C) El favor iurisdictionis y el favor arbitri arbitrandum

Como se ha dicho en alguna ocasión, «en materia de derecho dispositivo, al Estado le es indiferente que el

conflicto entre particulares se resuelva por árbitros o por Jueces, y en esas condiciones exigir un plus de rigor en sus requisitos está fuera de lugar; el principio de libertad que preside la opción por el arbitraje o por la vía judicial debe ser respetado con todas sus consecuencias»<sup>95</sup>.

Sin embargo, en la jurisprudencia se aprecia la tendencia a buscar criterios generales, apriorísticos, capaces de inclinar la balanza a favor o en contra de la institución arbitral, a partir de los cuales interpretar los contratos de arbitraje. Así, por ejemplo, a la hora de valorar la extensión subjetiva del convenio arbitral se alude al principio general *in dubio pro iurisdictione*<sup>96</sup>; y se dice que «en la LA ha desaparecido el *favor iurisdictionis* de la LA/1988»<sup>97</sup> o que «debe operar el *favor arbitri* a que se refiere la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje cuando habla de consagrar soluciones inspiradas en el principio de conservación o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral»<sup>98</sup>.

En relación con esta cuestión (*favor iurisdictionis* frente *favor arbitri* *favor arbitrandum*), entendemos que debemos volver la vista al art. 1284 Ce, aplicable al convenio arbitral como el resto de los contratos. Desde esta perspectiva, el *favor arbitri* del que habla la jurisprudencia no supondría una especialidad material en lo que se refiere a la interpretación de la voluntad

83 STSJ País Vasco, de 25 de septiembre de 2012.

84 STEDH, de 28 de octubre de 2010, nº 1643/06, (caso *Suda c. République Tcheque*).

85 SAP Las Palmas de Gran Canaria de 17 de mayo de 2010.

86 STSJ Madrid (Sala de lo Civil y de lo Penal) de 28 de julio de 2018.

87 Véase sentencia del TEDH, de 28 de octubre de 2010, nº 1643/06 (caso *Suda c. République Tcheque*).

88 STC 136/2010.

89 Véanse, p.e., las SSTS de 6 de febrero de 2003, de 11 de febrero de 2010 o de 27 de junio de 2017.

90 En apoyo de esta idea podemos traer a colación el propio texto de la STS 6 de febrero de 2003 en la que se alude a la prueba de la voluntad como elemento determinante. En la sentencia se dice: «lo decisivo para la validez [del] convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje».

91 En idéntico sentido la véase la STS 14 de junio y 13 de julio de 2001.

92 Véanse entre otras muchas resoluciones, el AAP 30 de septiembre de 2022, las SSTSJ de Madrid 2 de marzo, 28 de abril y de 29 de junio de 2021, la STSJ de Galicia 17 de diciembre de 2019, etc.

93 STSJ Madrid, (Sala de lo Civil y Penal) de 18 de febrero de 2019.

94 STS 11 de febrero de 2010.

95 SAP Madrid, Secc. 14ª, de 16 de junio de 2006”.

96 En STSJ Madrid 18 de febrero de 2019 se lee: «En suma: *in dubio pro iurisdictione*».

97 Véase AAP Madrid 18 de enero de 2010.

98 Véase STSJ Cataluña 17 de abril de 2023 o STSJ Castilla y León de 25 de octubre de 2011.

negocia! de las partes, sino una mera manifestación o trasunto del principio general contenido en dicho art. 1284 Ce. En apoyo de esta idea véase la STSJ Castilla y León 24 de noviembre de 2011 en la que se lee:

«Para casos como el presente en que, acreditada la existencia del convenio arbitral, resulta necesaria la actuación judicial para suplir la voluntad de las partes, esta habrá de interpretarse con arreglo al principio de conservación del negocio jurídico arbitral, en armonía con el principio que rige con carácter general para la interpretación de los contratos en el art. 1284 Ce en cuya virtud si una cláusula admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto(...)».

Otra manifestación de la aplicabilidad del art. 1284 Ce a los convenios arbitrales, y de la identificación del principio de conservación del negocio jurídico con *elfavorarbitrandum*, la observamos, por ejemplo, en la sentencia 69/2015, del TSJ Madrid, de 6 de octubre de 2015, citada por otras muchas, en la que se resuelve:

«Voluntad de sumisión a arbitraje que ha de ser analizada y, en su caso, interpretada de acuerdo con el principio de conservación del negocio y *delfavor arbitrandum* que imperan en nuestro ordenamiento».

Finalmente, se ha dicho que «una cláusula que puede dar lugar a cierta confusión no elimina el convenio arbitral»<sup>99</sup>. En esta línea, coincidimos con la jurisprudencia menor en que la interpretación del convenio debe realizarse con la debida flexibilidad, entre la que resulta posible una interpretación

sistemática e integradora<sup>100</sup> (100). Para ello, el intérprete cuenta entre los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, con el de la interpretación sistemática del convenio arbitral, dentro del contrato en que se enclava<sup>101</sup> (101).

### D) La buena fe y los actos propios a la hora de interpretar el contrato de arbitraje

La buena fe es un criterio interpretativo del convenio arbitral a la hora de apreciar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje de forma tácita o a partir de sus actos. Así lo tiene declarado el TC entre otras en la sentencia 1/2018, de 11 de enero. En la misma línea, el TSJ de Madrid en sentencia de 7 de marzo de 2023 indica que: «a la hora de ponderar la existencia y efectos de un convenio arbitral, es imprescindible preservar las exigencias de la buena fe y de la congruencia con los propios actos». Junto al principio de la buena fe se suelen mencionar otros como el de la interpretación efectiva y de interpretación *contra proferentem*<sup>102</sup> (102) o el de evitación del peregrinaje jurisdiccional<sup>103</sup>.

### E) Interpretación elástica o inelástica del contrato de arbitraje

En relación con la interpretación elástica o inelástica del convenio arbitral ha de tomarse en consideración que, como ha señalado la STS 27 de junio de 2017: «la interpretación «elástica» del convenio arbitral a que ha hecho referencia alguna sentencia de esta sala (sentencia 605/2005, de 12 de julio), que permita que el convenio arbitral tenga un efecto expansivo y abarque todas las cuestiones relacionadas con el objeto del

arbitraje (sentencia 741/2007, de 2 de julio), puede ser aplicable a aquellos convenios arbitrales concertados por negociación, pero no a los contenidos en contratos de adhesión».

La interpretación de los convenios arbitrales contenidos en un contrato de adhesión está regulada específicamente en el art. 9.2º LA/2003 y ha sido tratada en detalle por la STS de 27 de junio de 2017, equiparándola a la interpretación del resto de cláusulas de un contrato de adhesión, es decir, con arreglo a la regla de interpretación *contra proferentem* contenida en los arts. 1288 Ce y 6.2º de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación<sup>104</sup> (104).

## IV. Conclusión

Debido a los efectos procesales que le son propios, el contrato de arbitraje puede llegar a ser interpretado por distintos actores jurídicos y bajo distintos prismas. Esto implica una serie de peculiaridades que -desde el punto de vista procesal- diferencian su interpretación de la del resto de contratos, como hemos visto en el apartado segundo de este trabajo.

Sin embargo, en lo que respecta a los criterios materiales para llevar a cabo esa interpretación, entendemos, como principio, que el arbitraje es una forma natural de solución de controversias (como mínimo, tan natural como la jurisdicción pública); y que, si resulta más excepcional que el pleito judicial, ello no se debe a que aquel sea peor, inadecuado o menos preferible, sino a que este está legalmente predisuesto, en defecto de pacto.

Por ello, sin perjuicio de que la voluntad de las partes de someterse

99 Véanse las SSTs de 11 de diciembre de 1999 y de 10 de julio de 2007 y jurisprudencia menor (auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de noviembre de 2007 y sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de octubre de 2004. Véase también M.A. Fernández-Ballesteros, *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Madrid, Editorial Iurium, 2014, pp. 92 y 93; y A. López de Argumedo, «La controvertida validez de las cláusulas híbridas y asimétricas en Europa. a propósito del auto de 18 de octubre de 2013 de la Audiencia Provincial de Madrid», *Diario La Ley*, Nº 8258, 2014.

100 STSJ Cataluña (Sala de lo Civil y Penal), de 22 de mayo de 2017.

101 STSJ Zaragoza (Sala de lo Civil y Penal), de 11 de octubre de 2022.

102 Véase, M. Gómez Jene, «El convenio arbitral: statu quo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Univ. Carlos III, Madrid, octubre de 2017, Vol. 9, Nº 2, p. 10; y E. Gaillard y J. Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pp. 257-262.

103 STSJ Madrid, de 4 de febrero de 2020.

104 En relación con esta cuestión véase A.I. Blanco García y P. Ouzá Redondo, «Control judicial de la validez del convenio arbitral en un contrato de adhesión: sentencia nº 409/2017 de 27 de junio del Tribunal Supremo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, nº 1, 2018, pp. 544-550.»



a arbitraje deba ser inequívocamente constatada, resulta más ajustado a derecho desdramatizar la interpretación del convenio arbitral; dejar de lado parámetros valorativos no objetivables; y, como indica el Tribunal Supremo, atender a las reglas generales de interpretación de los contratos, es decir, a los arts. 1281 a 1289 Ce -arts. 1271 a 1273 en la «Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos» de 2023-y, en su caso, a lo dispuesto en el art. 50 CCom.

Barcelona, a 15 de septiembre de 2023

### Bibliografía

- BLANCO GARCÍA, A.I. y OUINZÁ REDONDO, P., «Control judicial de la validez del convenio arbitral en un contrato de adhesión: sentencia nº 409/2017 de 27 de junio del Tribunal Supremo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (marzo 2018), Vol. 10, nº 1.
- BORN, G. B., «International Commercial Arbitration», Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn, 2ª Ed., 2014.
- CICERÓN, M. T., Mur. 12, 27. Traducción: MARÍN PEÑA, M., *Discursos X: Pro L. Murena, Pro P. Sila*, CSIC, Salamanca, 1991.
- CORDÓN MORENO, F., «El arbitraje de derecho privado», *Cuadernos Civitas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- DAVID, R., *Rapport sur L'Arbitrage Conventionnel on Droit Privé. Étude de Droit Comparé*, Sociétés des Nations, Institut International de Rome Pour L'Unification Du Droit Privé”, Ed. L'Universale, Tipografia Poliglotta, Roma, 1932.
- DAVID, R., *Arbitration in International Trade*, Londres, Deventer, 1985.
- DAVID, R., «Droit naturel et arbitrage”, *Natural Law and World Law: Essays to Commemorate the Sixtieth Birthday of Kotaro Tanaka*, Tokyo, 1954.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., «El arbitraje y la nueva lex mercatoria”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 32, nº 4, Madrid, 1979.
- DÍEZ PICAZO, L., «El pacto compromisorio y la nueva ley de arbitraje”, *Anuario de Derecho Civil*, 1954, Fascículo 4.
- DÍEZ-PICAZO, L., *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1957.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.Á., *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Madrid, Editorial Iurium, 2014.
- GAILLARD, E. y SAVAGE, J., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.
- GARBERI, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Ed. Bosch, 1ª Ed.
- GÓMEZ JENE, M., «El convenio arbitral: statu quo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Univ. Carlos III, Madrid, octubre de 2017, Vol. 9, Nº 2, p. 10.
- JOVE PONS, M.A., «El Arbitraje Institucional (II): Las Instituciones Arbitrales”, en *Revista Economist & Iuris*, julio/agosto, 1997.
- LACRUZ, J. L., *Derecho de obligaciones*, vol. II, Barcelona, Bosch, 1987 (2ª ed.).
- LÓPEZ DE ARGUMEDO, A., «La controvertida validez de las cláusulas híbridas y asimétricas en Europa. a propósito del auto de 18 de octubre de 2013 de la Audiencia Provincial de Madrid”, *Diario La Ley*, nº 8258, 2014.
- PELA YO JIMÉNEZ, R., «Arbitraje: consecuencias de la anulación del laudo dictado, en el denominado contrato de arbitraje”, *Revista de derecho procesal*, Barcelona, J.B. Bosch, nº 1, 2007.
- SÁNCHEZ POS, M. V., «Del juez al árbitro de emergencia. El impacto de la Ley Modelo en la progresiva atribución de la tutela cautelar a los árbitros en la legislación arbitral española y en otras legislaciones estatales”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. XI, nº 2, 2018.
- SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2022. ■

# Mediación

Artículo ganador de la primera edición del “Premio Elías Campo Villegas”  
en la categoría periodística

## Mediación empresarial para no romper la saga familiar e integrar la sostenibilidad en el gobierno corporativo

Las instituciones notariales apuestan por esta vía de resolución  
de conflictos para facilitar la sucesión o la separación de socios

MARCELINO ABAD RAMÓN

Periodista

**Sumario:** EMPRESAS FAMILIARES. GRANDES CORPORACIONES. MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL.



**S**i en la práctica societaria los conflictos son frecuentes, en las empresas familiares pueden volverse más virulentos por la dimensión emocional que adquieren los lazos de sangre. Acostumbrados a ver cómo dejan a las sagas malheridas, algunos notarios han sumado a sus funciones la de facilitar la resolución pacífica de disputas. Es lo que se conoce como **mediación notarial**, un procedimiento alternativo a la vía judicial.

A diferencia de los jueces, no imponen la solución, sino que fomentan el diálogo para que sean las partes quienes la alcanzan, por ejemplo, en conflictos de sucesión empresarial o en procesos de separación de socios. Como garantes de la legalidad, este acuerdo lo pueden elevar ellos mismos a escritura pública, lo que también los distingue de otros

mediadores, como abogados o psicólogos. De esta forma, el acuerdo surte los mismos efectos que una sentencia judicial.

Aunque los notarios que cuentan con formación específica en mediación pueden ayudar a resolver disputas de carácter familiar o mercantil desde 2012, cuando entró en vigor la ley estatal de mediación, el empuje de la ley de jurisdicción voluntaria y la repercusión que han adquirido los *criterios ESG (ambientales, sociales y de gobernanza)* en la consecución de empresas socialmente más responsables, está haciendo que sea percibida como una alternativa “sostenible” a los juicios.

Y ello porque, según explica **Concepción Barrio**, **vice-decana del Colegio Notarial de Madrid** y vicepresidente de la Fundación Notarial Signum, la mediación implica un “ahorro de recursos” en términos de tiempo, costes, consumo energético o infraestructuras, lo que conecta con una gestión más eficiente del gobierno corporativo, de los recursos empresariales o con el cuidado del medioambiente.

“La mediación es un ejercicio de responsabilidad social” en el ámbito de la empresa, sostiene **Antonio Muñoz-Murillo**, responsable de Litigios de Iberdrola. No en vano, “puede colaborar” en la consecución de los *Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)*. Se trata de 17 ambiciosos objetivos que la ONU fijó en 2015, con la idea de alcanzarlos en 2030, para lograr un futuro más equitativo y sostenible, especialmente en la lucha contra el cambio climático. En sentido parecido se pronuncia Francesc Casajuana, Danone Iberia General Counsel, quien explica que puede “fomentar el cumplimiento del ODS 16”, que promueve “sociedades pacíficas” y un mejor acceso a la justicia.



### Empresas familiares

Y es que, en lugar de la confrontación en la que se basa el proceso judicial, la mediación parte de la voluntariedad y la colaboración. “No existen vencedores ni vencidos; hay resolución de problemas. Llegamos a acuerdos de forma amistosa y no a base de bofetadas”, señala **Antoni Bosch, vocal de la Fundació Mediació del Colegio Notarial de Cataluña**. Al igual que los criterios ESG o los ODS han supuesto un cambio de mentalidad en algunas empresas a través de la denominada inversión de impacto, aquella que no solo mira los beneficios, sino que también busca redirigir el dinero hacia compañías que generan efectos positivos para la sociedad, la mediación “implica un cambio de chip”. Este pasa por la idea de “no ser agresivos con el medioambiente ni con las personas”.

Es aquí donde la mediación aplicada a las organizaciones familiares cobra especial sentido, pues, según el **Instituto de la Empresa Familiar**, se estima que 1,1 millones de empresas son familiares en España, el 89% del total. Uno de los grandes desafíos para garantizar su permanencia en el tiempo pasa por los “aspectos de gobierno corporativo”. Si bien hay muchos factores que contribuyen a su dinamismo, como la demanda o la competencia, “la continuidad” de estas organizaciones “depende en gran medida de la armonía familiar”, destaca el organismo en su web. Ya sea de forma preventiva, para planificar la sucesión, o reactiva, para solucionar las controversias derivadas de los roles familiares y empresariales, la mediación notarial está abriendo una ventana nueva en la resolución de disputas.

Por ejemplo, un caso reciente en el que Bosch ha actuado como notario mediador derivaba del conflicto entre dos socios de una empresa de tipo inmobiliario, con un patrimonio aproximado de 80 millones de euros (debido al principio de confidencialidad que preside la mediación, su nombre no es de público conocimiento). Se trataba de dos hermanos que habían creado “un ambiente en la gestión irrespirable, que les afectaba tanto a ellos como a su madre, hijos, parejas, etc”. El



socio mayoritario quería ocuparse de la gestión en exclusiva, pero el minoritario se oponía. Tras varias sesiones, y a pesar de que al principio “estaban muy crispados”, acordaron que uno se ocupara de la gestión y el otro se jubilara “con todos los honores”, pactando un “protocolo de salida”. “Desenmarañar el tema emocional en un proceso judicial hubiera sido complicado. Ya el hecho de que un hermano demandara al otro hubiera afectado mucho a su relación”.

La notaria Concepción Barrio también ha llevado casos parecidos como mediadora. Uno de ellos desembocó en la *creación de un consejo familiar para fomentar las relaciones* entre los miembros de la empresa y hacer frente a las desavenencias. “El fundador, por miedo a sentirse apartado, estaba controlando al resto de personas por detrás y no dejaba que la compañía funcionara bien. Había creado un conflicto familiar y empresarial”. Al final, también pactaron un protocolo familiar, un documento para regular el funcionamiento de la empresa, “con recurso a la mediación por si surgían conflictos a la hora de interpretarlo”.

### Grandes corporaciones

Aunque la mediación ha tenido un recorrido modesto en España dados los índices de litigiosidad del Consejo

General del Poder Judicial (CGPJ), con un aumento de asuntos del 6,5% en 2022 en relación con 2021 (6.682.587 casos), también está calando en grandes corporaciones, como Iberdrola o Danone. En el caso de la primera, Antonio Muñoz-Murillo, su responsable de Litigios, explica que ofrecen la mediación de consumo, además de aplicar la mediación intraempresarial dentro de las reclamaciones que reciben por la calidad del suministro. “Hemos implantado un protocolo interno para evitar litigios de poca cuantía mediante la mediación, que en España en 2022 evitó 662 juicios y en lo que va de 2023, 722”.

Por su parte, Francesc Casajuana, Danone Iberia General Counsel, comenta que “cada vez son más los que se plantean alternativas a la judicialización”. En su caso, están adheridos a Autocontrol, un organismo independiente de autorregulación de la industria publicitaria que “se encarga de resolver extrajudicialmente conflictos relacionados con comunicaciones comerciales”.

A priori, la mediación empresarial es idónea “para cualquier conflicto, pero, particularmente, en relaciones entre empresas a largo plazo y sectores muy concentrados con pocos actores”, considera **Javier Fernández-Samaniego**, conciliador designado por

## Mediación

España ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y socio de Osborne Clarke. “Uno de los aspectos que implica ser coherente con las políticas de ESG para los consejos de administración es prevenir y evitar disputas a las compañías. Por ello, deberían promover políticas que incluyan mecanismos alternativos de resolución de conflictos”, sostiene.

En las controversias entre empresas, la mediación puede introducirse a través de “cláusulas escalonadas”, explica **Amparo Quintana**, copresidenta de la sección de MASC (medios adecuados de solución de controversias) del Colegio de la Abogacía de Madrid. Estas cláusulas articulan un sistema gradual para la resolución de disputas que parte de varios métodos alternativos (negociación entre altos ejecutivos, mediación, etc.) y que culmina en el arbitraje, en caso de resultado infructuoso de los primeros. En el ámbito empresarial, un aspecto fundamental de la mediación es “la confidencialidad” ya que no se puede revelar la información derivada del procedimiento, con lo que las empresas “evitan airear sus conflictos en público”. Además, es “flexible”, como un traje a medida para las compañías, que son “las protagonistas” del proceso, comenta.

*A diferencia de los jueces, no imponen la solución, sino que fomentan el diálogo para que sean las partes quienes la alcanzan, por ejemplo, en conflictos de sucesión empresarial o en procesos de separación de socios*

Además, frente al colapso de los juzgados, otra de sus ventajas es el ahorro de tiempos. Según el CGPJ, los procedimientos en los juzgados de lo mercantil duraron una media de 12,3 meses en 2022. La mediación, por su parte, dura lo que el mediador y las partes consideren conveniente, habitualmente de cuatro a seis semanas, y se puede desarrollar por medios electrónicos. Otro aspecto relevante es el ahorro de costes, pues en los juicios suelen intervenir magistrados y otros funcionarios de la Administración de Justicia, letrados, etc. En mediación no es obligatoria la asistencia de procuradores ni de abogados, aunque los notarios recomiendan la de estos últimos, especialmente si una de las

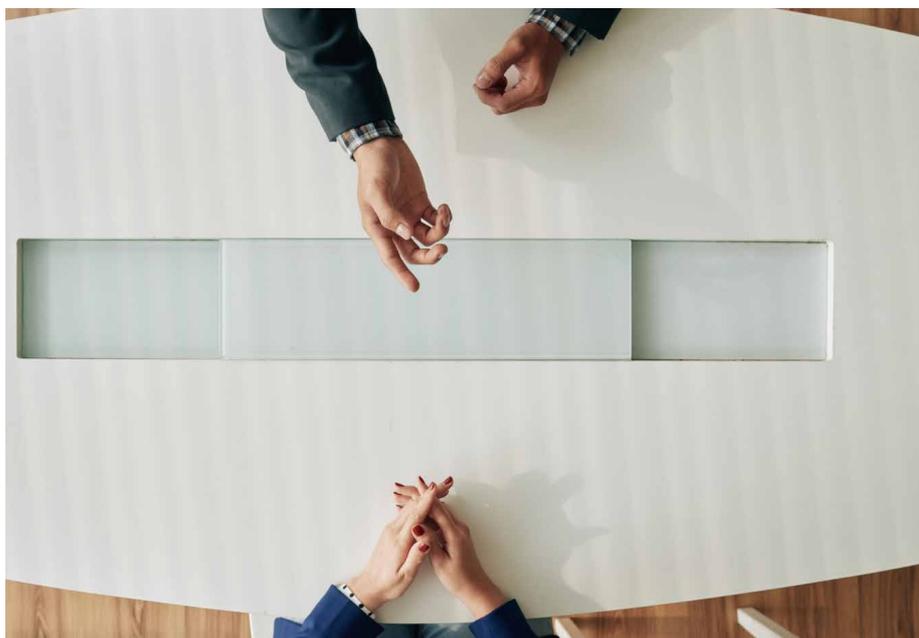
partes no acude con su asesor legal. Generalmente, el importe se calcula en función de las horas dedicadas al proceso, siendo el coste medio de 150 euros la hora ante notario.

Lo más importante, sin embargo, es “el lado emocional”, sostiene Amparo Quintana, pues suele “sustentar los conflictos” en las empresas familiares. “La mediación es una vía adecuada para dar respuesta a las reivindicaciones más íntimas de las personas”, subraya.

### Medidas de eficiencia procesal

Aprobación. “Tras el parón electoral se retoma” el Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, avanzaron fuentes del Ministerio a CincoDías a mediados de diciembre. Finalmente, el Consejo de Ministros aprobó la semana pasada un Real Decreto-Ley con medidas para la transformación procesal y digital de la Justicia. El proyecto anterior, que apostaba por los medios adecuados de solución de controversias (MASC) para descongestionar los juzgados, introduciendo la mediación como requisito de procedibilidad, decayó la pasada legislatura debido al adelanto electoral, aunque su tramitación parlamentaria estaba avanzada. En lo que respecta a las medidas aprobadas, el Ministerio ha trasladado que su objetivo es “garantizar procedimientos más ágiles y hacer frente al incremento de la litigiosidad”, por ejemplo, a través de un “procedimiento testigo” para agilizar los procesos en los que se hayan presentado demandas idénticas.

Acogida. En lo que respecta a los MASC y, especialmente, a la mediación, son varios los colectivos jurídicos que esperan un texto que los fomente. Por ejemplo, fuentes del Consejo General de la Abogacía Española señalan a este diario que “el Consejo siempre ha sido partidario de profundizar en todas las herramientas que fomenten la mediación, aunque en su día se expresaron diferentes matices sobre cómo se reflejaba en el proyecto de ley”. En el ámbito notarial también son frecuentes las voces que abogan por una ley que los desarrolle, aunque piden “mejoras” en relación con el proyecto anterior. ■



# Vida Corporativa

## Homenaje a Josep María Puig Salellas

El notario Josep María Puig Salellas fue homenajeado en el centenario de su nacimiento, el 12 de febrero de 2024, en un acto en el Colegio Notarial de Cataluña presidido por la Consellera de Justícia de la Generalitat, Gemma Ubasart.

*“Puig Salellas fue un ciudadano en el sentido más estricto y sublime del término, con un fuerte sentido institucional”*

El homenaje contó con la asistencia de una destacada representación institucional, entre ellos, los máximos representantes de la Fundació Noguera, la Universitat de Barcelona, la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña y el Institut d'Estudis Catalans.

“Puig Salellas fue un ciudadano en el sentido más estricto y sublime del término, una persona preocupada de la polis, de la *cosa pública*; fue un ciudadano con un fuerte sentido



institucional, y destacó su actitud de autoexigencia y convicción moral”, hizo hincapié Ubasart.

El decano del Colegio Notarial de Cataluña, José Alberto Marín, por su parte, explicó que “el Colegio tiene toda la huella que dejó Puig Salellas” y destacó “el espíritu de colaboración y de ser prácticos que se refleja en nuestro Código Civil, fruto de una línea que nos marcó Puig Salellas durante los años que fue decano”. ■



## Entrega del I Premio Elías Campo Villegas



**E**l 21 de febrero de 2024 el Colegio Notarial de Cataluña celebró el acto de entrega de la primera edición del premio Elías Campo Villegas, un galardón creado en 2023 que reconoce los mejores trabajos del ámbito legal y periodístico que aborden la promoción y difusión de los métodos alternativos de resolución de conflictos, centrándose especialmente en la mediación, la conciliación y el arbitraje.

El premio recibe su nombre como tributo del notable legado y aportaciones del notario Elías Campo Villegas en el ámbito de la resolución alternativa de conflictos.

*El galardón reconoce los mejores trabajos del ámbito legal y periodístico que aborden la promoción y difusión de los métodos alternativos de resolución de conflictos*

En la primera edición del premio, los galardonados fueron el jurista Gorka Goenechea, en la categoría doctrinal, y el periodista Marcelino Abad, en la categoría periodística. ■



## Jornada sobre Legítima y Desheredamiento

El Colegio Notarial de Cataluña y la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña celebraron el 24 de abril de 2024 la jornada “Legítima y desheredamiento” en la sede colegial. El acto, presidido por Francesc Tusquets, presidente de la Academia, reunió a distintos expertos en materia legislativa y jurídica, quienes debatieron sobre la preservación, reducción o eliminación de la legítima y la ampliación de las causas de desheredamiento.

*La jornada reunió a distintos expertos en materia legislativa y jurídica, quienes debatieron sobre la preservación, reducción o eliminación de la legítima y la ampliación de las causas de desheredamiento*

La jornada contó con las intervenciones del presidente de la Audiencia Provincial de Barcelona y miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Antonio Recio; la vicedecana del Colegio Notarial de Cataluña, Raquel Iglesias; el catedrático de Derecho Civil de la Universitat Pompeu Fabra y miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Pablo Salvador; y el censor de la Junta Directiva del Colegio, Pablo Vázquez. ■



## Entrega de la Medalla de Honor del Colegio Notarial de Cataluña a Sofía Puentes

En el marco de la Fiesta Patronal del Colegio Notarial de Cataluña, celebrada el 28 de junio de 2024, la institución otorgó su Medalla de Honor, el máximo galardón de la institución, a la secretaria de Innovación y Calidad del Servicio público de Justicia, Sofía Puentes Santiago, destacando el mérito de su trayectoria de servicio a la justicia como exdirectora general de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Este reconocimiento fue aprobado por unanimidad por la Junta Directiva en reconocimiento a “su colaboración en la proyección y el refuerzo de la función notarial, así como por la labor realizada para la sociedad”.

*En reconocimiento a “su colaboración en la proyección y el refuerzo de la función notarial, así como por la labor realizada para la sociedad”*



Durante la celebración, el Colegio también hizo entrega de un galardón de nueva creación: el premio Comunicació CNC, que reconoce a los medios y profesionales de la comunicación que han destacado en el ámbito jurídico durante su trayectoria. La galardonada de esta primera edición fue Ana Togores Guisasola, directora de Comunicación del Consejo General del Notariado, por su contribución a la profesionalización, proyección y consolidación de la comunicación jurídica y el refuerzo de la reputación de los profesionales jurídicos y, en particular, del Notariado.

Paralelamente, se llevó a cabo la entrega de varios reconocimientos a personas que, con su aportación, han contribuido a reforzar los lazos de la institución y a fomentar la colaboración entre los profesionales jurídicos. En esta ocasión, recibieron el reconocimiento la Segunda Teniente de la Alcaldía de Barcelona, Maria Eugenia Gay, por su estrecha colaboración durante su mandato como decana del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona (2017-2022); Ángel Quemada, por su estrecha colaboración durante su mandato como decano del Ilustre Colegio de Procuradores de Barcelona (2018 –2023); y Jorge Jiménez, por su estrecha colaboración durante su etapa como director de la Escuela Judicial, cargo que ejerció desde 2018 hasta marzo de 2024. ■





## Jornada “La vivienda en Cataluña: ¿un derecho ‘real’?”

El 1 de julio de 2024, el Colegio Notarial de Cataluña, celebró la jornada “La vivienda en Cataluña: ¿un derecho ‘real’?”, una jornada en la que se debatió sobre la situación inmobiliaria en la comunidad autónoma, en el marco del Foro “Temas que importan” de la Fundación Notariado.

La jornada, moderada por Rosa Salvador, periodista de La Vanguardia, fue inaugurada por la consellera de Territori de la Generalitat de Catalunya, Ester Capella, quien destacó que la vivienda es “el mayor reto que tenemos que afrontar los poderes públicos para dar respuesta a las necesidades de los ciudadanos”.

### *La necesidad de un pacto de Estado sobre vivienda y la constatación de que la Ley de Vivienda no ha dado los resultados esperados, las principales conclusiones expuestas en el foro*

La necesidad de un pacto de Estado sobre vivienda y la constatación de que la Ley de Vivienda no ha dado los resultados esperados, fueron las principales conclusiones expuestas en el foro, que constó de dos mesas redondas.

La primera mesa redonda contó con la participación de Eva Cordobés, directora del Departamento Jurídico de la



Cámara de Propiedad Urbana de Barcelona; Concha Carballo, abogada y economista; Xavier Vilajoana, presidente de la Asociación de Promotores y Constructores de Edificios de Cataluña; y Raquel Iglesias, vicedecana del Colegio.

Por otro lado, en la segunda mesa redonda participaron Jesús Sánchez, decano del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona; Lorenzo Viñas, decano del Colegio de Administradores de Fincas de Barcelona y Lleida y presidente del Consejo de Administradores de Fincas de Cataluña; Javier Segura, decano del Colegio de Procuradores de Barcelona; Gerard Duelo, presidente del Consejo General de COAPIs de España; y José Alberto Marín, decano del Colegio. ■



## Oposiciones a Notarías 2023-2024

**E**l Colegio Notarial de Cataluña, desde septiembre de 2023 hasta julio de 2024, ha sido sede de las oposiciones para obtener el título de notario. Se inscribieron 796 opositores, de los cuales 92 aprobaron, la mayoría mujeres (un 55%).

Para evaluar los cuatro ejercicios que componen la oposición se constituyeron dos tribunales. El Tribunal número 1 estuvo presidido por Jesús Julián Fuentes Martínez, notario de Barcelona y, como vocales, contó con María Teresa Martín Peña, notaria de Castell-Platja d'Aro; María Eugenia Ortuño Pérez, catedrática de Derecho Romano (UB); Marta Pesqueira Caro, magistrada del Juzgado de 1ª Instancia nº47 de Barcelona; Álvaro Campo Sampayo, registrador de la Propiedad de Sant Feliu de Llobregat; Beatriz Marina Vizcaíno López, abogada del Estado. Raúl González Fuentes, notario de Barcelona, fue el secretario.

*En las oposiciones se inscribieron 796 aspirantes, de los cuales 92 aprobaron, un 55% mujeres*

Por otro lado, el Tribunal número 2 estuvo presidido por Ángel Serrano de Nicolás, notario de Barcelona, y formaron parte, como vocales, Inmaculada Raquel Castro Fornieles, notaria de Montcada i Reixach; Judith Solé Resina, catedrática de Derecho Civil (UAB); Jordi Seguí Puntas, magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; María Álvarez García-Rovés, registradora de la Propiedad de Puigcerdá; Andrea Beatriz Arroyo Valls, abogada del Estado. Como



secretario, Alfonso Romero Carrillo de Mendoza, notario de El Vendrell.

Las oposiciones finalizaron en julio con una cena de gala, en la que se reconoció a quienes desempeñaron un papel clave en la organización y desarrollo del proceso. A ella, asistieron los nuevos notarios, los miembros de los dos tribunales examinadores, el vicepresidente del Consejo General del Notariado, Raimundo Fortuñy; la Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Ester Pérez; y la Junta Directiva del Colegio.

La última vez que el Colegio acogió las oposiciones a Notarías, convocadas cada dos años de manera rotativa en uno de los 17 colegios notariales de España, fue en 2015. Cabe destacar que la media de años de estudio para aprobar las pruebas de acceso al Notariado se sitúa en 5 años. ■



## Reglas para la publicación de trabajos en LA NOTARIA

- 1. CORRESPONDENCIA.** Los originales se remitirán, en todo caso, a: [lanotaria@catalunya.notariado.org](mailto:lanotaria@catalunya.notariado.org)  
La primera página incluirá *necesariamente* el título, nombre completo del autor, datos de contacto, una dirección de correo electrónico, y, libremente otras circunstancias identificadoras en un máximo de tres medias líneas (pegadas al margen derecho).
- 2. REMISIÓN y FORMATO.** El original deberá remitirse por correo electrónico y *necesariamente* en formato Word (excepcionalmente y previa autorización cabrá en formato convertible).
- 3. EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS.** Los trabajos deberán ser *originales*, sin haberse publicado con anterioridad, ni en papel, ni en cualquier otro formato, entendiéndose revocada automáticamente la aceptación si se publicase en el interín, salvo excepcionalmente —y previa autorización— en idiomas que no sean los de trabajo de la revista o en formatos no habituales.
  - *Los artículos doctrinales* tendrán una extensión de unas 30 caras de folio (incluidas notas, conclusiones y bibliografía, e incluso anexos), en *Times New Roman 12*, espacio sencillo y con notas a pie de página en *Times New Roman 10*.
  - *Los artículos prácticos* no deberían sobrepasar las 10/15 caras de folio; y,
  - *Los comentarios de sentencias o resoluciones* unas 5 caras de folio, siempre con división en los correspondientes epígrafes y subepígrafes.
- 4. ACEPTACIÓN.** La redacción de la revista dará acuse, vía e-mail, del recibo de los trabajos que le lleguen y los pasará *a informe confidencial*. El resultado de los informes se comunicará a los interesados (en el tiempo más breve posible, de acuerdo con las normas habituales) y sólo podrá ser uno de los siguientes:
  - La aceptación del trabajo y número en que se publicará.
  - La aceptación condicionada a que se acomode la extensión del trabajo o su presentación.
  - La no aceptación del trabajo.
- 5. PUBLICACIÓN.** De los trabajos aceptados se indicará el número de la revista en que se publicará, salvo que por circunstancias excepcionales tenga que posponerse, lo que con suficiente antelación se comunicará.
- 6. NORMAS DE EDICIÓN.** Los *artículos doctrinales* necesariamente deberán remitirse en *catalán o castellano* (se publicarán en el idioma original, no se traducirán) y, también, deberán llevar apartado bibliográfico, lo que no será necesario en los prácticos o comentarios de sentencias o resoluciones.
  - *No puede utilizarse negrita* (salvo en los epígrafes o subepígrafes), ni subrayado en ningún caso.
  - *Notas a pie de página.* Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente.
  - *Citas.* Las citas se sujetarán a las reglas habituales, según se trate de libro, artículo de revista, artículo en obra colectiva, Internet o revistas electrónicas, indicando los apellidos en mayúsculas y no siendo necesario el nombre salvo que pudiera haber confusión. Los posibles cambios o comentarios en las citas literales deberán indicarse encerrándolos entre corchetes.

