

ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS  
(Coord.)

**NUEVAS PERSPECTIVAS IUSPRIVATISTAS  
A LOS 40 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN  
ESPAÑOLA**

Colegio Notarial de Cataluña

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

# ÍNDICE

Pág.

---

## I. NEGOCIO JURÍDICO Y PERSONAS JURÍDICAS

### DISTINCIONES CONCEPTUALES Y LA NUEVA JURISPRUDENCIA, EN EL NEGOCIO JURÍDICO Y EL PACTO MARCIANO, por Ángel Serrano de Nicolás.....

19

I. PRELIMINAR ..... 19

II. DISTINCIONES DENTRO DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES  
DEL NEGOCIO JURÍDICO ..... 20

1. Poder de disposición o facultades dispositivas y legitimación ... 21

1.1. Autolimitación del poder de disposición, con posible irre-  
vocabilidad ..... 26

1.2. Anulabilidad vs. Negocio incompleto, viaje de ida y vuelta. 27

2. Relevancia práctica de la distinción de las causas negociales .... 31

2.1. Causa de los contratos y el renacer de la causa subjetiva... 32

2.2. Causa *familiae* o justificativa de las mal llamadas «dona-  
ciones» en convenio regulador ..... 36

2.3. Causa sucesoria: disposiciones *mortis causa*, de última  
voluntad, *post mortem* y *trans mortem*..... 38

3. Trascendencia de la forma e imposible libre elección entre los  
diferentes instrumentos públicos ..... 40

3.1. Relevancia del documento público frente al privado, in-  
cluso homologado judicialmente, sea acuerdo transaccio-  
nal o convenio regulador ..... 42

3.2. Autorización de los actos y negocios jurídicos en su perti-  
nente instrumento público ..... 47

III. RECONOCIMIENTO CRECIENTE, DE NUEVO, DEL PACTO MAR-  
CIANO ..... 49

IV. BIBLIOGRAFÍA ..... 60

	Pág.
<b>EL MARCO CONSTITUCIONAL DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES</b> , por <i>Jesús Julián Fuentes Martínez</i> .....	65
I. BREVE INTRODUCCIÓN.....	65
II. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LAS ASOCIACIONES.....	69
III. MARCO CONSTITUCIONAL DE LAS FUNDACIONES .....	83
<b>II. PERSONAS FÍSICAS Y FAMILIA</b>	
<b>DISCAPACITAT I CAPACITAT JURÍDICA: VERS UN NOU MODEL INSTITUCIONAL BASAT EN EL SUPORT EN LA PRESA DE DECISIONS</b> , por <i>Jordi Ribot Igualada</i> .....	99
I. DRETS HUMANS DE LES PERSONES AMB DISCAPACITAT I DRET A LA CAPACITAT JURÍDICA.....	99
1. Marc constitucional i internacional .....	99
2. Capacitat jurídica i capacitat d'obrar davant el canvi de paradigma sobre la discapacitat .....	102
II. CAMÍ D'UNA REFORMA DE LES ACTUALS INSTITUCIONS CIVILS DE PROTECCIÓ DE LA PERSONA.....	109
1. Plantejament .....	109
2. L'avantprojecte ministerial de setembre de 2018.....	110
3. Quines bases per a la reforma del dret civil català? .....	113
4. Salvaguardes en la provisió de suports .....	123
III. CONCLUSIÓ .....	126
IV. BIBLIOGRAFIA .....	126
<b>LA TECNOLOGÍA APLICADA AL CUERPO HUMANO Y LA DISCAPACIDAD. Hacia un nuevo modelo de apoyo a la capacidad natural</b> , por <i>Sandra Camacho Clavijo</i> .....	129
I. INTRODUCCIÓN.....	129
II. EL <i>CIBORG</i> O LA PERSONA MODIFICADA GRACIAS A LA TECNOLOGÍA.....	130
III. CLASES DE <i>CIBORG</i> .....	131
1. El sujeto <i>Ciborg</i> de reparación.....	132
2. El sujeto <i>Ciborg</i> de mejora .....	132
3. El sujeto <i>Ciborg</i> mixto .....	133
IV. LA IMPLANTACIÓN DE DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS Y LA DISCAPACIDAD: ¿HACIA UNA CAPACIDAD TECNOLÓGICA?.....	133
1. Concepto de discapacidad.....	134
2. La tecnología aplicada al cuerpo humano: incidencia en el concepto de discapacidad .....	135
2.1. Corrección tecnológica total de la deficiencia: supresión de la deficiencia en el binomio conceptual de la discapacidad.	135

	Pág.
2.2. Corrección tecnológica parcial de la deficiencia: modificación del concepto mismo de deficiencia mediante integración de la deficiencia corregida tecnológicamente .....	137
V. LA TECNOLOGÍA APLICADA EN EL CUERPO HUMANO: HACIA UN NUEVO MODELO DE APOYO DE LA CAPACIDAD NATURAL.	138
1. La correlación conceptual capacidad de obrar/capacidad natural .....	138
2. La tecnología como sistema de apoyo en la exteriorización de la capacidad natural .....	142
3. La tecnología como sistema de apoyo en la recuperación de la capacidad natural .....	143
VI. BIBLIOGRAFÍA .....	145
 <b>LA CONTRATACIÓN ENTRE CÓNYUGES O CONVIVIENTES EN LOS PACTOS SOBRE RUPTURA DE PAREJA: ¿UN CONTEXTO NEGOCIAL NATURALMENTE ASIMÉTRICO?, por Gemma Rubio Gimeno.</b>	
I. INTRODUCCIÓN .....	147
II. LA OPCIÓN LEGISLATIVA EN TORNO A LOS PACTOS SOBRE LA RUPTURA DE PAREJA.....	148
1. Densidad normativa y autonomía de la voluntad en los pactos sobre ruptura de pareja .....	151
2. De la ruptura potencial a la ruptura actual: un régimen legal discriminado sobre su autorregulación .....	153
III. LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE DÉBIL EN LOS PACTOS SOBRE RUPTURA DE PAREJA.....	154
1. Los pactos en previsión de ruptura: un paradigma de contratación consciente .....	155
1.1. Acuerdo consciente y libre en previsión de ruptura .....	155
1.2. Limitaciones dispositivas: el equilibrio comercial y la irrenunciabilidad de la subsistencia futura .....	158
2. Los pactos amistosos de ruptura: el «enfriamiento» preceptivo del acuerdo.....	161
3. Los pactos en convenio regulador: vía libre a pactar contra los propios intereses.....	164
IV. LA REVISIÓN NORMALIZADA DE LA EFICACIA DE LOS ACUERDOS SOBRE LA RUPTURA EN CASO DE ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS.....	165
V. ASESORAMIENTO LEGAL Y REEQUILIBRIO NEGOCIAL.....	168
1. El asesoramiento legal del notario en los pactos en previsión de ruptura .....	168
2. La asistencia letrada independiente en los pactos amistosos de ruptura .....	169
3. La asistencia letrada en el otorgamiento de la escritura pública de separación o divorcio: ¿una intervención injustificada? .....	171

	Pág.
VI. ¿EXCESIVA TUICIÓN LEGAL EN LA CONTRATACIÓN SOBRE RUPTURA DE PAREJA? .....	176
1. Reequilibrio de la asimetría negocial en los pactos sobre ruptura. ....	178
2. El recurso a los remedios generales de reequilibrio negocial.....	180
VII. A MODO DE CONCLUSIÓN .....	182
<b>EL DERECHO DE FILIACIÓN HOY: VIEJAS CATEGORÍAS Y MODELOS FAMILIARES CONTEMPORÁNEOS, por Esther Farnós Amorós.....</b>	<b>183</b>
I. INTRODUCCIÓN.....	183
II. CAMBIOS SOCIOLÓGICOS .....	184
1. Casi la mitad de las personas ya nacen en el seno de familias no matrimoniales.....	184
2. Cada vez más hogares están compuestos por hijos e hijas no comunes .....	185
3. El auge de los nacimientos derivados de reproducción asistida y la caída del recurso a la adopción .....	185
III. CUESTIONES A ANALIZAR.....	186
1. El mantenimiento de la clasificación tradicional «filiación matrimonial vs. filiación no matrimonial» .....	187
1.1. Relevancia de la presunción de paternidad matrimonial... ..	188
1.2. Posible extensión a otras realidades familiares.....	190
a) Parejas de hecho formadas por personas de distinto sexo.....	190
b) Matrimonios de mujeres .....	196
2. La clasificación de la filiación derivada del recurso a reproducción asistida dentro de la filiación por naturaleza .....	199
3. La concepción de la filiación en términos absolutos y sus consecuencias.....	203
IV. REFLEXIONES FINALES .....	206
V. BIBLIOGRAFÍA .....	208

### III. SUCESIONES

<b>LA PRUEBA EXTRÍNSECA EN EL TESTAMENTO. ESTADO DE LA CUESTIÓN, por Juana Marco Molina.....</b>	<b>213</b>
I. EL FIN O <i>CRITERIO</i> QUE PRESIDE LA INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA: LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDADERA VOLUNTAD DEL TESTADOR.....	213
II. LOS LÍMITES A LA INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA INFERIDOS DE LA PRÁCTICA JUDICIAL.....	214
III. LA PRUEBA EXTRÍNSECA .....	217

	Pág.
1. Su contenido .....	217
2. Valor que se le asigna y efectos que puede llegar a producir .....	218
IV. CONCLUSIONES .....	226
<b>LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL DERECHO DE SUCESIONES,</b> <i>por Antoni Vaquer Aloy</i> .....	229
I. INTRODUCCIÓN .....	229
II. CONSTITUCIÓN, LIBERTAD DE TESTAR Y LEGÍTIMAS .....	230
III. ¿TODOS LOS MODELOS FAMILIARES DISPONEN DE SUFICIENTE PROTECCIÓN EN LA SUCESIÓN? .....	233
1. Las familias reconstituidas .....	234
2. Las familias monoparentales y las adoptivas y el art. 424-6 CCCat .....	238
IV. UNA ESPECIAL PROTECCIÓN DE LOS CAUSANTES VULNERABLES .....	241
V. BIBLIOGRAFÍA .....	246

#### **IV. DERECHO PATRIMONIAL (PROPIEDAD, VIVIENDA Y CONSUMIDORES)**

<b>¿QUÉ MODELOS DE PROPIEDAD AMPARA LA CONSTITUCIÓN? (O CÓMO IMAGINAMOS EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LOS CINCUENTA PRÓXIMOS AÑOS),</b> <i>por Elena Lauroba</i> .....	251
I. INTRODUCCIÓN .....	251
II. LA PLASMACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD .....	253
1. Elementos recurrentes en la presentación de la propiedad en las constituciones modernas: reconocimiento del derecho, fijación de límites y atención a la privación .....	255
1.1. El objeto de la propiedad .....	255
1.2. Un derecho que se ejercita en una comunidad: la función social .....	256
1.3. La privación de la propiedad .....	259
2. La «función ecológica» de la propiedad: su formulación en la Constitución de Colombia .....	260
3. La incorporación del «derecho de libre acceso» en la Constitución de Suecia .....	263
4. El derecho de propiedad en la Constitución española .....	264
5. Una primera reflexión .....	268
III. LA PROPIEDAD EN EL DERECHO EUROPEO .....	270
1. El derecho de propiedad en la CEDH .....	270
2. Las normas comunitarias .....	273

	Pág.
2.1. El art. 345 TFEU como prescripción aparentemente restrictiva.....	273
2.2. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) .....	274
2.3. La propiedad en el <i>Draft Common Frame of Reference</i> .....	274
IV. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LAS LEYES CIVILES: ALGUNOS EJEMPLOS DE DERECHO COMPARADO.....	275
1. La propiedad en el <i>Code Napoléon</i> como guía de las regulaciones posteriores. Un derecho que evoluciona sin reformas.....	276
2. Dos normativas recientes y una iniciativa .....	279
2.1. Un texto ya consolidado: el Código Civil y Comercial de Argentina .....	279
2.2. El nuevo derecho de bienes en el Código Civil belga.....	279
2.3. Una iniciativa italiana que amplía el análisis.....	281
V. ENCAJE Y UTILIDAD DE LOS DEBATES ANGLOSAJONES SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD.....	281
1. La propiedad como <i>bundle of rights</i> .....	282
2. La <i>propiedad</i> como facultad de exclusión .....	283
3. La propiedad como elemento de desarrollo del individuo y de la comunidad .....	284
VI. LA IRRUPCIÓN DE LOS <i>COMMONS</i> O CÓMO SE REVISITAN LOS BIENES EN COMÚN.....	286
1. Poco nuevo bajo el sol: una categoría histórica.....	286
2. El renovado protagonismo de los bienes en común.....	287
3. Dos ejemplos normativos .....	289
3.1. La construcción escocesa .....	289
3.2. Las disquisiciones italianas, de momento sin refrendo legal.....	290
VII. EL OBJETO DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO: ¿RECONSTRUIR LA NOCIÓN DE BIEN? .....	292
1. La evolución del objeto del derecho de propiedad .....	292
2. Los bienes inmuebles. La vivienda .....	293
3. Bienes inmateriales .....	296
3.1. Una categoría por exclusión.....	296
3.2. ¿Qué hacer con los datos? .....	298
4. Un concepto netamente anglosajón —de momento...—: los <i>property rights</i> .....	303
VIII. ¿QUÉ INDICADORES TÉCNICOS PARA UN <i>DERECHO DE PROPIEDAD</i> EN EL ÁMBITO CIVIL? .....	304
1. Poder máximo, poder abstracto, poder absoluto.....	304
1.1. La condición de máximo implica la abstracción .....	304
1.2. El carácter absoluto. ¿Un indicador superado? .....	305
1.3. La elasticidad como consecuencia de la plenitud .....	306
1.4. Un poder que no reconoce otro poder superior .....	306

	Pág.
2. Lo que queda por adjudicar: un poder residual.....	306
3. Un poder exclusivo .....	307
4. Un poder perpetuo.....	308
5. La función social como principio/parámetro de la propiedad civil .....	310
5.1. Derecho de propiedad y función social en el Código Civil de Cataluña.....	310
5.2. Función social y principio de solidaridad en la conceptualización del derecho de propiedad vasco .....	312
5.3. La Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil .....	314
5.4. La función social como corolario de la conexión entre la Constitución española y el Código Civil: el art. 349 como pasarela previa .....	314
IX. ALGUNAS REFLEXIONES PARA CONCLUIR (DE MOMENTO)...	316
<b>LA VIVIENDA PROTEGIDA EN LA LEGISLACIÓN DE URBANISMO Y EN LA LEGISLACIÓN DE VIVIENDA, por Domènec Sibina Tomás ...</b>	321
I. EL MERCADO DE LA «VIVIENDA» Y EL ACCESO A «LA VIVIENDA» SON OBJETO DE REGULACIÓN DIRECTA E INDIRECTA, POR UN CONGLOMERADO DE NORMAS DE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO: LA «VIVIENDA PROTEGIDA», UNA PARTE DE UN TODO MUY COMPLEJO .....	321
II. LA COMPETENCIA Y LA REGULACIÓN ESTATAL EN MATERIA DE VIVIENDA (Y CONCRETAMENTE EN MATERIA DE VIVIENDA PROTEGIDA) .....	328
1. Competencia estatal al amparo del art. 149.1.11 y 1.13 CE, para aprobar los planes de vivienda.....	328
2. Las reservas urbanísticas para vivienda protegida establecidas en la legislación estatal del suelo y la rehabilitación urbana, al amparo del art. 149.1.13 CE .....	331
3. Los límites del legislador autonómico al establecer, al amparo de la competencia prevista en el art. 148.3 CE, medidas coercitivas por incumplimiento de la función social de la propiedad de la vivienda, impuestos por la legislación dictada por el Estado al amparo del art. 149.1.13, para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.....	333
4. Conclusiones sobre la competencia y la regulación estatal en materia de vivienda protegida .....	340
4.1. La regulación reglamentaria que acompaña la aprobación de los planes estatales de vivienda .....	340
4.2. El bloque constituido por la legislación estatal del suelo y la rehabilitación urbanística que prevé reservas de suelo para vivienda protegida .....	346
4.3. Los límites que puede imponer el legislador estatal al legislador autonómico de vivienda al legislar sobre mate-	

	Pág.
rias conexas a la materia vivienda en sentido estricto, al amparo del art. 149.1.13 CE .....	348
<b>III. LAS NORMAS DE VIVIENDA REGULADORAS DE LA VIVIENDA PROTEGIDA .....</b>	<b>351</b>
1. Las leyes autonómicas de vivienda.....	351
2. La vivienda con protección pública en la legislación autonómica de vivienda.....	353
3. La obligación de mantener las viviendas de protección oficial como domicilio habitual y permanente .....	355
4. Las modalidades de viviendas de protección: las formas de transmisión y goce de las viviendas protegidas (el régimen de tenencia y ocupación) .....	367
5. El plazo de calificación y la prohibición de descalificación voluntaria .....	371
6. El precio, la renta y el canon máximo de las viviendas protegidas .....	377
<b>IV. LEGISLACIÓN URBANÍSTICA AUTONÓMICA QUE REGULA LA RESERVA Y CALIFICACIÓN DE VIVIENDA PROTEGIDA .....</b>	<b>379</b>
1. Los antecedentes: el art. 20 de la LSRU 2015 .....	379
2. Calificación urbanística o reserva de suelo para vivienda protegida .....	380
2.1. La legislación de ordenación del territorio y urbanística del País Vasco .....	380
2.2. La legislación urbanística catalana.....	382
2.3. La legislación urbanística de Extremadura y de la Comunidad Valenciana.....	383
3. Examen de la calificación urbanística para el uso de vivienda protegida .....	385
4. Algunas consideraciones finales sobre la calificación urbanística de vivienda protegida.....	390
<b>V. ABREVIATURAS.....</b>	<b>391</b>
 <b>LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: ALGUNAS LECCIONES DE LA LITIGACIÓN ESPAÑOLA, por Mireia Artigot Golobardes .....</b>	 <b>393</b>
I. INTRODUCCIÓN.....	393
II. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL.....	394
III. UN <i>TSUNAMI</i> DE CASOS MÁS ALLÁ DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: LA LITIGACIÓN FINANCIERA CON CONSUMIDORES EN ESPAÑA .....	397
1. La abusividad en los contratos hipotecarios en España .....	398
1.1. Todo es abusivo: la abusividad en los contratos hipotecarios en España.....	402
1.2. Las sentencias judiciales como señales que incentivaron más litigación .....	405

	Pág.
2. Las tarjetas <i>revolving</i> : la doble protección resultante de la normativa general y de la regulación de protección al consumidor y su efecto en el mercado de productos financieros con consumidores.....	407
2.1. Las tarjetas <i>revolving</i> como producto financiero para un segmento concreto del mercado.....	407
2.2. Tarjetas <i>revolving</i> : el solapamiento entre la normativa de protección al consumidor y la regulación general en el control de precios en contratos financieros.....	409
2.3. Sentencias judiciales, inseguridad jurídica e impacto en el mercado financiero .....	411
2.4. Inseguridad jurídica e impacto en las dinámicas del mercado .....	413
a) El cuestionable tipo de interés de referencia .....	413
b) El impacto de las sentencias judiciales en la estructura de mercado (en este caso, de productos financieros).....	415
c) La rigidez en los análisis económicos de los tribunales españoles.....	416
IV. ¿LA LITIGACIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE CONSUMO HA RESULTADO EN UN MAYOR BIENESTAR DE LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS? ALGUNAS LECCIONES .....	417
1. El colapso judicial generado por la litigación masiva en España.....	417
2. Diseño contractual.....	419
3. Reducción del tamaño o incluso eliminación del mercado de ciertos productos financieros.....	420
V. CONCLUSIONES.....	421

# **I. NEGOCIO JURÍDICO Y PERSONAS JURÍDICAS**

# **DISTINCIONES CONCEPTUALES Y LA NUEVA JURISPRUDENCIA, EN EL NEGOCIO JURÍDICO Y EL PACTO MARCIANO**

Ángel SERRANO DE NICOLÁS  
*Notario de Barcelona*  
*Prof. Asoc. Dr. Derecho Civil*  
*Universitat Pompeu Fabra*

## **I. PRELIMINAR**

En el estudio que sigue se pretende poner de relieve, a través de jurisprudencia y resoluciones recientes, básicamente de las dos últimas décadas, un conjunto de distinciones conceptuales referidas a los elementos esenciales del negocio jurídico (como son el poder de disposición, la causa y la forma), que ha resaltado o modulado la dicha última jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo (= TS), como de la Dirección General de los Registros y del Notariado o más recientemente Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (= DG, sin más adjetivación, pues todas las resoluciones que se citan proceden de este mismo órgano directivo, por lo que parece innecesaria mayor adjetivación).

Para un mejor encuadre y comprensión de las mismas se clasifican conforme es habitual en la exposición de la teoría general del negocio jurídico, para que encuentren un mejor entendimiento, incluso en la exposición, eso sí limitándome, en esencia, a lo que son elementos esenciales del negocio jurídico [al margen de que sea institución no reconocida, ni regulada expresamente, en los textos positivos españoles, aunque como excepción lo mencione el art. 552-2.a) CCCat, al tratar de la constitución de la comunidad ordinaria]; en consecuencia, comienzo con las facultades dispositivas y la legitimación, contemplando la posibilidad de la autolimitación del poder de disposición (que en nada implica pretender modificar la capacidad jurídica, por otra parte imposible por ser cuestión de orden público); y, como efecto de su insuficiencia o ausencia se considera la anulabilidad frente al supuesto del negocio incompleto, por faltar alguna autorización, asentimiento o complemento de capacidad. Dentro

del negocio jurídico también son trascendentales, en la práctica notarial, desde la que se hace todo el estudio, las cuestiones relativas a la causa, que no puede reducirse, aunque es donde le sea propia, a los negocios patrimoniales traslativos *inter vivos*, sino que deben incluirse también los negocios de Derecho de familia, y justo en estos se trata de la denominada «causa *familiae*», para después considerar en los sucesorios, tanto la última voluntad como las disposiciones *mortis causa*, *post mortem* y *trans mortem*. Se concluye esta parte con la consideración de la forma, al efecto, es creciente el número de autores que consideran ya insuficiente, al menos en su sentido más clásico, la distinción entre *ad probationem* y *ad substantiam* o *ad solemnitatem*, debiéndose incluso ir más allá de los ya conocidos como supuestos de forma obligatoria y forma informativa, y, desde luego, de sus efectos, que no pueden ser ya, y sin más, los previstos por el Código Civil. No puede faltar, y más en un estudio notarial, la necesaria consideración del contenido propio de la escritura pública y de las actas notariales, en las que no pueden contenerse un negocio jurídico, que, por otra parte, no son de libre elección, sino que su contenido viene dispuesto imperativamente por la legislación notarial.

Para acabar, se considera un pacto de creciente estipulación, y reconocimiento legal y jurisprudencial, en los contratos de garantía, como es el pacto marciano, admitido frente al general rechazo del pacto comisorio.

Todo cuanto se estudia se hace al modo de un vademécum —cierto que muy limitado— de cuestiones puntuales o tópicas de la práctica notarial diaria, y con especial hincapié en la última jurisprudencia, sin perjuicio de que, para su mejor comprensión y posible aplicación, también se haga referencia —someramente— al Derecho comparado o a las tesis contrarias a la que se toma como de referencia o más cualificada.

## II. DISTINCIONES DENTRO DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL NEGOCIO JURÍDICO

Se considera, seguidamente, dentro de los elementos esenciales del negocio jurídico, en primer lugar, el poder de disposición —dentro de los contratos traslativos del dominio— y sus consecuencias; para continuar con las distintas modalidades de la causa, singularmente en el orden familiar y sucesorio, y, acabar con la forma, tanto en sus modalidades como en la necesaria distinción de lo que es propio de la escritura pública y del acta notarial. Dejo al margen la capacidad jurídica que —con las últimas reformas contempladas para el Código Civil y el Código Civil de Cataluña— tendrán como principio, y por el mero hecho de serlo, todas las personas naturales o físicas<sup>1</sup>. En concreto, se trata de la Ley 8/2021,

---

<sup>1</sup> Así, al efecto, y con carácter general, la RDG de 25 de febrero de 2021 precisa que «la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (vigente en España desde el 3 de mayo de 2008) [...]. En su importante art. 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igual-

de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; y, para el Ordenamiento jurídico catalán, el Decret Llei 19/2021, de 31 d'agost, pel qual s'adapta el Codi civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació judicial de la capacitat.

## 1. Poder de disposición o facultades dispositivas y legitimación

*El poder de disposición —al igual que la legitimación— no es requisito de validez del contrato (al serlo solo los requisitos del art. 1261 CC, y, en su caso, la forma cuando sea constitutiva) sino de eficacia de la traditio o modo<sup>2</sup>, pues una cosa sería la validez obligacional del contrato de venta sin el consentimiento de todos los comuneros (como resulta de la doctrina jurisprudencial emanada de la STS 827/2012, de 15 de enero, con cita de la anterior 620/2011, de 28 de marzo), y otra distinta la eficacia traslativa,*

---

dad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y obliga a los Estados parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Se quiere con ello respetar su voluntad y sus preferencias. El propio discapaz, como regla general, debe ser el encargado de adoptar sus propias decisiones. [...] En conclusión, el objetivo final de la Convención es garantizar en la mayor medida posible la capacidad de actuar. El ejercicio de los derechos civiles de las personas con discapacidad se limitará solo en la medida en que sea absolutamente necesario. El Tribunal Supremo, sensible a las carencias de nuestra legislación civil y procesal, viene ya interpretando nuestra normativa interna de forma flexible. Por lo pronto, se resalta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación solo es una forma de protección. Se habla del llamado traje a medida, de modo que debe siempre graduarse la incapacitación. Se abandona prácticamente la figura de la incapacitación absoluta y se prima la institución de la curatela, que no suplente la voluntad del sujeto, sino que la refuerza (entre otras muchas, Sentencias 530/2017, de 27 de septiembre, y 282/2009, de 29 de abril)». En el orden doctrinal es de especial interés el artículo de Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, «Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación», *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núms. 83-84, 2011, pp. 124-126, para la consideración del art. 12, en que destaca que se trata de «un modelo de sistema de capacidad basado en el apoyo y la asistencia de una tercera persona en la toma de decisiones», como contemplan —aunque cada norma con la institución (curatela o asistencia) que le ha parecido más adecuada a este fin a cada legislador—, las normas estatal y catalana que se citan *infra*, diciendo, además, tenerse presente como primera interpretación jurisprudencial la STS (Pleno) 581/2021, de 8 de septiembre de 2021.

<sup>2</sup> La cuestión también se plantea incluso en los ordenamientos que no requieren de la *traditio*, como es el italiano; al efecto, Riccardo MAZZARIOL, «La legittimazione a negoziare», en Giovanni PERLINGIERI y Lucia RUGGERI (eds.), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa. Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, 5-8 settembre 2018, Università degli Studi di Camerino*, t. I, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. 479-503, donde trata de los clásicos supuestos de la falta de legitimación en la promesa de venta de un bien en comunidad ordinaria y del mismo defecto de legitimación del vendedor y del promitente enajenante e incumplimiento del propietario, y donde precisa, p. 499, como una «*Parte della dottrina italiana è propensa ad ammettere, pur non senza voci critiche, che l'effetto traslativo possa discendere da un atto di approvazione del proprietario. Si tratta di una ricostruzione influenzata dal diritto tedesco, in cui è stato ideato il concetto generale di Ermächtigung: il § 185 del B.G.B. regola l'atto di disposizione di un diritto altrui e prevede che esso produca effetti per il terzo se segue il consenso del titolare*», parece que en nuestro ordenamiento, aparte los problemas que puedan surgir durante el tiempo intermedio, ningún problema debería haber si ratifica el propietario o si se adjudica al comunero que vendió cuando aún estaba indivisa, unido a que solo puede adquirirse del que es propietario, no en vano la usucapción vendría a suplir esa falta de legitimación en un contrato válido.

pues el poder de disposición es presupuesto de la *traditio*, no de la validez del contrato, aunque sin el modo o *traditio* no surta los efectos traslativos<sup>3</sup>, pero sí obligacionales, y, por tanto, junto a que el otorgante y sus herederos no podrán impugnarlo por nulo, la otra parte contractual o adquirente sí podrá exigir el cumplimiento del contrato aunque obviamente solo por aquello por lo que está legitimado para disponer, que no es obviamente de la totalidad sino solo sus derechos (cuando la propiedad es en comunidad ordinaria o romana), aunque, no obstante, sí podrían resultar ser de la totalidad de la cosa si al extinguirse es al disponente al que se le adjudica la total cosa. Esta es la nueva doctrina jurisprudencial de la STS 474/2019, de 17 de septiembre, justificada por razón del sistema traslativo español, de teoría del título y modo (art. 609 CC y art. 531-1 CCCat), frente a la que resultaba de las SSTS 672/2018, de 29 de noviembre, y 21/2018, de 17 de enero, que sostenían la nulidad de los actos de disposición realizados por uno solo de los partícipes.

Lo antes dicho sería el pronunciamiento que con carácter abstracto puede aplicarse más allá de lo que era su supuesto de hecho, que, en concreto, se trata de la disposición por uno de los cónyuges ya separado legalmente, de *un bien incluido en la comunidad posganancial*, situación que resulta de haberse disuelto los gananciales, art. 1392.3 CC<sup>4</sup>, pero sin

<sup>3</sup> Indica Alessandro CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, 2.ª ed., Torino, Giappichelli, 2006, en su consideración específica de la *traditio*, pp. 44-55, que, para que pudiera considerarse producida la misma, era necesario el cambio del *tradens* al *accipiens*, en alguna de las modalidades idóneas y típicas, que requerían siempre de un comportamiento objetivo de exteriorización, esencia que permanece al día de hoy, aunque en algunas formas de *traditio* sea meramente ficticia, cfr. art. 531-4 CCCat. En nuestra romanística destacan las consideraciones de Álvaro d'ORS, *Derecho Privado Romano*, 7.ª ed., Pamplona, Eunsa, 1989, pp. 221-226, en que precisa que «La *traditio* es un acto causal por excelencia, pues completa siempre un acto anterior que justifica el resultado adquisitivo. [...] Si falta la *iusta causa*, el efecto de la entrega es puramente posesorio y no de adquisición de la propiedad» [y, tras enumerar las «justas causas de adquisición derivativa», concluye que:] «La falta de una *causa adquirendi* de estas hace que la *traditio* resulte inoperante para hacer propietario al accipiente: el *tradens* conserva la reivindicatoria, pues sigue siendo propietario».

<sup>4</sup> Para la fecha de disolución de los gananciales —y, en consecuencia la determinación de los bienes integrantes de los posgananciales, sobre todo cuando ha habido una *separación de hecho prolongada*— resulta de interés la STS 136/2020, de 2 de marzo, al disponer, fundándose en los arts. 95, 1392, 1393 y 1394 CC, que: «De esta regulación conviene resaltar, por lo que aquí interesa, que en caso de divorcio o separación judicial la disolución de la sociedad de gananciales la produce la firmeza de la sentencia como un efecto legal. Si se impugnan los pronunciamientos sobre medidas, el pronunciamiento sobre la separación o divorcio se declara firme (art. 774.5 LEC), lo que permite proceder a la liquidación (art. 1396 CC). // Antes de la presentación de la demanda, en la contestación a la demanda, y durante la tramitación del procedimiento, pueden solicitarse y adoptarse medidas de administración y disposición de los bienes gananciales, así como la obligatoria rendición de cuentas, medidas que pueden prolongarse después como definitivas (arts. 103.4, 104, 91 CC, y 771 a 774 LEC). Pero la ley no anuda como efecto automático del auto de medidas la disolución del régimen de gananciales»; para acto seguido, y con gran relevancia para la *no ganancialidad cuando hay una separación de hecho prolongada*, que: «El art. 1392 CC tampoco establece la retroacción automática de los efectos de la sentencia una vez dictada. // Para la disolución de la sociedad de gananciales por decisión judicial en los casos previstos en el art. 1393 CC (entre los que se encuentra la separación de hecho de más de un año por mutuo acuerdo o por abandono del hogar), los efectos de la disolución se producirán desde la fecha que se acuerde en la resolución judicial (art. 1394 CC). // 2.2. Doctrina de la sala sobre los efectos retroactivos de la disolución de gananciales en caso de divorcio judicial. // Por lo que se refiere a

haberse procedido todavía a la adjudicación de bienes concretos o cuotas indivisas sobre los mismos. Así, cuando se disuelven los gananciales de forma automática la nueva situación es la de posgananciales y, por tanto, de la comunidad germánica (si tal pueden considerarse los gananciales<sup>5</sup>, al efecto STS 55/2018, de 17 de enero) se pasa automáticamente, *ope legis*, a una situación de comunidad indivisa, pero que no recae sobre cada bien sino sobre el patrimonio posganancial<sup>6</sup> y, por tanto, no puede disponerse —como tampoco se podía durante los gananciales— de cuotas indivisas sobre bienes concretos por cada uno de los cónyuges, sino que en los posgananciales al no haber cuotas indivisas sobre bienes concretos lo que hay es una cuota indivisa sobre todo el patrimonio, y será de esta cuota de la que podrá disponerse, pero no de cuotas concretas sobre bienes concretos<sup>7</sup>, de la misma forma que podrían extinguirse los posgananciales adjudicando bienes concretos, lotes o cuotas indivisas, que ahora sí serían ya sobre bienes concretos.

En materia de legitimación<sup>8</sup>, aunque manifiestamente relacionada con el poder de disposición (que no con la capacidad), interesa —por de ahí

---

los casos de divorcio judicial, el punto de partida es, como se ha dicho, que “la sentencia firme [...] producirá [...] la disolución o extinción del régimen económico matrimonial” (art. 95 CC) y que “la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio” (art. 1392.1 CC). // Pero, como recuerdan las Sentencias 297/2019, de 28 de mayo (rechazando que la disolución se produjera en el momento del dictado del auto de medidas provisionales), y 501/2019, de 27 de septiembre (rechazando que la disolución se produjera cuando la esposa se marchó de casa), la jurisprudencia de esta sala ha admitido que cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo no se integran en la comunidad bienes que, conforme a las reglas del régimen económico serían gananciales, en especial cuando se trata de bienes adquiridos con el propio trabajo e industria de cada uno de los cónyuges y sin aportación del otro. // Esta doctrina, como puso de relieve la Sentencia 226/2015, de 6 de mayo, no puede aplicarse de un modo dogmático y absoluto, sino que requiere un análisis de las circunstancias del caso. Es lógico que así sea porque, frente a los preceptos que establecen que la sociedad de gananciales subsiste a pesar de la separación de hecho (arts. 1393.3, 1368 y 1388 CC) solo cabe rechazar la pretensión del cónyuge que reclama derechos sobre los bienes a cuya adquisición no ha contribuido cuando se trate de un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe (art. 7 CC)».

<sup>5</sup> Me he referido a los supuestos de comunidad germánica en Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Comunidades de bienes: Regulación positiva, situaciones dudosas y pactos convencionales», en Víctor Manuel GARRIDO DE PALMA (dir.), *Instituciones de Derecho Privado*, t. III, Reales, vol. 1, 2.ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2017, pp. 687-698, para concluir que en los gananciales más que considerar si es comunidad, sociedad o si es o no germánica, en verdad ante lo que estamos es ante un problema de legitimación de cada uno de los cónyuges respecto de los bienes gananciales, sea para disponer o para obligarlos, como para adquirirlos, siendo un supuesto de patrimonio colectivo, diferenciado del privativo de cada uno.

<sup>6</sup> Así, la RDG de 25 de julio de 2018, existiendo ya posgananciales, admite la posibilidad de la adquisición (al considerar que no es incompatible con su finalidad liquidatoria), en el ejercicio de un derecho de opción (nacido con carácter ganancial), que tiene que ser ya por mitad y proindiviso, pues no puede olvidarse que la sociedad de gananciales ya no existe, al estar disueltos los gananciales conforme al art. 1392.3 CC, y lo es en aplicación de la subrogación real, recordando, además, que en los posgananciales hay una cuota abstracta sobre el *totum ganancial*.

<sup>7</sup> Cabe añadir, igualmente, que al haber ya una situación de comunidad indivisa (aunque sea sobre el *totum* posganancial y no sobre cada cosa), y aplicarse sus reglas, para arrendar por más de seis años se requiere de unanimidad de los condóminos, así la RDG de 9 de enero de 2020.

<sup>8</sup> Para su tratamiento en relación con la capacidad y la facultad de disposición me remito a Ángel SERRANO DE NICOLÁS, *Usufructo con facultad de disposición en el Derecho español*, Barcelona, Universitat de Barcelona, Facultat de Dret, 2005, pp. 258-268 (enlace al texto completo en <https://www.tdx.cat/handle/10803/34342#page=1>).

proceder— la legitimación en sentido procesal<sup>9</sup>, y, así, debe distinguirse la posición activa y pasiva, cuya trascendencia se pone de relieve en dos sentencias recientes, relativas ambas al mercado financiero (cesión de créditos ordinarios vs. créditos hipotecarios y la misma seguridad jurídica), así:

1.º) *Legitimación activa*. Se trata de la sucesión procesal en créditos ordinarios y de la trascendencia de la escritura pública sin necesidad de su inscripción registral; así, en la STS de 20 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1476), el cedente, Banco Santander, S. A., cede —mediante escritura pública— a Inversiones B. y D. (que sucedió procesalmente al cedente) tres créditos que en el momento de la cesión ya eran objeto de reclamación en procedimientos ejecutivos, en cuya tramitación ya se había embargado —y practicado la correspondiente anotación preventiva de embargo— una finca titularidad de dos particulares, D. Julián y D.ª Matilde, y, además, con posterioridad a la cesión de créditos, pero a la par que se tramitaban los procedimientos ejecutivos, se procedió por la TGSS a tramitar un procedimiento administrativo de apremio que, previo embargo de la misma finca, tras subasta se adjudica a terceros (D. Juan y dos sociedades), y, ante esta situación, el cesionario Inversiones B. y D. interpone demanda contra los nuevos propietarios de la finca solicitando se declare que no les es oponible el procedimiento administrativo de apremio y que seguía vigente su embargo y, por tanto, que podía continuar la ejecución debiéndola soportar los nuevos propietarios. Y, frente al criterio de la AP, que niega la legitimación activa a los cesionarios, por constar todavía en el Registro de la Propiedad como titular del crédito el cedente Banco Santander, S. A., aunque se había aprobado la sucesión procesal de los cesionarios, en el TS se da la razón a los cesionarios y demandantes, justificándolo en que *en la cesión de créditos una vez perfeccionada incluye también los derechos accesorios*, entre los que está el embargo, a la vez que recuerda que *en la cesión de créditos ordinarios frente a la cesión de créditos hipotecarios —vid., para la distinción, art. 1526 CC— no se requiere, para su eficacia frente a terceros, la previa inscripción en el Registro de la Propiedad*<sup>10</sup>, por lo que la adjudicación de la finca en el procedimiento

---

<sup>9</sup> Al tema se refirió el conocido procesalista Emilio GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho y proceso*, prólogo de María GÓMEZ MENDOZA, Madrid, Civitas, 2009, pp. 140-147, donde trata expresamente de la disposición sobre el derecho, para precisar que frente al goce a la disposición la caracteriza «su efecto sobre el contenido del derecho mismo [...]. Así, el acto de disposición afectaría al contenido de un derecho, pero de un derecho *distinto*», de ahí que pueda individualizarse, como un derecho real autónomo, la facultad de disposición, al efecto, la RDG de 27 de marzo de 2019 admite la reserva de la facultad de disponer —prohibiéndosele enajenar al donatario mientras vivan los donantes— a favor de terceros pero no de los propios reservantes, pues admitir esto sería lo mismo que admitir la revocabilidad de los contratos, arts. 1256 y 1257 CC; debe añadirse, además, que las más modernas corrientes doctrinales, sobre todo referidas a la propiedad, tienden a resaltar el goce sobre la disposición, que puede estar muy limitada. La RDG de 8 de noviembre de 2019 admite la reserva del usufructo con facultad de disponer, incluso *mortis causa*.

<sup>10</sup> La STS de 29 de junio de 1989, y más recientemente el Auto de la AP de Barcelona, núm. 59/2014, Sección 19.ª, de 25 de marzo de 2014, admiten que el cesionario inste la ejecución aunque no esté inscrita la cesión en el RP, cosa distinta será que sí se tenga que inscribir junto a la del rematante cuando se pretenda inscribir la cesión; no obstante, divergía Francisco JORDANO FRAGA, *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, Granada, Comares, 1998, pp. 303-320, al considerar necesaria la inscripción previa de la cesión, tanto por ser hipotecario, como

de apremio de la TGSS no es oponible a la cesionaria Inversiones B. y D, por lo que los actuales titulares, D. Juan y dos sociedades, deben asumir las cargas previas, o sea el embargo del procedimiento de ejecución y, además, soportar que la finca pueda ser objeto de una nueva ejecución fundada en el embargo previo, y en este procedimiento serían terceros poseedores con la consiguiente limitación de responsabilidad establecida en el art. 613.3 LEC<sup>11</sup>.

2.º) *Legitimación pasiva*. Interesa aquí la STJUE, Sala 3.ª, de 29 de abril de 2021, caso C-504/19, por la que un ciudadano español (persona física española) adquiere mediante contrato del Banco Espíritu Santo, Sucursal en España (= BES), participaciones preferentes de una entidad de crédito islandesa, después BES es sometido a medida de saneamiento,

---

por ser accesoria la hipoteca, unido al silencio que guardaba el art. 149 LH, que entonces literalmente decía: «*Artículo 149*. El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. // El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere por el suyo. // El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente»; si bien tras la reforma operada por el art. 11.3 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, la nueva redacción literalmente dice: «El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o parte de conformidad con lo dispuesto por el art. 1526 CC. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. // El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere por el suyo. // El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente», para otras precisiones me remito a Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «El control preventivo previo por notarios y registradores de la propiedad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios», en Pablo IZQUIERDO BLANCO y Federico ADÁN DOMÉNECH, *Todo ejecución hipotecaria*, Las Rozas, Bosch-Wolters Kluwer, 2018, pp. 81-82.

<sup>11</sup> Literalmente transcrito dice: «1. El embargo concede al acreedor ejecutante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización de los bienes embargados a fin de satisfacer el importe de la deuda que conste en el título, los intereses que procedan y las costas de la ejecución. // 2. Sin estar completamente reintegrado el ejecutante del capital e intereses de su crédito y de todas las costas de la ejecución, no podrán aplicarse las sumas realizadas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente por sentencia dictada en tercera de mejor derecho. // 3. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando los bienes sean de las clases que permiten la anotación preventiva de su embargo, la responsabilidad de los terceros poseedores que hubieran adquirido dichos bienes en otra ejecución, tendrá como límite las cantidades que, para la satisfacción del principal, intereses y costas, aparecieran consignadas en la anotación en la fecha en que aquellos hubieran inscrito su adquisición. // 4. El ejecutante podrá pedir que se mande hacer constar en la anotación preventiva de embargo el aumento de la cantidad prevista en concepto de intereses devengados durante la ejecución y de costas de esta, acreditando que unos y otras han superado la cantidad que, por tales conceptos, constara en la anotación anterior». Además, respecto del art. 613.3 LEC precisa la RDG de 16 de abril de 2008 que «este precepto sí que establece una hipótesis en la que la cantidad que consta en la anotación de embargo opera como límite de responsabilidad del bien trabado; pero en cuanto se formula esa limitación como una excepción a la regla general de los dos números anteriores del art. 613 LEC, en beneficio de un tercero muy concreto, y respecto un momento determinado, viene a confirmarse que para las demás hipótesis la regla es la contraria, esto es, que la cantidad que consta en la anotación de embargo no es límite de responsabilidad del bien trabado, sino que todo él queda afecto por el embargo al íntegro pago del crédito perseguido en el proceso en que se ordena la primera traba, tal como establece la regla señalada, regla que no por casualidad encabeza el propio artículo en que se contiene la excepción que ahora se comenta. // Nótese además que cuando el núm. 3 del art. 613 habla de que la cantidad que consta en la anotación es límite de responsabilidad del bien trabado, lo hace solamente en beneficio de quien hubiera adquirido el bien trabado en otra ejecución (esto es, quedan excluidos los terceros poseedores que adquieren voluntariamente del deudor embargado); y aún frente a este rematante contemplado en el art. 613.3 LEC, se precisa que el límite de responsabilidad será la cantidad que figure en la anotación al tiempo de la inscripción de tal transmisión forzosa».