

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO
INMOBILIARIO



Año XCIX • Marzo - Abril • Núm. 802

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Dedicada, en general, al estudio
del Ordenamiento Civil y Mercantil,
y especialmente al Régimen Hipotecario

Año XCIX • Marzo-Abril 2024 • Núm. 802

REVISTA BIMESTRAL



FECYT-244/2023

Fecha de certificación: 14 de julio de 2016 (5ª convocatoria)
Válido hasta: 28 de julio de 2024

Todos los trabajos son originales.
La Revista no se identifica necesariamente con las
opiniones sostenidas por sus colaboradores.

Dirección de la RCDI: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62
www.revistacritica.es
revista.critica@corpme.es

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España
I.S.S.N.: 0210-0444
I.S.B.N.: 84-500-5636-5
Depósito legal: M. 968-1958
Marca Comunitaria N.º 013296281

Imprime: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14
46010 Valencia

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÓRGANOS RCDI

Presidente

Don Francisco Javier Gómez Gáligo

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Secretario

Don Basilio Aguirre Fernández

Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Comité editorial

Doña María Emilia Adán García

Decana del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Francisco Javier Gómez Gáligo

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Don Basilio Aguirre Fernández

Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Don Celestino Pardo Núñez

Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Don Francisco Marín Castán

Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Consejo científico

Don Fernando Muñoz Cariñanos

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Antonio Pau Pedrón

Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don José Poveda Díaz

Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan Pablo Ruano Borrella

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Juan Sarmiento Ramos

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez

Catedrático de Derecho Civil de la UNED de Madrid

Don Antonio Manuel Morales Moreno

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid

Don Ángel Rojo Fernández-Río

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

Don Fernando Curiel Lorente

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Francisco Javier Gómez Gállego

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Don Juan María Díaz Fraile

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Don Fernando Pedro Méndez González

Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Vicente Domínguez Calatayud

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Eugenio Rodríguez Cepeda

Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan José Pretel Serrano

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Alfonso Candau

Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Luis Fernández del Pozo

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Cándido Paz-Ares Rodríguez

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

Don Gonzalo Aguilera Anegón

Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Basilio Aguirre Fernández

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Doña Carmen Alonso Ledesma

Catedrática Emérita de Derecho Mercantil Universidad Complutense de Madrid

Don Andrés de la Oliva Santos

Catedrático Emérito de Derecho Procesal Universidad Complutense de Madrid

Don Fernando de la Puente Alfaro

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Don Joaquín Delgado Ramos

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Manuel Espejo Lerdo de Tejada

Catedrático de Derecho Civil Universidad de Sevilla

Don Antonio Fernández de Buján

Catedrático de Derecho Civil Romano Universidad Autónoma de Madrid

Doña María Paz García Rubio

Catedrática de Derecho Civil Universidad de Santiago

Don Eugenio Gomeza Eleizalde

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Don Vicente Guilarte Gutiérrez

Catedrático de Derecho Civil Universidad de Valladolid

Don Guillermo Jiménez Sánchez

Catedrático Emérito de Derecho Mercantil Universidad de Sevilla

Don Francisco Marín Castán

Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Doña Cristina Martínez Ruiz

Registradora de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Pantaleón Prieto

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid

Doña María Ángeles Parra Lucán

Magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo Catedrática de Derecho Civil Universidad de Zaragoza

Doña Juana Pulgar Ezquerria

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

Doña Encarnación Roca Trías

Magistrada del Tribunal Constitucional

Don Ignacio Sancho Gargallo

Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Don Ignacio Tirado Martí

Profesor de Derecho Mercantil Universidad Autónoma de Madrid

Don Ángel Valero Fernández-Reyes

Registro de la Propiedad y Mercantil

Doña Fátima Yañez Vivero

Catedrática de Derecho Civil UNED Madrid

Don Manuel Ballesteros Alonso

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Doña Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos

Secretaria General del Consejo de Estado

Doña Piedad García-Escudero Márquez

Catedrática de Derecho Constitucional de la UCM y Letrada de las Cortes Generales

Doña Pilar Palazón Valentín

Registradora de la Propiedad

Don Juan Luis Gimeno Gómez Lafuente

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Dña. María José de la Fuente y de la Calle

Letrada y Ex Presidenta del Tribunal de Cuentas.

Dña. María José García Valdecasas

Abogada del Estado y letrada del Tribunal Constitucional.

Dña. Esther Muñiz Espada

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.

D. Juan José Jurado Jurado

Registrador de la Propiedad y Mercantil.

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS/*STUDIES*

- ALONSO PÉREZ, María Teresa: ¿Es necesario reconocer personalidad jurídica a las comunidades de propietarios organizadas en régimen de propiedad horizontal? / *It is necessary to recognize legal personality of the condominium?* 639
- ECHEVARRÍA DE RADA, María Teresa: La representación en la junta general de las sociedades de capital familiares: Representación voluntaria y representación legal / *Representation at the general meeting of family-owned companies: Voluntary representation and legal representation* 673
- ESTELLÉS PERALTA, Pilar María: Cuestiones actuales sobre la responsabilidad parental por los actos lesivos de los hijos adolescentes o grandes menores / *Current issues regarding parental responsibility for the harmful acts of adolescent children or older minors* 731

ESTUDIO LEGISLATIVO / *LEGISLATIVE STUDY*

- MUÑOZ CATALÁN, Elisa: El bienestar de los animales o *animalium* como bien jurídico protegido: De su consideración como *res* a seres vivos dotados de sensibilidad / *The well-being of animals or animalium as a protected legal good: From their consideration as a res to living beings endowed with sensitivity* 785

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

- TORRUBIA CHALMETA, Blanca: Elementos del contrato de *factoring* / *Elements of the factoring contract* 811

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry: El derecho de corrección a los hijos en el Código civil alemán (BGB) / <i>The right of correction to children in the German Civil Code (BGB)</i>	855
---	-----

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA / RESOLUTIONS OF THE GENERAL DIRECTORATE OF LEGAL SECURITY AND PUBLIC FAITH

Resumen de resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Coordinado por Juan José Jurado Jurado	885
--	-----

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

— La solidaridad familiar y su relación con la indignidad como causa de la desheredación y con la revocación de donaciones por ingratitud / <i>Family solidarity and its relationship with indignity as a cause of disinheritance and with the revocation of donations due to ingratitude</i> , por Elena FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA	955
---	-----

1.2. Derecho de Familia

— La renta vitalicia como instrumento económico de protección para las personas mayores y discapacitadas / <i>Life annuity as an economic instrument of protection for elderly and disabled people</i> , por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT	981
---	-----

1.3. Derechos Reales

— El interdicto de obra nueva y sus diferencias con las acciones para la tutela sumaria de la posesión / <i>The interdict of new buildings and its differences with actions for summary protection of possession (injunctions)</i> , por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	1069
--	------

1.5. Obligaciones y contratos	
— IRPH: dudas y certezas tras la STJUE de 13 de julio de 2023. ¿Existe algún cauce, viable, para conseguir la nulidad de la cláusula que incorpora el IRPH? / <i>IRPH: doubts and certainties after the EUCJ of July 13, 2023. Is there any feasible way to obtain the nullity of the clause that incorporates the IRPH?</i> , por Robert REINHART SCHULLER.....	1085
1.5.1. Derecho de consumo	
— Infracción del ordenamiento privado y la apuesta por otros mecanismos autorregulatorios de protección del consumidor (y del empresario) / <i>Infringement of the private law and reliance on other self-regulatory mechanisms for consumer (and business) protection</i> , por Juan Carlos VELASCO-PERDIGONES	1115
1.6. Responsabilidad civil	
— Consentimiento informado, derecho a la integridad física y psíquica o moral y responsabilidad civil médica / <i>Informed consent, right to physical and mental or moral integrity and medical liability</i> , por Eva R. JORDÁ CAPITÁN	1137
1.7. Concursal	
— La reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria por la Ley 12/2023 y el Real Decreto-ley 6/2023. Tramitación electrónica y requisitos de procedibilidad / <i>The reform of mortgage foreclosure procedure by Law 12/2023 and the Royal Decree-law 6/2023. Electronic processing and procedural requirements</i> , por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS.	1179
2. MERCANTIL. DERECHO DE SOCIEDADES	
— La prescripción de la responsabilidad de administradores derivada de deudas sociales ex. art. 367 LSC en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2023, responsabilidad legal y Derecho Común aplicable ante la laguna mercantil / <i>The prescription of the liability of directors derived from social debts ex. art. 367 LSC in the Supreme Court ruling of October</i>	

	<u>Págs.</u>
<i>31, 2023, legal responsibility and the Common Law applicable to the mercantile loophole</i> , por Francisco REDONDO TRIGO	1203
3. URBANISMO	
— <i>La aprobación por silencio de los proyectos de reparcelación: limitaciones administrativas y registrales / Approval by silence of reparable projects: administrative and registry constraints</i> , por Vicente LASO BAEZA.....	1221
4. DERECHO BANCARIO	
— <i>Apuntes críticos en relación con la reciente interpretación jurisprudencial de los ficheros de información crediticia / Critical notes in relation to the recent jurisprudential interpretation of credit information files</i> , por Alejandro PLÁTERO ALCÓN.....	1233
 ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS	
Información de actividades	1275
 RECENSIÓN BIBLIOGRÁFICA / BIBLIOGRAPHY INFORMATION	
ARGELICH COMELLES, Cristina. <i>Ley por el derecho a la vivienda</i> , Aranzadi, 2023, 2ª edición, por Núria LAMBEA LLOP	1279

ESTUDIOS

¿Es necesario reconocer personalidad jurídica a las comunidades de propietarios organizadas en régimen de propiedad horizontal?¹

It is necessary to recognize legal personality of the condominium?

por

MARÍA TERESA ALONSO PÉREZ

Catedrática de Derecho civil

Universidad de Zaragoza

RESUMEN: En Derecho español, ninguna norma reconoce personalidad jurídica a las comunidades de propietarios constituidas en régimen de propiedad horizontal. Sin embargo, se plantea si tal reconocimiento facilitaría la gestión de este tipo de comunidades y su actuación en el tráfico jurídico. Los supuestos concretos que pueden ser problemáticos han sido regulados específicamente: la actuación de estas comunidades en procedimientos judiciales, las inscripciones de derechos reales a su favor en el Registro de la Propiedad, la celebración de contratos que guardan relación con la comunidad. Sin embargo, esta cuestión se plantea más rotundamente en relación al acceso de estas comunidades a la financiación para la realización de obras de conservación, rehabilitación y mejora de la accesibilidad de los edificios, cuestión que, junto a las anteriormente referidas, es abordada en este trabajo. Se trata, en definitiva, de argumentar y discurrir acerca de si es conveniente o necesario el reconocimiento de personalidad jurídica a favor de las comunidades de propietarios constituidas en régimen de propiedad horizontal.

ABSTRACT: *In Spanish Law, no rule recognizes legal personality to the condominium. However, it is raised whether such recognition would facilitate the management of this type of communities. The specific cases that may be problematic have been specifically regulated: the performance of these communities in judicial*

procedures, registrations in the Property Registry, the execution of contracts that are related to the community. However, this issue arises again in relation to the access of these communities to financing to carry out works of conservation, rehabilitation and improvement of the accessibility of buildings, an issue that, together with those previously referred to, is addressed in this study. In short, it is about arguing and discussing whether it is convenient or necessary to recognize legal personality to communities of owners.

PALABRAS CLAVE: Propiedad horizontal, comunidad de propietarios. Personalidad jurídica. Financiación. Consumidores. Capacidad procesal.

KEYWORDS: *Condominium. Legal entity. Financing. Consumers. Procedural capacity.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO—2. CONJUNTO NORMATIVO DE REFERENCIA.—3. SUPUESTOS EN TORNO A LOS QUE SE PLANTEA LA NECESIDAD DE RECONOCIMIENTO DE PERSONALIDAD JURÍDICA. 3.1. ACTUACIONES PROCESALES DE LA COMUNIDAD. 3.2. PRACTICA DE ASIENTOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD A FAVOR DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. 3.2.1. *Vinculados a las actuaciones procesales de la comunidad.* 3.2.2. *Sin vinculación a ninguna actuación procesal: dación en pago por impago de cuotas y gastos de comunidad.* 3.3. LA LEGITIMACIÓN PARA CELEBRAR CONTRATOS (Y LA CONSIDERACIÓN DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS COMO CONSUMIDORA). 3.3.1. *El reconocimiento de las comunidades de propietarios como consumidoras.* 3.4. LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS DE LA COMUNIDAD FRENTE A TERCEROS: ART 22 LPH. 3.5. EL FONDO DE RESERVA DE LA COMUNIDAD. 3.6. LAS OBRAS DE CONSERVACIÓN, REHABILITACIÓN, ACCESIBILIDAD Y OTRAS DE LOS EDIFICIOS Y EL ACCESO A FUENTES PARA SU FINANCIACIÓN. 3.6.1. *Planteamiento.* 3.6.2. *La regulación de las obras de conservación, reparación, rehabilitación y mejora, así como su financiación en la LPH.* 3.6.3. *La regulación de actuaciones edificatorias y en las obras de transformación urbanística en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (TRLSRU).* 4. REFLEXIONES SOBRE LA CONVENIENCIA DE RECONOCER PERSONALIDAD JURÍDICA A LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS.—5. CONCLUSIONES.—6. DOCUMENTACIÓN.—7. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO²

La posibilidad de reconocer personalidad jurídica a las comunidades de propietarios ya se valoró en la tramitación parlamentaria de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (en adelante, LPH), de modo que el debate que

se aborda en este artículo es de los que podemos denominar clásicos, pero no por ello de menor importancia o relevancia. Y es que no sólo esa renuencia inicial del legislador a efectuar tal reconocimiento se ha mantenido en el tiempo hasta el día de hoy, sino que tal circunstancia contrasta con el hecho de que hay numerosos autores que se manifiestan favorables al mencionado reconocimiento³.

Incide en el debate una significativa jurisprudencia que evidencia la trascendencia práctica de la cuestión, al igual que lo hacen una serie de interesantes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante RDGRN) —hoy denominada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante, DGSJFP)— que han debido abordar esta cuestión para solventar algún problema de articulación de relaciones jurídicas en el seno de comunidades en régimen de propiedad horizontal (en adelante PH).

El análisis de esta jurisprudencia y de las resoluciones de la DGRN/DGSJFP referidas permite precisar con respecto a qué problemas se plantea esta cuestión en la práctica: actuaciones procesales de las comunidades de propietarios, celebración de contratos relacionados con la comunidad (seguridad, conserjería, limpieza, mantenimiento de ascensores etc.), responsabilidad frente a terceros de las deudas contraídas para atender las necesidades del bien que se detenta en comunidad. Más recientemente, las modificaciones operadas en el artículo 9 de Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (en adelante, TRLSRU)⁴ han llevado a plantear la conveniencia de reconocer personalidad jurídica a las comunidades de propietarios para permitirles el acceso a la financiación destinada a favorecer la rehabilitación de los edificios.

Se ha considerado que las dificultades que en la práctica se suscitan en los ámbitos mencionados podrían superarse si se reconociera personalidad jurídica a las comunidades de propietarios constituidas en régimen de propiedad horizontal. Al estudiar esta posibilidad, deben tenerse en cuenta una serie de ideas que, no por su carácter dogmático, son menos relevantes. Así, en el fondo de este planteamiento parece darse una cierta confusión entre los conceptos de sociedad y de comunidad de bienes; también debe revisarse en qué medida dicho reconocimiento de personalidad jurídica afecta al derecho de propiedad de cada comunero, lo cual aparece ligado a la cuestión de si existe un interés general superior de la comunidad y si, por éste, debe quedar relegado a un segundo plano el interés individual de cada copropietario⁵.

En este trabajo voy a analizar si efectivamente es necesario o conveniente reconocer personalidad jurídica a las comunidades de propietarios constituidas en régimen de propiedad horizontal. Adelanto mi postura inicial, que adopto como hipótesis de trabajo, sosteniendo que no es necesario ni conveniente reconocer personalidad jurídica a las comunidades de propietarios. Esta es la idea que sirve

de línea argumentativa al discurso que pretendo desarrollar. Y, precisamente, esa hipótesis es la que justifica mi trabajo en cuanto que el tratamiento doctrinal es bastante uniforme afirmando la conveniencia de que la ley reconozca personalidad jurídica a las comunidades de propietarios constituidas en régimen de PH, siendo necesario un estudio que confirme que la forma de operar del legislador, resistiéndose a dicho reconocimiento, es correcta y que debe mantenerse en el futuro, pese a las más recientes reformas legislativas en la materia en normas del ámbito administrativo.

El discurso argumentativo para llegar a las conclusiones pertinentes es el siguiente: tras exponer el conjunto normativo de referencia (2), pasaré a analizar aquellos supuestos en torno a los que se plantea si es conveniente reconocer personalidad jurídica a estas entidades (3). En este punto me centraré, primeramente, en el estudio de las actuaciones procesales y, vinculada a estas actuaciones, la posibilidad de practicar, a favor de las comunidades, asientos en el Registro de la Propiedad (3.2). Otros aspectos importantes del trabajo son el análisis de cómo se regula la celebración de contratos (3.3), la responsabilidad que puedan tener las comunidades por deudas frente a terceros (3.4) y la naturaleza y finalidad del fondo de reserva (3.5). El análisis de estas dos últimas cuestiones —responsabilidad y fondo de reserva— permite abordar el estudio de la cuestión más controvertida que es la realización de obras en el edificio y su financiación (3.6). Acabaré elaborando unas reflexiones finales sobre la oportunidad de este reconocimiento (4), para sintetizar el estudio en una serie de conclusiones que nos permitirán confirmar o no la hipótesis de partida (5).

2. CONJUNTO NORMATIVO DE REFERENCIA

De manera explícita, en Derecho español, ninguna norma reconoce personalidad jurídica a las comunidades de propietarios organizadas en régimen de propiedad horizontal⁶. La posibilidad de tal reconocimiento ya se debatió, como he dicho, en el trámite parlamentario de la LPH, pero se descartó en base a las siguientes consideraciones:

“Y en cuanto a la propuesta de atribuir personalidad jurídica a las Juntas de Propietarios, pareció un principio demasiado radical. La ley reconoce a los individuos, y no al grupo, el goce y disposición de las cosas, y que el Presidente represente al conjunto de propietarios para ejercitar los derechos o cumplir las obligaciones comunes, no es afirmar la existencia de una persona jurídica; los actos de Presidente, en la esfera de su poder, afectan a todos y cada uno de los propietarios, pero subrayamos que no hay derechos atribuidos a un organismo superior e independiente.”⁷

En efecto, ni el artículo 396 del Código civil, ni ningún precepto de la LPH reconoce abierta y taxativamente que la comunidad de propietarios en régimen de PH tenga personalidad jurídica y, en consecuencia, sea sujeto de derechos y de obligaciones.

No obstante, se intenta ver tal reconocimiento implícitamente en algunas normas, como el artículo 7.2, el 17.3.2, 21 y 22, todos ellos de la LPH. El artículo 7.2 regula la acción de cesación frente a actividades *prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas*; el artículo 17.3.2 LPH contempla el arrendamiento de elementos comunes; por su parte, el artículo 21 de la LPH alude a las posibilidades de actuación frente a la morosidad en el seno de la comunidad de propietarios y el artículo 22 se refiere a la responsabilidad por deudas de la comunidad frente a terceros.

Fuera de la LPH, se ha dado trascendencia en relación a este asunto a lo previsto en el artículo 9. 4 y 5 y artículo 10 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante, TRLS)⁸, en el que se reconoce a las comunidades de propietarios como sujetos activos en actuaciones de transformación urbanística y en las edificatorias.

Pese a todos estos preceptos —a los que se irá haciendo referencia a lo largo del estudio— en los que se ha querido ver que la ley considera o regula ciertos aspectos del funcionamiento de las comunidades en PH como si se tratara de entes con personalidad jurídica, puede afirmarse que normativamente no hay reconocimiento explícito de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios organizadas en régimen de propiedad horizontal.

3. SUPUESTOS EN TORNO A LOS QUE SE PLANTEA LA NECESIDAD DE RECONOCIMIENTO DE PERSONALIDAD JURÍDICA

Para empezar a discurrir, lo más conveniente será delimitar los supuestos prácticos en torno a los que se suele plantear si efectivamente estas comunidades tienen —o deberían tener— personalidad jurídica. Son numerosos los pronunciamientos judiciales y resoluciones de la DGRN que abordan este tema, los cuales, como no puede ser de otro modo, puesto que se basan en el Derecho positivo, niegan tal posibilidad. Tras su análisis, podrá comprobarse que, si bien en muchos casos se alega en beneficio de los intereses de alguno de los litigantes que la ley reconoce personalidad jurídica a las comunidades en régimen de PH, los problemas se acaban solventando de manera adecuada sin necesidad de hacer tal

reconocimiento y afirmando expresamente y de manera rotunda que la ley no lo hace.

3.1. ACTUACIONES PROCESALES DE LA COMUNIDAD

Una de las principales dificultades que suscita la existencia de comunidades de propietarios es la de la litigación por asuntos que guardan relación con la comunidad⁹. Consciente de las incomodidades y problemas que plantea el hecho de que cada copropietario debería ser parte activa o pasiva —según el caso— del proceso, el legislador solventa la cuestión, con alcance general y de manera adecuada, mediante el artículo 13.3 LPH que atribuye al presidente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él. Dicho precepto se pronuncia en los siguientes términos:

El presidente ostentará legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten.

Además, pueden citarse otros preceptos que siguen esta misma directriz: el artículo 6.5 Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) reconoce capacidad para ser parte en el proceso a las entidades sin personalidad jurídica a quien la ley otorgue esta legitimación; el art 7 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) extiende la legitimación para defender sus intereses a las *corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción*.

Con base en este conjunto de normas, puede afirmarse que el presidente puede interponer una demanda por asuntos que guarden relación con la comunidad. Ahora bien, es necesario que su actuación procesal se apoye en un acuerdo de la Junta de Propietarios que le habilite a ello¹⁰ porque la voluntad del conjunto de copropietarios se adopta en dicho órgano que gestiona y dirige la comunidad. Como norma general, el presidente no puede actuar procesalmente *motu proprio*; más bien, al contrario: las actuaciones en que represente procesalmente a la comunidad deben estar refrendadas por un acuerdo adoptado por el órgano gestor de la comunidad —la Junta de Propietarios— por la mayoría que corresponda y que le habilite para intervenir.

Tal consideración queda refrendada por la regulación de un caso concreto en el que la comunidad puede verse obligada a actuar contra algún copropietario que esté llevando a cabo actividades dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas y que está regulado en el artículo 7.2 LPH. Dicho precepto dispone que, si bien el requerimiento de paralización de dichas actividades puede efectuarlo el presidente por su propia iniciativa, para entablar las correspondien-

tes actuaciones judiciales, precisa de autorización de la Junta de Propietarios, la cual, además, debe acompañar la demanda de cesación obligatoriamente.

La regulación de este supuesto es bastante significativa en la medida en que el presidente es siempre un copropietario —art 13.2 LPH— y, en consecuencia, podría, en cuanto tal y del mismo modo que el resto de copropietarios, actuar procesalmente en beneficio de los intereses de la comunidad sin necesidad de contar con el refrendo previo de un acuerdo adoptado por el órgano gestor. Esta posibilidad de actuar por parte de los copropietarios individualmente en defensa de los intereses comunes la han reconocido los tribunales tanto si se actúa frente a sujetos ajenos a la comunidad como si se actúa frente a otros copropietarios. Este principio rige para cualquier comunidad de bienes¹¹, incluida la que se organiza en régimen de propiedad horizontal, como puede comprobarse en la STS (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 46/1995 de 31 enero (RJ 1995\292) o en la SAP Zaragoza (Sección 4ª) Sentencia núm. 403/2004 de 30 junio (JUR 2004\203058).

También debe entenderse que el artículo 13.3 LPH legitima pasivamente al presidente cuando se interponen acciones que se dirigen contra el conjunto de copropietarios. Esta cuestión es analizada en la STC de 19 de octubre de 1989 (173/1989) (recurso de amparo nº 1326/1987)¹² en la que se afirma que una acción dirigida contra el presidente de la comunidad no supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del conjunto de copropietarios recogido en el artículo 24 de la Constitución española.

Estrechamente relacionado con las posibilidades de actuación procesal de la comunidad de propietarios, se encuentra el artículo 21 LPH referido a las posibilidades de actuación de la comunidad ante los impagos de los copropietarios por gastos comunes. En este precepto se puede intentar ver implícitamente un supuesto de reconocimiento normativo de personalidad jurídica a la comunidad de propietarios. Sin embargo, la literalidad del precepto reconoce explícitamente a la “Junta de Propietarios” legitimación para adoptar medidas contra la morosidad, estableciendo que el secretario administrador profesional podrá exigir judicialmente la obligación de pago a través del proceso monitorio, siempre y cuando *así lo acordaré la junta de propietarios*. No puede derivarse de dicho precepto un reconocimiento implícito de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios sino, más bien, todo lo contrario.

Por lo dicho hasta aquí, puede advertirse que no es necesario el reconocimiento de personalidad jurídica para solventar los problemas procesales que puede suscitar la litigación de una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal porque la ley ha resuelto esta dificultad permitiendo al presidente intervenir procesalmente, tanto activa como pasivamente, en su calidad de representante de la comunidad y siempre y cuando esté habilitado por la Junta de Propietarios para cada caso concreto y con la mayoría pertinente, o como

copropietario sin necesidad de habilitación y en la misma medida que puedan hacerlo el resto de comuneros¹³.

3.2. PRACTICA DE ASIENTOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD A FAVOR DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS

3.2.1. Vinculados a las actuaciones procesales de la comunidad

3.2.1.1. Anotaciones preventivas de demanda y de embargo

En el curso de los procedimientos judiciales en que las comunidades de propietarios pueden verse inmersas, en ocasiones puede requerirse la práctica a su favor de *anotaciones preventivas de demanda y de embargo*. En pura dogmática, como la comunidad de bienes no tiene reconocida personalidad jurídica, no puede ser titular de derechos y deberes y, en consecuencia, ningún asiento debería poder practicarse a su favor en el Registro de la Propiedad. Este inconveniente ha sido resuelto por el artículo 9.e) de la Ley Hipotecaria (en adelante LH) en los siguientes términos¹⁴:

También podrán practicarse anotaciones preventivas de demanda y embargo a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal.

Este precepto ofrece un instrumento complementario a la capacidad y legitimación procesal, pero, como afirma la RDGRN de 12 de febrero de 2016, no implica que se les otorgue personalidad jurídica. Es más, puede decirse que dicho precepto precisamente confirmaría que no se les reconoce tal personalidad jurídica porque, si la tuvieran reconocida, sería superfluo y no hubiera sido necesario incorporarlo a la Ley Hipotecaria por Ley 13/2015, de 24 de junio.

3.2.1.2. Inscripción del derecho de propiedad

Yendo más lejos, cabe indicar que la necesidad de practicar asientos a favor de las comunidades de propietarios se manifiesta también en relación a la inscripción a su favor de titularidades de derechos reales, concretamente del derecho de propiedad. En este sentido, la necesidad de practicar alguna inscripción a su favor puede venir dada como consecuencia de una ejecución en el marco de un procedimiento judicial, en cuyo caso, la posibilidad de practicar una inscripción de propiedad a favor de una comunidad de propietarios está vinculada —al igual que las anotaciones preventivas de embargo y de demanda— a su posibilidad de actuación procesal. En efecto, parece lógico que, si se ha permitido anotar preventivamente una demanda o un embargo a favor de la comunidad y ésta gana el pleito, se le puedan adjudicar en propiedad los bienes inmuebles que han sido

objeto de dichos asientos y, en consecuencia, que su titularidad pueda inscribirse a su favor en el Registro de la Propiedad.

Al hilo de esta cuestión, puede citarse la RDGRN de 12 de febrero de 2016¹⁵, que trae causa del recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad a practicar la inscripción de un decreto de adjudicación de la propiedad de un inmueble a favor de una comunidad de propietarios. En esta resolución y aunque por razones de temporalidad no era de aplicación al caso el artículo 9 e) de la Ley Hipotecaria —que se incorporó por Ley 13/2015, de 24 de junio—, la DGRN entiende, desautorizando a la registradora —que denegó la práctica del asiento— que debe practicarse la inscripción argumentando que, en ocasiones anteriores, se habían permitido dichas inscripciones con carácter excepcional y transitorio, de mero puente en *favor de colectividades imperfectamente identificadas en su composición, pero plenamente articuladas para su funcionamiento y sin que por ello se resintieran los principios básicos de nuestro sistema registral, como fue el caso de inscripción de una adjudicación a favor de una comisión de acreedores de una entidad suspensa (Resolución 28 de enero de 1987) y la anotación de un convenio de ejecución de sentencia a favor de la masa de una quiebra (Resolución 30 de enero de 2003)*.

Esta doctrina de la DGRN/DGSJFP se ha completado posteriormente en el sentido de que este tipo de inscripciones, derivadas de adjudicaciones de la propiedad de un inmueble a favor de las comunidades de propietarios en régimen de PH, no sólo son factibles cuando la deuda se deriva del impago de las cuotas de comunidad por un copropietario, sino que puede darse cuando se trate de un crédito a favor de la comunidad por cualquier otro concepto. No es, por tanto, necesario que el deudor sea copropietario, siendo esencial, sin embargo, que se trate de una adjudicación judicial derivada de la reclamación de una deuda de la que es acreedora la comunidad¹⁶.

Se sigue matizando esta línea de interpretación en el sentido de que no es necesario que los bienes objeto de la adjudicación sean parte integrante del edificio cuya comunidad reclamaba el pago de la deuda en cuestión. En la RDGRN número 9721/2017, de 26 julio 2017, se analiza un caso en el que, después de haber recaído sentencia en un procedimiento ordinario, se insta la correspondiente ejecución trabándose embargo sobre determinados bienes del deudor y se adjudican a la ejecutante, que era una comunidad de propietarios en régimen de PH, tres fincas registrales, las cuales no se ubicaban en el edificio cuya comunidad instó el procedimiento. Se había efectuado anotación preventiva de embargo sobre las fincas (una finca rústica y una cuota de un local destinado a garaje), pero el registrador deniega la práctica de la inscripción de la titularidad de dichas fincas a favor de la comunidad de propietarios porque carece de personalidad jurídica y no es susceptible de ser titular de derechos. En esta Resolución de 26 de julio

de 2017, la DGRN, rectificando la decisión del registrador, consideró que, si no se permite dicha inscripción, *se estaría afirmando la existencia de una restricción a la legitimación activa de la comunidad de propietarios que no resulta de precepto alguno.*

Por lo tanto, se permite la inscripción *sin variar el hecho de que el régimen en propiedad horizontal carece de personalidad jurídica ni la afirmación de que la inscripción practicada a su favor haya de considerarse una excepción*, en palabras de la propia Resolución.

Por último, debe reseñarse que en esta RDGRN de 26 de julio de 2017, al igual que en las RRDGRN de 12 de febrero de 2016 y de 16 de enero de 2017, se reconoce la posibilidad de practicar esta inscripción sólo con carácter transitorio y de manera excepcional, es decir, la inscripción a favor de la comunidad de propietarios *debe reputarse como una situación de tránsito a su posterior transmisión, a su atribución a los copropietarios en proporción a sus cuotas o a su conversión en elemento común.*

Recapitulando lo dicho en este epígrafe, puede afirmarse que, del conjunto de las RRDGRN/RRDSJFP referidas, cabe derivar que las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal carecen de personalidad jurídica, lo que determina que no puedan ser titulares de derechos, tampoco del derecho de propiedad sobre un bien, de modo que, en principio, no podría inscribirse a su favor dicha titularidad en el Registro de la Propiedad.

Pese a esa regla general y como extensión de la posibilidad de actuación procesal que se reconoce a las comunidades de propietarios en régimen de PH, se admiten las anotaciones preventivas de demanda y embargo (artículo 9.e) LH). Excepcionalmente, también se admite la inscripción del derecho de propiedad cuando igualmente es una extensión de la legitimación procesal que la ley otorga a estas comunidades de propietarios; se entiende que negar tal posibilidad supondría una restricción de su capacidad procesal que no está amparada legalmente. La inscripción del derecho de propiedad que pueda resultar a favor de la comunidad como consecuencia de procedimientos judiciales en que ha sido parte se concibe como un estadio excepcional y transitorio hacia la situación registral definitiva que debe traducirse en la atribución por cuotas a los copropietarios o en su conversión en elemento común, según el caso.

Lo antedicho tiene pleno sentido porque, cuando a la “comunidad” se le atribuye, como consecuencia de un procedimiento judicial del que ha sido parte, la titularidad de un derecho de propiedad, el uso del término “comunidad” no hace referencia a un ente abstracto al que se le atribuye personalidad jurídica, como ocurre con las personas jurídicas. Cuando se utiliza ese término, se está aludiendo precisamente a la “comunidad” en sentido técnico-jurídico propio y nada más; se está, en definitiva, respetando su naturaleza. Esto implica que aquello que se

atribuye a la comunidad, se está otorgando a todos y cada uno de sus miembros en el porcentaje señalado en el negocio jurídico en cuestión y, en su defecto, en proporción a la cuota de participación que en la comunidad detente cada comunero. Por ello, la inscripción del derecho de propiedad a favor de la “comunidad” sólo puede ser transitoria, hasta que se complete el negocio jurídico indicando qué porcentaje del bien corresponde a cada copropietario.

3.2.2. *Sin vinculación a ninguna actuación procesal: dación en pago por impago de cuotas y gastos de comunidad*

Ahora bien, la necesidad de practicar la inscripción de la titularidad de un derecho en el Registro de la Propiedad a favor de una comunidad de propietarios se ha planteado también al margen de la posibilidad de actuación procesal que el Ordenamiento les reconoce. Concretamente, se suscita a raíz de un contrato de dación en pago por el que un copropietario salda su deuda con la comunidad transmitiéndole la titularidad del derecho de propiedad sobre un bien inmueble. Este supuesto ha sido analizado, entre otras, por la RDGSJFP 9675\2021, de 27 mayo¹⁷, que confirmó la calificación del registrador denegando la inscripción del derecho de propiedad sobre el bien a favor de la comunidad de propietarios.

En esta misma línea se pronuncia la Sentencia número 291/2020, de 5 de noviembre de 2.020, de la Audiencia Provincial —Sección 2— de León, que se apoya en la doctrina de la DGRN/DGSJFP para denegar la inscripción a favor de una comunidad de propietarios de la propiedad de unas fincas que le habían sido otorgadas a través de una dación en pago *pro soluto* de deudas que la Sociedad que las transmite tenía por cuotas ordinarias, extraordinarias y gastos de comunidad impagados.

Según lo dicho, la inscripción a favor de dicha comunidad del derecho de propiedad sobre un bien inmueble derivado de un contrato no puede practicarse precisamente porque carece de personalidad jurídica. Siendo éste, por lo tanto, uno de los supuestos problemáticos, en torno al cual debe estudiarse si el Derecho vigente proporciona alguna solución adecuada; en caso de que no sea así, cabe plantear si el reconocimiento de personalidad jurídica a la comunidad sería la mejor forma de solventar tal problema.

Si se obstaculiza el que la comunidad pueda hacer constar a su favor en el Registro la propiedad de un inmueble que le ceden para saldar una serie de deudas de las que es acreedora, puede traerse a colación la reflexión contenida en la RDGRN núm. 9721/2017, de 26 julio 2017, conforme a la cual se estaría restringiendo el principio de responsabilidad patrimonial del deudor cuando el acreedor es una comunidad de propietarios. No obstante, dicha Resolución rea-

liza tal afirmación para aludir a la inscripción de un derecho de propiedad sobre un inmueble que había sido adjudicado en un procedimiento de reclamación de deuda, es decir, en un supuesto que estaba vinculado al ejercicio de la capacidad procesal que a estas comunidades reconoce el Ordenamiento (art. 13.3 LPH, art 6.5 LEC y art 7 LOPJ).

Sin embargo, aunque dicha afirmación parece plena de sentido, el principio de responsabilidad patrimonial universal no debe predicarse de la comunidad que es, en este caso, la acreedora. Dicho principio, recogido en el artículo 1911 del Código civil, debe predicarse del deudor. Evidentemente, la comunidad — acreedora— va a poder cobrar si el deudor tiene patrimonio suficiente al estar éste sometido al principio de responsabilidad patrimonial universal. El hecho de que se entienda que no puede inscribirse el derecho de propiedad sobre un inmueble que se transmite en pago de una deuda en favor de la comunidad, no supone una vulneración o restricción del principio de responsabilidad patrimonial universal porque ese derecho de propiedad corresponde a la “comunidad” en el plano sustantivo o material, al margen de los problemas que se planteen con la inscripción registral del mismo, la cual, dicho sea de paso, no tiene por qué determinar sustantivamente a quién corresponde la titularidad de un derecho.

Ahora bien, el cobro de las deudas por la comunidad debe producirse por los cauces jurídicamente previstos y adecuados. En este punto, conviene leer con detenimiento el artículo 21 LPH que regula la posibilidad de actuación de la comunidad frente a la morosidad; este artículo está pensando en que las deudas de las que la comunidad es acreedora se van a satisfacer con “cantidades”, es decir, con dinero; de ese modo, todo es más sencillo desde el punto de vista de la articulación jurídica de la relación de pago.

Pese a las referencias que la norma hace a cantidades de dinero, entiendo que nada debe impedir que las deudas se salden transmitiendo a la comunidad derechos de propiedad sobre inmuebles. Cuando la comunidad pretenda inscribir en el Registro la propiedad del inmueble que le ceden en pago, debe hacerse correctamente. Esto es: dicha titularidad debe estar distribuida entre los copropietarios en proporción a su participación en los elementos comunes. El problema es que, si en la escritura pública no aparece tal distribución, no puede procederse a su inscripción, salvo que pudiera extraerse la información de otros asientos del Registro. En cualquier caso, no parece necesario para inscribir la propiedad del inmueble en el Registro “generar” un nuevo sujeto de derechos otorgando personalidad jurídica a la comunidad. De ahí que las RRDGRN que permitían la inscripción del derecho de propiedad a favor de la comunidad lo toleren transitoriamente, esto es, hasta que la distribución en cuotas de participación en los elementos comunes se plasme en la propia escritura.

En definitiva, nada obsta a que la comunidad, a través de su presidente, pueda adquirir por contrato un inmueble que pase a pertenecer a la comunidad. Pero esto no significa que ésta sea sujeto de derechos y obligaciones, sino que lo que ocurre es que la propiedad del inmueble cedido pertenece a la “comunidad”, es decir, la titularidad sobre el bien está distribuida por cuotas entre los copropietarios y si, en la escritura pública en que se procede a la cesión, no se hace constar esta distribución por cuotas, no puede inscribirse, salvo que, como digo, pueda completarse la información derivándola de otros asientos del registro como es la inmatriculación de la finca en régimen de propiedad horizontal.

Esta solución que se sugiere entiendo que no es complicada si el inmueble que se cede a la comunidad forma parte del edificio en régimen de propiedad horizontal, en cuyo caso se puede inscribir, sin necesidad de ninguna otra operación o negocio jurídico, como elemento común de la finca, debiendo aparecer en la escritura pública la conversión de elemento privativo en elemento común.

Cuando el inmueble cuya propiedad se transmite a la copropiedad no está integrado en el edificio, el supuesto plantea mayor dificultad. La inscripción de dicho inmueble debe efectuarse como una nueva comunidad de la que forman parte los copropietarios del edificio en torno al que se generó la deuda. Y esto plantea el problema de que, cuando la comunidad quiera enajenar el inmueble adquirido para incorporar su valor económico al fondo de reserva, puede haber algún comunero disidente que dé al traste con la operación. Por ello sería conveniente que, en la escritura pública del contrato a través del cual la comunidad adquiere el inmueble, se haga constar, la distribución en cuotas para que pueda procederse a su inscripción sin dificultad. Por otro lado, sería conveniente que, en el mismo acuerdo de la Junta de Propietarios en que se contiene la autorización para que el presidente firme el contrato, constara, además de la distribución en cuotas ya mencionada, el acuerdo que habilite al presidente a vender el inmueble, de manera que la enajenación se pueda efectuar e ingresar la cantidad obtenida en el fondo de reserva de la comunidad. Esta autorización anticipada de la venta y la decisión sobre la incorporación del activo líquido en el fondo de reserva evitaría votos disidentes a la operación una vez iniciada.

Por ello, considero que tampoco para la adquisición por dación en pago de inmuebles a favor de la comunidad es necesario atribuirles personalidad jurídica. Para superar lo que puede verse como una dificultad de la gestión de la comunidad de propietarios, el Ordenamiento ofrece la posibilidad de superar tal dificultad: en el acuerdo de la Junta de Propietarios que autoriza la operación, debe reflejarse la distribución en cuotas del inmueble que, después, aparecerá en la escritura pública en que se documente el contrato de adquisición del inmueble por la comunidad; de este modo no hay obstáculo a la inscripción registral a favor de la comunidad. Además, en dicho acuerdo de la Junta de propietarios debería

autorizarse, en su caso, la venta del inmueble por parte del presidente y el ingreso del montante obtenido en el fondo de reserva de la comunidad.

3.3. LA LEGITIMACIÓN PARA CELEBRAR CONTRATOS (Y LA CONSIDERACIÓN DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS COMO CONSUMIDORA)

Otra cuestión en torno a la que suele plantearse la necesidad de reconocer personalidad jurídica a la comunidad de propietarios en régimen de PH es la relativa a la celebración de contratos que guarden relación con los intereses de la comunidad. Y es que la gestión de la comunidad requiere que constantemente se estén celebrando contratos que afectan a los intereses comunes, como contratos de mantenimiento de ascensores, de limpieza, de conserjería, de vigilancia, entre otros. La cuestión que debe analizarse es si su concertación, ejecución y extinción sería más ágil o plantearía menos problemas jurídicos si se reconociera personalidad jurídica a la comunidad de propietarios.

En base a la normativa vigente, los contratos que se conciertan para atender las necesidades de la comunidad de propietarios no los celebra ésta en sentido estricto porque no tiene capacidad jurídica y no puede ser sujeto de derechos ni de obligaciones; lo que ocurre jurídicamente hablando es que, cuando se contrata, por ejemplo, un servicio de limpieza, lo conciertan todos y cada uno de los copropietarios, representados por su presidente que dispone de la habilitación para celebrar ese contrato como consecuencia del acuerdo correspondiente adoptado por la Junta de Propietarios. Para no entorpecer la gestión de la comunidad no es necesario que todos los copropietarios consientan unánimemente cada decisión relativa a un contrato que debe concertarse, sino que la LPH establece diferentes mayorías, más o menos exigentes en función de la trascendencia de la materia sobre la que verse el contrato, de modo que, cuando un acuerdo es adoptado válidamente, obliga a todos los copropietarios en la medida en que establezca la ley.

Este régimen protege los intereses de los copropietarios de cada uno de los lotes de copropiedad cuando se celebra un contrato que afecta a la comunidad. Si en el curso de la ejecución del contrato hay algún inconveniente u obstáculo, debe ser también la Junta de Propietarios la que adopte los acuerdos que permitirán al presidente llevar a cabo las actuaciones pertinentes, incluida la extinción del contrato si es que dichas eventualidades no están ya previstas en el primer acuerdo.

Si analizamos el artículo 17 de la LPH donde se regulan las mayorías por las que deben adoptarse los distintos acuerdos sobre asuntos que competen a la comunidad, puede apreciarse que todos van a desembocar en la concertación de contratos. De este modo y según el párrafo 1, para la instalación de infraes-

estructuras comunes para el acceso a los servicios de telecomunicación, energías renovables, o bien de las infraestructuras necesarias para acceder a nuevos suministros energéticos colectivos, será necesario realizar los contratos que permitan la instalación y, obviamente, el acuerdo al que se refiere el art 17.1 LPH es la habilitación para su celebración por el presidente en los términos en que se le autorice (puede marcarse un presupuesto, o la necesidad de solicitar unos cuantos presupuestos y otorgarlo al más barato etc., o puede marcarse un plazo para la realización de la instalación, entre otros condicionantes).

Lo mismo cabe afirmar en relación al supuesto recogido en el apartado 2 del artículo 17, referido a la realización de obras para supresión de barreras arquitectónicas, la instalación de ascensor o la realización de obras de eficiencia energética. En el párrafo 3 se alude al establecimiento o supresión de servicios de interés general de la comunidad (portería, vigilancia).

De especial interés en este sentido es la posibilidad de celebrar contratos de arrendamiento de partes del edificio que quepa calificar de elementos comunes (art 17.3.2 LPH) para el que se requiere *el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación*.

Entiendo, por lo dicho, que la posibilidad de celebrar contratos relativos a la comunidad de propietarios no requiere que se le reconozca personalidad jurídica porque, sin tenerla reconocida, dichos contratos se celebran ordinariamente. Ese reconocimiento no implicaría un gran cambio en la operatividad de la comunidad porque, en tal caso, habría que ver cómo se conformaba la voluntad de la comunidad en orden a la celebración del contrato, siendo necesarios también los acuerdos adoptados por la Junta de Propietarios para que los contratos se pudieran concertar válidamente; aunque se reconociera personalidad jurídica a la comunidad, su presidente no tendría capacidad de decisión, sino que la voluntad de la comunidad debería conformarse en el órgano correspondiente que habilitaría al presidente. Es cierto que podría generarse un órgano gestor más reducido que la Junta de Propietarios y las decisiones serían tomadas por un número menor de copropietarios, pero, como explicaré más adelante, tal posibilidad reduce la capacidad de decisión de cada copropietario limitando así el conjunto de facultades que integran el contenido del derecho de propiedad sobre cada lote.

Teniendo en cuenta el *statu quo* normativo actual, la celebración de cualquier contrato que tome en consideración los intereses de la comunidad requiere un acuerdo favorable de la Junta de Propietarios por la mayoría correspondiente.

Y entiendo que nada aporta a la gestión, operatividad e intereses de la comunidad o de sus copropietarios el reconocimiento de personalidad jurídica. Idea que desarrollaré más adelante (cfr. epígrafe 4).

3.3.1. El reconocimiento de las comunidades de propietarios como consumidores

Otra de las cuestiones problemáticas que se ha relacionado con la falta de personalidad jurídica de estas comunidades es que ha dificultado la catalogación de los contratos que celebran para atender sus necesidades como contratos de consumo¹⁸, lo que supondría un inconveniente para que las mismas se prevalieran de los derechos que el Ordenamiento jurídico reconoce a los consumidores, siendo que, en realidad, sus integrantes normalmente usan sus lotes de copropiedad como viviendas y, por tanto, en un ámbito ajeno a su actividad profesional, comercial o empresarial. Sin embargo, no parece que el que las comunidades de propietarios puedan acogerse a los derechos tuitivos de los consumidores dependa en modo alguno de que se les otorgue personalidad jurídica.

Menos aun cuando la ley actualmente les reconoce la cualidad de consumidores. Concretamente, la Ley 3/2014, de 27 de marzo¹⁹, modifica el Real Decreto legislativo 1/2007 (en adelante, TRLGDCU) introduciendo un segundo precepto en el artículo 3 TRLGDCU conforme al cual:

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Se incluyen, por tanto, los contratos que celebran las comunidades de propietarios dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto legislativo 1/2007 y empiezan a ser consideradas en el tráfico como consumidores tal y como confirma la STS de 13 de abril de 2021²⁰. Pero conviene señalar que, antes de dicha modificación normativa, ya existía una línea de doctrina del Tribunal Supremo que consideraba a estas comunidades como consumidores a algunos efectos y pueden citarse sentencias que aplicaban la regulación de las cláusulas abusivas a contratos de mantenimiento de ascensores de comunidades de propietarios, como la cláusula que fija una duración excesiva de estos contratos (STS número 469/2019, de 17 septiembre), o las que establecían una pena convencional para el ejercicio unilateral de desistimiento del contrato de servicios (STS número 152/2014, de 11 de marzo).

Es muy relevante también en este orden de cosas la STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-329/19 (Condominio di Milano) en la que se reconoce la posibilidad de aplicar la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas a sectores no incluidos en su ámbito de aplicación siempre y cuando tal interpretación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales garantice un nivel de protección más elevado a los consumidores y no contravenga las disposiciones de los Tratados. En particular, dicha sentencia resolvió una cuestión prejudicial planteada en un litigio en el que se pretendía la aplicación de la mencionada Directiva a una comunidad de propietarios.

Como puede comprobarse, la aplicación de las normas tuitivas de los consumidores a las comunidades de propietarios ha sido resuelta por el legislador si bien, antes de dicha reforma, los Tribunales ya habían aplicado normas sobre cláusulas abusivas a los contratos de servicios celebrados para atender las necesidades de las comunidades.

Ninguna de las sentencias referidas establece conexión alguna entre la aplicabilidad de las normas sobre consumidores a las comunidades en régimen de propiedad horizontal y la necesidad de reconocerles personalidad jurídica, de modo que tal reconocimiento no es menester para protegerlas como consumidores.

3.4. LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS DE LA COMUNIDAD FRENTE A TERCEROS: ART 22 LPH

El artículo 22 de la LPH regula cómo debe afrontarse el pago a terceros de las deudas generadas por la comunidad en los siguientes términos:

1. La comunidad de propietarios responderá de sus deudas frente a terceros con todos los fondos y créditos a su favor. Subsidiariamente y previo requerimiento de pago al propietario respectivo, el acreedor podrá dirigirse contra cada propietario que hubiese sido parte en el correspondiente proceso por la cuota que le corresponda en el importe insatisfecho.

2. Cualquier propietario podrá oponerse a la ejecución si acredita que se encuentra al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad en el momento de formularse el requerimiento a que se refiere el apartado anterior.

Si el deudor pagase en el acto de requerimiento, serán de su cargo las costas causadas hasta ese momento en la parte proporcional que le corresponda.

Se podría entender que este régimen de responsabilidad supone un reconocimiento de la comunidad como un sujeto de derechos y obligaciones porque el precepto dice literalmente que ésta responde con todos los fondos y créditos a su favor, lo que en principio parecería dar por sentado que la misma es titular de un patrimonio separado, el cual podría asumir deudas; de existir tal patrimonio podría decirse que la comunidad, efectivamente, está operando como si tuviera personalidad jurídica. Sin embargo, una cosa es que la comunidad esté regulada jurídicamente de modo que su funcionamiento se asimile al de un sujeto con personalidad jurídica y otra cosa es que la tenga.

Si se analiza este precepto conjuntamente con el artículo 9.1.f) donde se regula el *fondo de reserva*, se percibe claramente cómo el legislador ha conseguido superar una de las principales dificultades de gestión y actuación jurídica que pueden darse en el seno de una Propiedad Horizontal, como es la de la responsabilidad por deudas frente a terceros, sin atribuirle personalidad jurídica. En efec-

to, normalmente el reconocimiento de capacidad jurídica a un ente que no sea persona física se justifica en atención a su posible responsabilidad frente a una serie de deudas y a la necesidad de disponer de un patrimonio separado del de las personas físicas que lo integran para atender dichas obligaciones. En este caso, cuando el precepto alude a que las deudas de la comunidad frente a terceros se atenderán con todos los fondos y créditos a su favor, está haciendo referencia al *fondo de reserva* que aparece regulado en el artículo 9.1.f) LPH y que se asimila a un patrimonio, aunque no separado de la comunidad, sino integrado en ella.

3.5. EL FONDO DE RESERVA DE LA COMUNIDAD

El fondo de reserva está regulado en el artículo 9.1.f) LPH que establece la obligación para cada copropietario de ayudar a conformarlo en proporción a su cuota de participación en los elementos comunes. Como digo, este precepto, junto al régimen de responsabilidad establecido en el artículo 22 LPH, se alega a favor del reconocimiento de personalidad jurídica a las comunidades en régimen de PH.

El precepto, en este punto, mantiene la misma redacción desde que se incorporó a la LPH a través del artículo 5 de la Ley 8/1999, de 6 de abril y hasta la actualidad: *El fondo de reserva, cuya titularidad corresponde a todos los efectos a la comunidad.* Esta mención a la titularidad de la comunidad no implica un reconocimiento de la misma como sujeto de derechos, sino que, precisamente, se está constatando la realidad jurídica de la propia comunidad de bienes: el que la titularidad del fondo corresponda a la “comunidad” no significa que la misma tenga personalidad jurídica y constituya un ente abstracto distinto de los miembros que la conforman, sino que el uso de ese término expresa que cada copropietario es titular de dicho fondo de manera proporcional a su cuota de participación en los elementos comunes. ¿De qué otro modo va a referirse la ley a la realidad que es la comunidad de bienes, sino aludiendo explícitamente a la “comunidad”? Se trata de fondos detentados en comunidad, al igual que el edificio, pero esto no implica reconocimiento de personalidad jurídica. Del mismo modo que cuando se regula responsabilidad de la comunidad de gananciales se imputan deudas a la “sociedad de gananciales” —vid. art 1362 Ccivil— y no se plantea, aun existiendo un patrimonio separado, que la misma tenga personalidad jurídica.

Y dicho fondo de reserva puede servir para hacer frente a las deudas generadas en la comunidad sin que su existencia implique que se le atribuya personalidad jurídica.

Puede apreciarse claramente, por lo expuesto, cómo el legislador ha regulado el funcionamiento de la responsabilidad por deudas frente a terceros como si la PH fuera un ente con personalidad jurídica, pero sin atribuírsela.

3.6. LAS OBRAS DE CONSERVACIÓN, REHABILITACIÓN, ACCESIBILIDAD Y OTRAS DE LOS EDIFICIOS Y AL ACCESO A FUENTES PARA SU FINANCIACIÓN

3.6.1. Planteamiento

Al margen de la LPH y en orden al reconocimiento de personalidad jurídica a este tipo de comunidades, se ha dado trascendencia a lo previsto en el artículo 9. 4 y 5 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante, TRLSRU)²¹. En dicho precepto se reconoce a las comunidades de propietarios como sujetos activos en actuaciones de transformación urbanística y en las edificatorias, reconociéndoles capacidad para actuar en el mercado inmobiliario con el objetivo de conservar, rehabilitar y mejorar los edificios. Se les reconoce, por tanto, la posibilidad de realizar cualquier actuación en este sentido, mencionando expresamente las crediticias, es decir, la posibilidad de obtener financiación para este tipo de actuaciones, que abiertamente se contempla en la letra h) de dicho artículo 9.5 TRLS, introducida por la Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

El precepto alude expresamente a que todos los sujetos mencionados en el artículo 9.4 podrán realizar las actuaciones que se mencionan, *de acuerdo con su naturaleza*, lo que implica que la ley, en principio, no pretende alterar en modo alguno la estructura jurídica de ninguna de las entidades mencionadas, tampoco la de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal. Sin embargo, puede constatarse que el artículo 9. 1. b) les permite constituirse en asociaciones administrativas, a las que el artículo 10 otorga personalidad jurídica propia.

Esta regulación contenida en el TRLSRU 2015 lleva a plantear si, efectivamente, para las operaciones de rehabilitación, conservación, mejora, accesibilidad de los edificios y el acceso a la financiación para su realización, es conveniente o necesario reconocer personalidad jurídica a las comunidades de propietarios constituidas en régimen de PH²². Para efectuar este análisis y llegar a conclusiones más o menos fundadas, primero expondré como la LPH regula las obras necesarias para la conservación, mejora, rehabilitación y accesibilidad del edificio, para pasar después a abordar el estudio de la regulación del TRLSRU y precisar en qué medida esta normativa permite a las comunidades de propietarios constituir asociaciones administrativas con personalidad jurídica propia y participar en “actuaciones de transformación urbanística y edificatorias”²³.

3.6.2. La regulación de las obras de conservación, reparación, rehabilitación y mejora, así como su financiación en la LPH

El artículo 9.5 TRLS introducido por Ley 10/2022, de 14 de junio, no supone la primera ocasión en la que el legislador se preocupa de atender el problema de la necesaria reparación, rehabilitación y mejora de los edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal, sino que la propia LPH organiza un conjunto de normas reguladoras de dichas obras, en el que la pieza central viene a ser el fondo de reserva al que ya he hecho referencia en el epígrafe anterior.

El fondo de reserva se introduce en la LPH, a través del artículo 5 de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal y cabe decir que es una de las partes del precepto que ha sido sometida a mayores modificaciones. Aunque ya lo haya mencionado en el epígrafe anterior, quiero insistir en que la idea de que la titularidad del fondo corresponde a la comunidad aparece reflejada en una de las frases del precepto que ha permanecido inalterable pese a sus numerosas reformas:

El fondo de reserva, cuya titularidad corresponde a todos los efectos a la comunidad.

Se confirma, por tanto, que, efectivamente, cada copropietario es titular del mismo en proporción a su cuota de participación en los elementos comunes.

Dejando al margen esta cuestión de la titularidad, me centro ahora en la finalidad para la que la ley arbitra este fondo de reserva. En este punto se aprecian sucesivas alteraciones en la redacción del precepto que sistematizo en el cuadro siguiente:

Ley 8/1999	Conservación y mejora
Ley 8/2013	Conservación, mejora, rehabilitación
Real Decreto-ley 21/2018	Conservación, reparación, obras de accesibilidad
Resolución de 22 de enero de 2019 (Anula RD-ley 21/2018)	Conservación, mejora, rehabilitación
Real Decreto-ley 7/2019	Conservación, reparación, rehabilitación, obras de accesibilidad
Ley 10/2022	Conservación, reparación, rehabilitación, accesibilidad del artículo 10.1 b) LPH y accesibilidad y eficiencia energética de art 17.2 LPH.

Dicho fondo se prevé, como se deduce del actual tenor del artículo 9.1.f LPH, *para atender las obras de conservación, de reparación y de rehabilitación de la finca, la realización de las obras de accesibilidad recogidas en el artículo diez.1.b) de esta ley, así como la realización de las obras de accesibilidad y eficiencia energética recogidas en el artículo diecisiete.2 de esta ley*. Así mismo se contempla que, con cargo *al fondo de reserva, la comunidad podrá suscribir un contrato de seguro que cubra los daños causados en la finca o bien concluir un contrato de mantenimiento permanente del inmueble y sus instalaciones generales*²⁴.

Así pues, el fondo de reserva se va generando en el seno de la comunidad de propietarios precisamente para atender la necesidad de realizar obras de conservación, reparación, rehabilitación y accesibilidad; además, se entiende que dicho fondo sólo puede emplearse para los fines mencionados en la ley y no para sufragar otro tipo de gastos²⁵.

De modo que la LPH no sólo contempla la necesidad de realizar este tipo de obras, sino que, además, organiza su financiación a través del fondo de reserva que van constituyendo los copropietarios con sus respectivas cuotas de contribución a los gastos generales del inmueble (artículo 9.1.e LPH). Este fondo de reserva actualmente debe ascender a un mínimo del 10% del presupuesto del año anterior, si bien nada impide que su cuantía sea más elevada.

La comunidad puede, además de recurrir al fondo de reserva, solicitar un préstamo para financiar algunas de estas obras, como aparece reflejado en el artículo 17.2 LPH, en cuyo caso la decisión deberá acordarse en la Junta de Propietarios por la mayoría correspondiente. Puede considerarse que el acuerdo para concertar un préstamo deberá aprobarse por la misma mayoría que deben aprobarse las obras a financiar. La formación de la voluntad de la comunidad de propietarios en orden a la solicitud de un préstamo que financie la realización de las obras no supone, por tanto, un inconveniente insalvable pues se debe adoptar por la misma mayoría que las obras a efectuar.

Por lo expuesto parece claro que la LPH regula la realización de estas obras y su financiación a través del fondo de reserva, siendo viable también la concertación de un préstamo con una entidad bancaria sin necesidad de reconocer personalidad jurídica a la comunidad constituida en régimen de PH.

Debe llamarse la atención sobre el hecho de que la regulación de la PH articula un sistema de financiación de las obras apoyado en la contribución económica de los copropietarios. Esta ley no atiende específicamente la necesidad de búsqueda de financiación externa; podría decirse que no la fomenta, aunque no la impide porque expresamente menciona esta posibilidad en el artículo 17.2 al regular las actuaciones que contribuyan a la mejora de la eficiencia energética.

Todas estas posibilidades expuestas se derivan de la LPH sin reconocer personalidad jurídica a las comunidades constituidas en régimen de PH.

3.6.3. La regulación de actuaciones edificatorias y en las obras de transformación urbanística en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (TRLSRU)

La perspectiva desde la que el TRLSRU regula cuestiones que guardan o pueden guardar relación con las obras a las que hemos aludido en el epígrafe precedente es diferente a la de la LPH. En este sentido, se atiende a que el reconocimiento de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios podría favorecer las actuaciones de transformación urbanística y edificatorias; también se toma en consideración que tal reconocimiento podría suponer un incentivo al flujo de crédito a las mismas, lo que les permitiría abordar más frecuentemente este tipo de operaciones. Y, precisamente se regula en esta línea como explico a continuación.

El artículo 9.4 del TRLSRU reconoce la posibilidad de que las comunidades de propietarios participen activamente en la ejecución de actuaciones sobre el medio urbano, para pasar a contemplar, en el párrafo 5, qué actuaciones concretas pueden desarrollar. Se les reconoce expresamente (letra a) la posibilidad —aunque lo configuran como deber— de conservar, rehabilitar, mejorar los edificios; así mismo (letra a) se hace referencia a su posible participación en las actuaciones de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. En la letra b) se les permite convertirse en asociaciones administrativas para participar en concursos públicos en orden a la ejecución de obras como fiduciarias con plena disposición sobre los elementos comunes y las fincas pertenecientes a los miembros de aquellas sin más limitaciones que sus estatutos. Pueden asumir la gestión de las obras (letra c). Llama la atención que, en la letra d), se hace referencia a la constitución de un fondo de conservación y rehabilitación, sin aludir a que dicho fondo ya existe obligatoriamente en cada PH y que es el fondo de reserva. Se les otorga también posibilidad para alterar las escrituras públicas de constitución de la PH, con poder dispositivo sobre elementos comunes y privativos para adecuarlas a la rehabilitación edificatoria y de regeneración y renovación urbanas. Pueden ser beneficiarias de la expropiación de pisos y locales para la instalación de servicios comunes que haya podido prever la Administración. Por último, podrán *solicitar créditos con el objeto de obtener financiación para las obras de conservación, rehabilitación y mejora de los edificios y las actuaciones reguladas por esta ley.*

En este precepto se está convirtiendo a las comunidades en régimen de PH en posibles actores de ciertas actuaciones urbanísticas, lo que tiene sentido porque aquellas pueden resultar afectadas por estas y lo que se intenta es arbitrar un

sistema que favorezca dichas intervenciones. A tal efecto, este precepto permite a las comunidades de propietarios acometer este tipo de obras, enumerando el elenco de actuaciones mencionadas que pueden ser necesarias. Y, una vez más, los preceptos de orden administrativo se adoptan de espaldas a la regulación jurídico-privada de estas comunidades, entrando en dicha regulación como un elefante en una cacharrería —si se me permite la expresión—. Muestra de lo que digo es la alusión a la creación de un fondo de conservación y rehabilitación que no es otra cosa que el fondo de reserva del artículo 9.1 f) de la LPH y también la posibilidad de disponer de elementos comunes o privativos del inmueble por parte de la asociación administrativa, lo que habría que ver si es efectivamente posible desde el punto de vista jurídico.

Esta normativa toma en consideración la idea de que la atribución de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios favorecería este tipo de operaciones inmobiliarias. Y, apuntando en esa dirección, el artículo 9.5. b) del TRLSRU, reconoce que las comunidades de propietarios, podrán:

Constituirse en asociaciones administrativas para participar en los concursos públicos que la Administración convoque a los efectos de adjudicar la ejecución de las obras correspondientes, como fiduciarias con pleno poder dispositivo sobre los elementos comunes del correspondiente edificio o complejo inmobiliario y las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquéllas, sin más limitaciones que las establecidas en sus correspondientes estatutos.

Estas asociaciones administrativas se regulan en el artículo 10 de ese mismo cuerpo legal, conforme a cuyo párrafo primero, *tendrán personalidad jurídica propia y naturaleza administrativa*²⁶.

Obsérvese que no se reconoce personalidad jurídica a las comunidades de propietarios, sino que se les permite generar una asociación administrativa que ni sustituye a la comunidad ni la suplanta. Dicha asociación permitiría, en el seno de la comunidad, operar una serie de actuaciones de carácter urbanístico al parecer con mayor fluidez que si se acometieran como comunidad de propietarios. Se les reconoce incluso facultad dispositiva sobre elementos comunes y privativos del inmueble, lo que dudo, como ya he dicho, que sea posible.

Pero, como se explica a continuación, el intento de otorgar personalidad jurídica a las comunidades para favorecer este tipo de operaciones inmobiliarias es un intento frustrado por dos razones que desarrollo a continuación. La primera es que la mayoría por la que deben adoptarse los acuerdos en el seno de esas asociaciones no sufre ninguna alteración, de modo que la formación de la voluntad encaminada a la realización de dichas obras debe seguir lo previsto en la LPH. Por otro lado, la atribución de personalidad jurídica no supone un cambio de las circunstancias que dificultan el acceso al crédito de este tipo de entidades.

3.6.3.1. Las mayorías por las que deben adoptarse los acuerdos en las asociaciones administrativas

El hecho de que las comunidades de propietarios puedan configurarse en asociaciones administrativas a efectos de operaciones edificatorias y urbanísticas no supondrá una ventaja sobre la regulación de la LPH —que no les reconoce personalidad jurídica— si la adopción de acuerdos a través de las mismas no es menos rigurosa, en lo atinente a la formación de mayorías, que en el seno de la comunidad de propietarios. Es decir, si la formación de la voluntad de las asociaciones requiere mayorías similares a las que deben adoptarse en el seno de la comunidad de propietarios, la atribución de personalidad jurídica carece de fundamento.

En este sentido, el párrafo segundo del artículo 10 TRLSRU establece que: *Los acuerdos de estas asociaciones se adoptarán por mayoría simple de cuotas de participación, salvo que en los estatutos o en otras normas se establezca un quórum especial para determinados supuestos.*

El objetivo, por tanto, parece facilitar la adopción de acuerdos que favorezcan actuaciones urbanísticas y edificatorias cuando se ven implicados edificios en régimen de PH. Sin embargo, no se consigue arbitrar una vía satisfactoria porque, expresamente, el propio artículo 10 excepciona la mayoría que establece (*mayoría simple de cuotas de participación*) cuando otra norma disponga otro *quorum*. Hay que entender referida la excepción a las normas que regulan las mayorías por las que deben adoptarse los acuerdos en el seno de la PH, concretamente al artículo 17 de la misma, que establece mayorías más cualificadas en algunos casos que la reflejada en el artículo 10 TRLSRU²⁷. De modo que lo que se ha pretendido que salga por la puerta, ha entrado por la ventana.

3.6.3.2. Dificultades para el acceso a la financiación por parte de las comunidades de propietarios

Por otro lado, el reconocimiento de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios tampoco es la panacea para conseguir que el crédito fluya hacia ellas porque no cambia las circunstancias que dificultan su acceso al mismo²⁸.

El acceso a la financiación externa por parte de este tipo de comunidades se ve obstaculizado, más bien, por el funcionamiento del mercado crediticio, más concretamente se puede deber a la *dudosa seguridad de cobro por parte de la entidad prestamista* debido a la regulación de la responsabilidad por deudas de la comunidad contemplada en el artículo 22 LPH, así como al hecho de que este tipo de comunidades no dispongan normalmente de un patrimonio inmobiliario con el que garantizar la devolución de los préstamos mediante la constitución de una hipoteca²⁹. Podría ofrecerse en garantía un elemento común del inmueble

que, en caso de ejecución, requeriría la desafección y su configuración como elemento privativo cuya titularidad correspondería al adjudicatario, pero la mayoría de comunidades de este tipo no disponen de elementos que permitan tal alteración de la estructura jurídica del edificio en tal sentido.

Además, si es necesario recurrir a financiación externa es porque el fondo de reserva no es lo suficientemente amplio para hacer frente al coste de las obras y, además, los copropietarios tienen dificultades para incrementar su cuantía.

Junto a la *dificultad de ofrecer garantías*, se encuentra el inconveniente que supone el *régimen de responsabilidad por deudas de la comunidad del artículo 22 LPH*, el cual va a ser considerado por el potencial prestamista para valorar los riesgos que conlleva financiar la operación constructiva a realizar en el edificio. Dicho régimen también es un elemento disuasorio para el potencial prestamista. Según el artículo 22 LPH, el prestamista puede dirigirse contra los fondos y créditos en comunidad, y, en caso de ser insuficientes y con carácter subsidiario, puede dirigirse contra cada copropietario obligado a contribuir, lo cual enfrenta al prestamista, en caso de impago, ante un proceso complejo y de incierto resultado, porque los lotes de copropiedad pueden estar ya gravados con hipotecas que garantizan otras deudas de su propietario, además de que no todos los copropietarios van a tener el mismo nivel de solvencia. ¿Debería hacerse el análisis de solvencia previsto en el artículo 11 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario sobre cada uno de los copropietarios?

En definitiva, una operación de este tipo enfrenta a la entidad prestamista a una pluralidad de deudores con diferente nivel de solvencia, lo que dificulta el cálculo del riesgo de la operación para el prestamista.

Este tipo de inconvenientes que se han puesto de relieve no se sortean otorgando personalidad jurídica a las comunidades de propietarios en régimen de PH.

4. REFLEXIONES SOBRE LA CONVENIENCIA DE RECONOCER PERSONALIDAD JURÍDICA A LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS

Llegados a este punto y tras la argumentación efectuada puede valorarse si es necesario o conveniente reconocer personalidad jurídica a las comunidades de propietarios constituidas en régimen de propiedad horizontal.

Empezaré diciendo que el reconocimiento de dicha personalidad jurídica guardaría relación con tres aspectos de la dinámica y operatividad de estas comunidades: formación de su voluntad, generación de un patrimonio separado y, finalmente, el acceso a la financiación externa.

En cuanto al primer punto, el otorgamiento de personalidad jurídica iría vinculado a la idea de hacer más fluida la toma de decisiones dentro de este tipo de co-

munidades, de manera que el reconocimiento de personalidad jurídica podría llevar aparejada la creación de un órgano de decisión distinto a la Junta de Propietarios, más reducido y en el que no tuvieran facultad de intervención todos y cada uno de los copropietarios y en el que, acaso, se pretendiera dar entrada a sujetos ajenos a la copropiedad pero relacionados profesionalmente con ella —Administradores de Fincas—. A mi modo de ver esta posibilidad, que se abriría al reconocer personalidad jurídica a las comunidades de propietarios, supone un riesgo de reducción de las facultades del contenido del derecho de propiedad que sobre cada lote —elemento privativo y cuota en elementos comunes— detenta cada copropietario, ya que podría ocurrir que su participación tuviera menos peso —o ninguno— en el órgano de toma de decisiones, si el reconocimiento de personalidad fuera paralelo a la creación de un órgano más reducido de gestión de la comunidad.

En la base de esta reflexión se encuentra la necesidad de distinguir claramente entre comunidad y sociedad, además de la idea de que de la regulación se desprende que en el seno de esta copropiedad no hay prioridad del interés general de la comunidad sobre el particular de cada condueño. Más bien al contrario, los elementos comunes y la comunidad en general se encuentran en función y al servicio de la titularidad de cada copropietario. Si debe priorizarse algún interés es precisamente el de cada copropietario, más aún cuando el elemento privativo se usa como vivienda.

En cuanto al segundo punto, referido a la oportunidad que representaría el reconocimiento de personalidad jurídica para que las comunidades fueran generando un patrimonio separado, supone obviar que existe el fondo de reserva que los copropietarios pueden *nutrir* con las aportaciones que estimen pertinente y que puede alcanzar la cuantía que consideren adecuada. Tal pensamiento, a mi modo de ver, está inspirado en la visión de las comunidades de propietarios como potenciales operadores económicos en el mercado, capaces de generar patrimonios importantes, lo cual presenta ciertos riesgos y obvia la realidad de que la institución de la PH está pensada para permitir vivir en los elementos privativos a los copropietarios y no está pensando en generar entes que inviertan y sean capaces de generar patrimonios importantes, lo que supondría alterar el objetivo y la finalidad de la institución y de su regulación.

El tercer aspecto es el acceso al crédito por parte de estas entidades y es el que recientemente ha vuelto a sacar a la palestra el debate acerca de la conveniencia de reconocer personalidad jurídica a las comunidades constituidas en propiedad horizontal. Para valorarlo, debe tenerse en cuenta que, si es problemático el acceso al crédito de dichas comunidades para financiar la mejora, rehabilitación o reparación de los edificios, no se debe a que no tengan reconocida personalidad jurídica sino a que les resulta muy difícil ofrecer garantías del cumplimiento de las obligaciones que se asumen con tal financiación, sumado al régimen de res-

ponsabilidad de la comunidad por deudas asumidas frente a terceros. Esos son los verdaderos problemas de las comunidades para acceder a la financiación y no los va a solventar el reconocimiento de personalidad jurídica. Amén de que, en el régimen jurídico aplicable a la propiedad horizontal, se encuentra regulado el fondo de reserva que puede incrementarse con aportaciones de los copropietarios y que sirve a estos fines.

Es cierto que el artículo 9.5. b) del TRLSRU es un intento normativo de permitirles, a ciertos efectos, convertirse en asociaciones con personalidad jurídica, pero, como ya he explicado es un intento frustrado y hay que verlo como una nueva incursión inapropiada y desajustada de la normativa administrativa en asuntos de particulares sin calibrar convenientemente las consecuencias jurídico-privadas de la misma y, además, en este caso podríamos decir que sin efectos relevantes al mantener las mayorías de la LPH para la adopción de decisiones.

5. CONCLUSIONES

I. Ninguna norma de Derecho positivo reconoce personalidad jurídica a las comunidades de propietarios constituidas en régimen de propiedad horizontal.

II. Las dificultades que puede presentar la circunstancia de que no tengan personalidad jurídica han sido convenientemente solventadas por el legislador, ofreciendo un conjunto de normas que permiten a este tipo de comunidades operar en el tráfico jurídico y gestionar convenientemente los asuntos que pueden afectarles.

En esta línea, se ha atribuido a estas comunidades capacidad procesal para intervenir activa o pasivamente en litigios a través del presidente que les representa (art 13.3 LPH, art. 6.5 LEC y art 17 LOPJ). Vinculada a las actuaciones procesales en que pueden verse inmersas, se les reconoce la posibilidad de que se practiquen a su favor anotaciones preventivas de demanda y embargo en el Registro de la Propiedad (art 9.e LH), así como inscripciones de derechos de propiedad cuando su atribución a la comunidad trae causa de su actuación procesal.

III. El único supuesto no regulado expresamente que puede plantear algún problema es el de la inscripción registral de un derecho de propiedad sobre un inmueble cuando su adquisición es consecuencia de la celebración de contratos de dación *pro soluto* en pago de deudas a la comunidad. Tal inconveniente puede superarse haciendo constar en el acuerdo de la Junta de Propietarios en que se autoriza la adquisición del inmueble, la atribución de la propiedad del inmueble a la comunidad, distribuyéndolo entre todos los copropietarios proporcionalmente a su cuota de participación en los elementos comunes. Además, ese acuerdo de la Junta debería

contener la autorización para que el presidente, en representación de la comunidad, pueda vender dicho inmueble e incorporar el montante obtenido al fondo de reserva o proceder a su distribución entre todos los copropietarios. De este modo en la escritura del contrato de dación en pago podrían hacerse constar la distribución en cuotas del inmueble entre todos los copropietarios y no habría ningún obstáculo a la inscripción registral. Es cierto que esta forma de operar no es tan cómoda como si tuviera reconocida personalidad jurídica, pero las dificultades entiendo que son fácilmente salvables y que, por otro lado, no es frecuente que las comunidades de propietarios adquieran la propiedad de otro inmueble en comunidad. Por otro lado, el hecho de que no pueda procederse a la inscripción no significa que la copropiedad no sea titular del inmueble, si bien es cierto que sería una titularidad más débil por no poder acceder al Registro de la Propiedad.

IV. Otro aspecto que es necesario revisar es si la personalidad jurídica de las comunidades de propietarios facilitaría la concertación de contratos. Sin embargo, entiendo que la LPH ha regulado este aspecto señalando en el artículo 17 las mayorías por las que deben adoptarse los acuerdos en la Junta de Propietarios que conduzcan a la celebración de diversos contratos, estableciendo una determinada mayoría en función de si debe favorecerse dicho acuerdo o, si por el contrario, debe establecerse una mayoría agravada, por ejemplo, si el acuerdo incide en la configuración del título constitutivo o de los estatutos de la comunidad.

V. El TRLSRU desde su reforma operada por el Real Decreto-ley 19/2021, de 5 de octubre, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia— permite a estas comunidades constituirse en asociaciones administrativas para que puedan intervenir en actuaciones edificatorias y en las obras de transformación urbanística y les otorga en el artículo 10 personalidad jurídica propia. Hay que destacar que estas asociaciones administrativas no suplantán ni sustituyen a las comunidades de propietarios. El hecho de que se atribuya personalidad jurídica a estas asociaciones administrativas no va acompañado de la posibilidad de adoptar los acuerdos por una mayoría más reducida de copropietarios que la que contempla la LPH porque, si bien establece este precepto la posibilidad de adoptar acuerdos por mayoría simple de cuotas de participación, exceptúa tal mayoría en función de si en otras normas se establece otro quorum; esta remisión hay que entenderla hecha al artículo 17 LPH y, en consecuencia, en lo referente a la formación de la voluntad de la comunidad, ningún cambio supone este precepto porque las mayorías por las que deben adoptarse los acuerdos no sufren ninguna variación.

VI. El acceso a la financiación por parte de las comunidades de propietarios para facilitar la realización de obras en los edificios no se verá favorecido por el hecho de que se les reconozca personalidad jurídica porque ello no hará desapa-

recer el inconveniente consistente en la dificultad que tienen las comunidades de propietarios para garantizar el pago de la deuda, al no disponer normalmente de inmuebles en propiedad que puedan gravarse con hipoteca y porque, en base al régimen de responsabilidad por deudas del artículo 22 LPH, el prestamista debería dirigirse, ante la insuficiencia de fondos y créditos de los que sea titular la comunidad, contra cada copropietario obligado, con la incertidumbre que genera el variado nivel de solvencia de cada uno de ellos.

VII. Por lo dicho, cabe afirmar que la operatividad de las comunidades de propietarios no precisa del reconocimiento de personalidad jurídica. Es más, puede ser un riesgo que debilite el derecho de propiedad que sobre cada lote de copropiedad corresponde a cada uno de los copropietarios y, en base a tal consideración, no es conveniente tal reconocimiento, menos aún si se tiene en cuenta que las dificultades operativas que puedan tener este tipo de comunidades ya han sido resueltas particularmente para cada caso concreto por el Ordenamiento jurídico.

6. DOCUMENTACIÓN

Resoluciones DGRN/DGSJFP

- RDGSJFP Resolución num. 9675\2021 de 27 mayo «BOE» núm. 138, de 10 de junio de 2021, páginas 71028 a 71034 (7 págs.).
- Resolución DGRN de 3 de abril de 2018, «BOE» núm. 90, de 13 de abril de 2018, páginas 38334 a 38344 (11 págs.)
- RDGRN num. 9721/2017 de 26 julio 2017 «BOE» núm. 193, de 14 de agosto de 2017, páginas 81810 a 81816 (7 págs.)
- RDGRN 16 de enero de 2017, «BOE» núm. 32, de 7 de febrero de 2017, páginas 8363 a 8371 (9 págs.)
- RDGRN de 12 de febrero de 2016 «BOE» núm. 60, de 10 de marzo de 2016, páginas 19281 a 19286 (6 págs.)

SENTENCIAS:

Tribunal Supremo

- STS (sala de lo Civil) 276/2021 de 10 de mayo, ROJ STS 1792/2021 – ECLI:ES:TS:2021:1792 Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas
- STS (Sala de lo Civil, Sección1ª), 201/2021, de 13 de abril ROJ STS 1349/2021 – ECLI:ES:TS:2021:1349 Ponente: Juan María Díaz Fraile
- STS (Sala de lo Civil, Sección1ª), sentencia núm. 691/2020 de 21 diciembre. RJ 2020\5037 ECLI: ECLI:ES:TS:2020:4385. Ponente: Juan María Díaz Fraile.

- STS (Sala de lo Civil) número 469/2019, de 17 de septiembre ROJ STS 2795/2019 – ECLI:ES:TS:2019:2795. Ponente: Rafael Saraza Jimena
- STS (Sala de lo Civil) número 1/2019, de 8 de enero ROJ STS 3/2019 – ECLI:ES:TS:2019:3. Ponente: Eduardo Baena Ruiz.
- STS (Sala de lo Civil) número 152/2014, de 11 de marzo ROJ STS 1484/2014 – ECLI:ES:TS:2014:1484 RJ 2014\2114 Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno
- STS (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 46/1995 de 31 enero. ROJ: STS 403/1995 – ECLI:ES:TS:1995:403. Ponente: Jesús Marina Martínez-Pardo.

Audiencias provinciales

- SAP León número 291/2020 de fecha 5 de Noviembre de 2.020 de la Audiencia Provincial Sección 2, de León JUR 2021\85229. ECLI:ES:A PLE:2020:1473
- SAP Zaragoza (Sección 4ª) Sentencia núm. 403/2004 de 30 junio. (JUR 2004\203058)

Resoluciones del Tribunal Constitucional

- STC de 19 de octubre de 1989 (STC 173/1989), (recurso de amparo n.º 1326/1987) ECLI:ES:TC:1989:173

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-329/19 (Condominio di Milano, via Meda contra Eurothermo SpA) ECLI:EU:C:2020:263
- STJUE de 12 de julio de 2012, asunto C-602/10 (SC Volksbank România SA y Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor) ECLI:EU:C:2012:443.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. (2021). “La condición de consumidora de la comunidad de propietarios. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2021 (JUR 2021,129929)”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, ISSN 1139-7179, Nº 55, 2021.
- CARRILLO SEDEÑO, Miguel Ángel. (2023). “Estatuto básico de la iniciativa y la participación en la actividad urbanística”, en *Comentarios a la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*, dir. por CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro Javier, edit. Aranzadi, 2023, Capítulo sexto. Comentario al artículo 10.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. (2010). “Procedimiento y personalidad jurídica en la Ley de Propiedad Horizontal. Necesidad de una reforma o de nueva Ley de Propiedad Horizontal”, *Actualidad Civil*, 2010, número 19 (11 páginas).

- DE LARA VENCES, Carlos, *Régimen jurídico de la morosidad en la propiedad horizontal*, edit. Colex, Constitución y Leyes, 2023.
- DEL CAMPO ALVÁREZ, Borja, (2022). “Comentario a la STS de 13 de abril (RJ 2021, 1710). El estatuto de consumidor de las comunidades de propietarios.”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, ISSN 0212-6206, N° 118, 2022, págs. 133-140.
- GONZALEZ CARRASCO, Carmen. (2000). “La tutela judicial efectiva del propietario en las reclamaciones judiciales de terceros frente a la comunidad (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1999, de 8 de julio)”, en *Derecho Privado y Constitución*, 14, 2000, enero-diciembre páginas 165 a 184.
- IGLESIAS GONZALEZ, Felipe. (2022). “Comentario al artículo 10”, en *Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (comentario sistemático al Texto Refundido de 30 de octubre de 2015)*, dir. por SÁNCHEZ GOYANES. Enrique, Aranzadi, 2022, páginas 519 a 532.
- MARQUES MOSQUERA, Cristina. (2012/2013). “Las mayorías en la Comunidad de Propietarios: Análisis de los principales problemas planteados en la práctica notarial”, en *Anales de la Academia Sevillana del Notariado, Tomo XXIV: Conferencias Del Curso Académico 2012/2013*, páginas 275-307.
- MOLINS SANCHO, Francisco. (2020) “El contrato de mantenimiento de ascensores: análisis de la STS de 17 de septiembre de 2019 acerca de la duración excesiva del contrato”, en *Revista de Derecho Civil*, ISSN 2341-2216, Vol. 7, N°. 1, 2020, págs. 173-213.
- MURUAGA HERRERO, Pablo. (2023). “Personalidad jurídica de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal y la inscripción a su favor de derechos en el Registro de la Propiedad: “13 Rue del Percebe””, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm 795, 2023, páginas 13 a 65.
- NASARRE AZNAR, Sergio y SIMÓN MORENO, Héctor. (2020) “Los efectos de los diez años de crisis en las comunidades de propietarios”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, 778, páginas 1065 a 1100.
- PÉREZ MIRALLES, José Arturo. (2021). “Condición de consumidora de la comunidad de propietarios y bajada a cota cero del ascensor. Comentarios a las SSTS de 13 de abril 2021 y de 10 de mayo de 2021”, en *Actualidad Civil*, ISSN 0213-7100, N° 10, 2021
- PÉREZ MIRALLES, José Arturo. (2017). “Atribución de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios en el régimen jurídico de la propiedad horizontal”, en *Actualidad Civil*, ISSN 0213-7100, N° 1, 2017.
- VVAA. (2022). “Personalidad jurídica y comunidades de propietarios”, coord. por FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro, en *Actualidad Civil*, ISSN 0213-7100. núm. 3, 2022.
- ZURILLA CARIÑANA, María de los Ángeles. (2020). “Comentario al artículo 9 de la LPH”, en VVAA dir. por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, edit. Aranzadi, 2020, páginas 433 a 513.

NOTAS

¹ Estudio efectuado en el marco del Proyecto de Investigación: “Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma” (PID2020-112876GB-C31) financiado por MINECO.

² ABREVIATURAS USADAS: DGRN Dirección General de los Registros y del Notariado. DGSJFP: Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. LCCI: Ley 5/2019 Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. LPH: Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal. PH: Propiedad horizontal. RDGRN Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado. RDGSJFP: Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. SAP: Sentencia de Audiencia Provincial. STC: Sentencia del Tribunal Constitucional. STS: Sentencia del Tribunal Supremo. TRLGDCU: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. TRLSRU: Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

³ Se manifiestan favorables al reconocimiento de personalidad jurídica: PÉREZ MIRALLES, José Arturo, “Atribución de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios en el régimen jurídico de la propiedad horizontal”, en *Actualidad Civil*, ISSN 0213-7100, N° 1, 2017; MAGRO SERVET, Vicente, en VVAA, “Personalidad jurídica y comunidades de propietarios”, coord. por FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro, en *Actualidad Civil*, ISSN 0213-7100. núm. 3, 2022. También MURUAGA HERRERO, Pablo, “Personalidad jurídica de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal y la inscripción a su favor de derechos en el Registro de la Propiedad: “13 Rue del Percebe””, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm 795, 2023, páginas 49 y ss.

⁴ Estas modificaciones se han producido por el artículo 3 del Real Decreto-ley 19/2021, de 5 de octubre y por el artículo 3 de la Ley 10/2022, de 14 de junio de 2022.

⁵ Sobre esta cuestión vid. PÉREZ MIRALLES, José Arturo, “Atribución de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios en el régimen jurídico de la propiedad horizontal”, en *Actualidad Civil*, ISSN 0213-7100, N° 1, 2017, Epígrafe VIII de Conclusiones, página 6/10.

⁶ Recientemente, recoge esa afirmación la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2024 (Roj STS 1385:2024) (ECLI: ES:TS:2024:1385).

⁷ Puede consultarse el Boletín Oficial de las Cortes Españolas, núm. 672, Sesión del 20 de julio de 1960, páginas 14061 y ss.

⁸ Estos preceptos se introducen en el TRLS 2015 mediante el artículo 3 del Real Decreto-ley 19/2021, de 5 de octubre, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. El objetivo era impulsar la rehabilitación de los edificios.

⁹ Pone de relieve las dificultades procesales que plantea que las comunidades de propietarios carezcan de personalidad jurídica, CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, “Procedimiento y personalidad jurídica en la Ley de Propiedad Horizontal. Necesidad de una reforma o de nueva Ley de Propiedad Horizontal”, en *Actualidad Civil*, 2010, número 19 (11 páginas).

¹⁰ CASTILLEJO MANZANARES, Raquel... “Procedimiento y personalidad jurídica...”, cit. epígrafe II, página 2/11.

¹¹ Para una comunidad hereditaria puede verse la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 691/2020 de 21 diciembre. RJ 2020\5037. ECLI: ECLI:ES:TS:2020:4385.

¹² STC de 19 de octubre de 1989 (STC 173/1989), (recurso de amparo núm. 1326/1987) ECLI:ES:TC:1989:173.

¹³ No podría actuar sin acuerdo de la Junta de Propietarios que le autorice en el supuesto del artículo 7.2 LPH en el que la ley exige expresamente dicha autorización.

¹⁴ La posibilidad de practicar anotaciones preventivas de demanda y de embargo a favor comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal se incorpora a la Ley Hipotecaria a través del art 1.1 el art. 1.1 de la Ley 13/2015, de 24 de junio. Ref. BOE-A-2015-7046.

¹⁵ RDGRN de 12 de febrero de 2016: «BOE» núm. 60, de 10 de marzo de 2016, páginas 19281 a 19286 (6 págs.).

¹⁶ Vid. RDGRN num. 9721/2017 de 26 julio 2017 «BOE» núm. 193, de 14 de agosto de 2017, páginas 81810 a 81816 (7 págs.) (RJ\2018\6098).

¹⁷ RDGSJFP 9675/2021 de 27 mayo «BOE» núm. 138, de 10 de junio de 2021, páginas 71028 a 71034 (7 págs.).

¹⁸ PÉREZ MIRALLES, José Arturo, “Atribución de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios en el régimen jurídico de la propiedad horizontal”, en *Actualidad Civil*, ISSN 0213-7100, N° 1, 2017, página 5/10 Epígrafe VI.

¹⁹ La ley 3/2014 incorporó al Derecho español la Directiva de 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

²⁰ Vid. comentarios de BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “La condición de consumidora de la comunidad de propietarios. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2021 (JUR 2021,129929)”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, ISSN 1139-7179, N° 55, 2021. También comenta esta sentencia PÉREZ MIRALLES, José Arturo, “Condición de consumidora de la comunidad de propietarios y bajada a cota cero del ascensor. Comentarios a las SSTs de 13 de abril 2021 y de 10 de mayo de 2021”, en *Actualidad Civil*, ISSN 0213-7100, N° 10, 2021. Finalmente vid. DEL CAMPO ALVÁREZ, Borja, “Comentario a la STS de 13 de abril (RJ 2021, 1710). El estatuto de consumidor de las comunidades de propietarios”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, ISSN 0212-6206, N° 118, 2022, págs. 133-140.

²¹ Estos preceptos se introducen en el TRLS 2015 mediante el artículo 3 del Real Decreto-ley 19/2021, de 5 de octubre, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. El objetivo era favorecer a las empresas de la construcción impulsando la rehabilitación de los edificios.

²² En este sentido vid. NASARRE AZNAR, Sergio y SIMÓN MORENO, Héctor, “Los efectos de los diez años de crisis en las comunidades de propietarios”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, 778, página 1072.

²³ La expresión “actuaciones edificatorias” se toma del epígrafe del artículo 9 del TRLSRU 2015.

²⁴ A este mismo fondo de reserva está aludiendo la letra d) del artículo 9.5 del TRLSRU 2015, cuando se hace referencia a la posibilidad de: *Constituir un fondo de conservación y de rehabilitación, que se nutrirá con aportaciones específicas de los propietarios a tal fin y con el que podrán cubrirse impagos de las cuotas de contribución a las obras correspondientes.*

²⁵ ZURILLA CARIÑANA, María de los Ángeles, “Comentario al artículo 9 de la LPH”, en VVAA dir. por Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, edit. Aranzadi, 2020, páginas 486-487. Aunque en este sentido conviene advertir de que el artículo 22 LPH cuando permite a los acreedores de la comunidad dirigirse para cobrar las deudas

contra los fondos de los que sea titular la comunidad, no precisa que sólo deben atenderse con dicho fondo las deudas derivadas de estas operaciones de construcción.

²⁶ Sobre este tipo de asociaciones administrativas de comunidades de propietarios vid. IGLESIAS GONZALEZ, Felipe, “Comentario al artículo 10”, en *Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (comentario sistemático al Texto Refundido de 30 de octubre de 2015)*, dir. por SÁNCHEZ GOYANES. Enrique, Aranzadi, 2022, páginas 519 a 532. También CARRILLO SEDEÑO, Miguel Ángel, “Estatuto básico de la iniciativa y la participación en la actividad urbanística”, en *Comentarios a la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*, dir. por CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro Javier, edit. Aranzadi, 2023, Capítulo sexto. Comentario al artículo 10.

²⁷ Así, por ejemplo, en el caso de que el acuerdo verse sobre obras que afectan a la configuración estructural del inmueble y deba modificarse el título constitutivo o los estatutos —lo que no es raro que ocurra en este tipo de intervenciones inmobiliarias—, debe adoptarse el acuerdo por unanimidad.

²⁸ Alude a este inconveniente PÉREZ MIRALLES, José Arturo, “Atribución de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios en el régimen jurídico de la propiedad horizontal”, en *Actualidad Civil*, ISSN 0213-7100, N° 1, 2017, página 5/10 Epígrafe VII. También ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M., en VVAA, “Personalidad jurídica y comunidades de propietarios”, coord. por FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro, en *Actualidad Civil*, ISSN 0213-7100. núm. 3, 2022 considera que: *más que el reconocimiento o no de personalidad jurídica, la verdadera razón del acceso al mercado crediticio por las comunidades de propietarios está en la extraordinaria dificultad que representa ejecutar las resoluciones judiciales de condena contra estos colectivos, ya que conforme a lo dispuesto en el art. 22 LPH...*

²⁹ Particularmente alude a la circunstancia de que la PH no dispone de inmuebles que puedan gravarse para garantizar la devolución del préstamo: FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro, en “Personalidad jurídica y comunidades de propietarios”, coord. por FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro, en *Actualidad Civil*, ISSN 0213-7100. núm. 3, 2022, Epígrafe I.

*Trabajo recibido el 29 de noviembre de 2023 y aceptado
para su publicación el 11 de marzo de 2024*

La representación en la junta general de las sociedades de capital familiares: Representación voluntaria y representación legal¹

Representation at the general meeting of family-owned companies: Voluntary representation and legal representation

por

MARÍA TERESA ECHEVARRÍA DE RADA

Catedrática de Derecho Civil

Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN: La asistencia a la junta general en las sociedades de capital familiares es un derecho de los socios que puede ejercitarse personalmente o a través de representante voluntario, o, cuando proceda, mediante representante legal. En estos casos, el régimen jurídico aplicable a la representación en la junta general de la empresa familiar es común a cualquier otra empresa, sin perjuicio de las implicaciones de naturaleza propiamente familiar que puedan presentarse. Mediante el presente estudio se abordan las diversas cuestiones que en el ámbito de la representación voluntaria puede suscitar la aplicación de la normativa societaria contemplada en la Ley de Sociedades de Capital en función de la forma adoptada por la sociedad familiar: limitada o anónima. Por su parte, la representación legal tiene sus características propias y se regula en el Código Civil

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2022-137330OB-I00 “Voluntad, autonomía y bienestar de la persona mayor: retos jurídicos”, de la convocatoria 2022 de los “Proyectos de Generación de Conocimiento” del Ministerio de Ciencia e Innovación, IP Montserrat Pereña Vicente.

español, Cuerpo legal que ha sido objeto de una importante modificación en esta materia tras la reforma operada por la Ley 8/2021 de 2 de junio. En particular, se abordará la representación legal de los menores de edad no emancipados y de las personas con discapacidad a las que se haya provisto de la curatela representativa, medida de apoyo que, aunque prevista con carácter excepcional, va a estar muy presente en una sociedad envejecida en la que la edad va a determinar el aumento de las personas con discapacidad que van a precisar apoyos continuos. Posteriormente, se analizará la especial incidencia de estos supuestos de representación legal en el funcionamiento de las juntas generales de las sociedades de capital de responsabilidad limitada y anónimas, y, por tanto, de las empresas familiares cuando adopten esas formas societarias.

ABSTRACT: Attendance at the general meeting in family-owned companies is a right of the shareholders that can be exercised personally or through a voluntary representative, or, where appropriate, through a legal representative. In these cases, the legal regime applicable to the representation in the general meeting of the family-owned companies is the same as that of any other company, without prejudice to the implications of specifically family-related nature that may arise. This analysis addresses the various issues that, in the area of voluntary representation, may arise from the application of the corporate regulations contemplated in the Spanish Corporate Enterprises Act depending on the form adopted by the family company: limited or public limited company. In turn, legal representation has its own characteristics and is regulated in the Spanish Civil Code, a legal body that underwent an important reform in this topic brought by Law 8/2021, dated June 2. It will deal with the legal representation of unemancipated minors and persons with disabilities who have been provided with a representative curator, a support measure which, although provided for exceptionally cases by the legislator, is going to be very present in an ageing society in which age is going to determine the increase in the number of persons with disabilities who are going to require continuous support. Subsequently, the special incidence of these cases of legal representation in the functioning of the general meetings of limited and limited liability companies, and therefore of family companies when they adopt these corporate forms, will be analyzed.

PALABRAS CLAVE: Sociedades de capital, Sociedades Familiares, Junta General, Representación voluntaria, Representación legal, Socios menores de edad, Socios con discapacidad, Curatela representativa.

KEYWORDS: *Capital Companies, Family Companies, General Meeting, Voluntary Representation, Legal Representation, Minor Shareholders, Shareholders with Disabilities. Representative curatorship.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA EN LA JUNTA GENERAL DE LAS SOCIEDADES FAMILIARES. 1. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. A. Personas que pueden ser nombradas representantes. a) Representación a favor del cónyuge. b) Representación a favor de determinados parientes. c) Representación a favor de otro socio. d) Representación a favor de persona que reúna determinados requisitos. e) Representación por medio de otra persona autorizada por los estatutos. B. Requisitos de forma. C. Alcance de la representación. 2. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA. A. Personas a cuyo favor se puede conferir la representación. B. Forma de conferir la representación. C. Solicitud pública de representación. D. Inaplicabilidad de las restricciones anteriores. E. Alcance de la representación. 3. REGLAS COMUNES APLICABLES A AMBOS TIPOS DE SOCIEDADES. A. Revocación de la representación. B. El principio de buena fe y la doctrina de los actos propios en el ámbito de la representación en juntas generales.—III. REPRESENTACIÓN LEGAL EN LA JUNTA GENERAL DE LAS SOCIEDADES FAMILIARES. 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS. 3. REPRESENTACIÓN LEGAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 4. INTERVENCIÓN DEL REPRESENTANTE LEGAL EN LAS JUNTAS SOCIETARIAS: ACTOS QUE PRECISAN AUTORIZACIÓN JUDICIAL. A. Aportaciones sociales en caso de aumento de capital. B. Renuncia al derecho suscripción o asunción preferente en caso de ampliación de capital. C. Supresión o modificación de cláusulas estatutarias que consagran un derecho de preferente adquisición en la transmisión —sea inter vivos o mortis causa— de acciones o participaciones. D. Concesión de préstamos. E. Interposición de demandas en nombre del socio sometido a curatela representativa.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La asistencia a la junta general en las sociedades de capital es un derecho de los socios que puede ejercitarse personalmente o a través de representante voluntario¹. En caso de representación voluntaria, su adecuada articulación es esencial, puesto que la formación de la lista de asistentes a la junta es el primer acto que debe realizarse para su correcta constitución. La denegación o no admisión de una de esas representaciones, si no se encuentra debidamente fundamentada, puede implicar la nulidad de todos los acuerdos que en esa junta se adopten. Igualmente, la nulidad puede provenir de la admisión de una representación no fundada en la Ley o en los estatutos de la sociedad².

Junto a la representación voluntaria se encuentra la representación legal, entre otros³, de los menores de edad no emancipados y de las personas con discapacidad

en ciertos casos, representación esta última que tiene sus características propias y que ha sido objeto de una profunda modificación mediante la Ley 8/2021, 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 (en adelante Ley 8/2021). En particular, sin perjuicio de que el legislador haya atribuido un papel decisivo a la guarda de hecho como medida de apoyo, nos ocuparemos de la curatela representativa que, si bien se configura como medida excepcional, entendemos que va a tener un importante protagonismo en una sociedad cada vez más envejecida en la que la inevitable pérdida progresiva de la autonomía personal de las personas mayores va a hacer necesaria la prestación de apoyos con carácter continuado.

Mediante el presente estudio se pretende analizar la normativa contenida en la Ley de Sociedades de Capital y en el Código Civil español aplicable a la representación de los socios, voluntaria y legal, en las juntas generales de las sociedades familiares, que se caracterizan por la existencia de lazos familiares entre sus socios y que suelen constituirse como sociedades de responsabilidad limitada. No obstante, también podrán configurarse como sociedades anónimas, porque, como se ha destacado, “en ambos casos el régimen legal de que disponen estas dos formas societarias permite articular una estructura jurídica organizativa de carácter tendencialmente cerrado, en el que el grupo familiar titular de la mayoría del capital social pueda fijar las condiciones estatutarias apropiadas para conseguir que la estructura organizativa de la sociedad se ajuste a sus intereses y necesidades”⁴.

Con carácter previo, debe advertirse que el régimen jurídico aplicable tanto a la representación voluntaria como a la legal en la junta general de la empresa familiar es común a cualquier otra empresa, sin perjuicio de las implicaciones de naturaleza propiamente familiar que puedan presentarse, tal y como proclama con carácter general la SAP de Málaga de 8 de junio de 2021⁵.

II. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA EN LA JUNTA GENERAL DE LAS SOCIEDADES FAMILIARES

1. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

La materia se encuentra regulada con carácter general en el artículo 183 LSC, que contempla las siguientes cuestiones:

A. Personas que pueden ser nombradas representantes.

El artículo 183 LSC, en su apartado primero, permite atribuir la representación del socio al cónyuge, ascendiente o descendiente, a otro socio o a una per-

sona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional. No obstante, la ley contempla la posibilidad de que los estatutos autoricen la representación “por medio de otras personas”.

A diferencia de lo que sucede en el ámbito de la sociedad anónima en el que, como veremos, la representación puede atribuirse a otra persona, aunque esta no sea accionista, en sede de sociedad limitada el *intuitu personae* que la inspira restringe esta posibilidad, al reducir el círculo de los sujetos que pueden recibir la representación, sin perjuicio de que se pueda ampliar por vía estatutaria⁶.

a) Representación a favor del cónyuge

En este supuesto, la condición de “cónyuge” puede acreditarse por cualquier vía y no será necesaria la prueba cuando a la sociedad le conste tal condición, supuesto habitual si se trata de sociedades familiares.

Ha de tenerse en cuenta que la admisión de la demanda de separación, divorcio o nulidad provoca automáticamente la revocación de los poderes entre cónyuges (art. 102 CC)⁷, por lo que el poder conferido por el socio a su cónyuge con carácter previo no servirá para representarle en la junta, supuesto, no obstante, de carácter marginal, puesto que el poder ha de ser especial para cada junta, salvo que conste en documento público. En cualquier caso, el socio podrá hacerse representar por su cónyuge, aunque se encuentren separados legalmente, porque, en tanto no se consume el divorcio, o se declare la nulidad, el vínculo matrimonial persiste⁸.

En cuanto a la incidencia del régimen económico del matrimonio en este ámbito, si rige la sociedad de gananciales, la condición de socio va unida a la titularidad de las participaciones (o de las acciones), con independencia del carácter ganancial. En esta dirección, la RDGRN de 20 de diciembre de 2019⁹ distingue la condición de socio, derivada de la titularidad de la participación ostentada por uno de los cónyuges, y la ganancialidad, “cuestión ajena a la condición de socio que en nuestro ordenamiento mercantil se vincula exclusivamente a su titularidad, como a la misma se vincula el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición”. En consecuencia, solo el cónyuge que sea socio puede ejercitar los derechos sociales. Si un cónyuge adquiere individualmente las acciones o participaciones sociales, aunque exprese adquirir “para su sociedad de gananciales”, tal manifestación tendrá efectos en la relación interna entre los consortes, pero no frente a la sociedad¹⁰.

Si la participación figura a nombre de ambos cónyuges, habría que considerarlo como un caso de copropiedad al que se aplicaría el artículo 126 LSC, que

contempla la necesidad de nombrar a un único representante con el fin de permitir a la sociedad identificar fácilmente a quién tiene que reconocer como socio¹¹. Tal representante, al ser de elección *necesaria* y no voluntaria¹², habrá de designarse por el régimen de mayorías contemplado en los artículos 392 y siguientes del Código Civil. Ahora bien, para estos supuestos, la SAP de Alicante de 17 de enero de 2020¹³ mantiene que un acuerdo verbal entre los copropietarios de la participación social sin un reflejo documental no es el instrumento idóneo para reflejar el acuerdo de designación del que ejercerá los derechos del proindiviso. La Sala invoca la aplicación analógica del artículo 183 LSC que exige que la representación voluntaria en la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada se confiera por escrito¹⁴. Sin embargo, la STS de 24 de marzo de 2023 afirma que dado que la designación del representante al que se refiere el artículo 126 LSC no constituye un supuesto de representación voluntaria, “tampoco cabe aplicarle el régimen del art. 183 LSC en cuanto a las exigencias de forma (poder general en documento público o por escrito y especial para cada junta, salvo el caso de la representación familiar del cónyuge, ascendiente o descendiente). La jurisprudencia tampoco ha exigido que la designación sea expresa, admitiendo la designación tácita, o por tolerancia (sentencia 1082/2004, de 5 de noviembre)”. En cualquier caso, si las partes no se ponen de acuerdo para nombrar un representante único frente a la sociedad, podría designarlo el juez *ex* artículo 398.3 del Código Civil¹⁵.

Si se trata de una comunidad postganancial, supuesto en el que si bien la comunidad se ha disuelto no se ha practicado la oportuna liquidación, no se aplica el artículo 1384 del Código Civil que legitima civilmente los derechos de socio, sino que debe regirse por las normas propias de la comunidad de bienes (arts. 392 y ss. CC)¹⁶, en particular, por el artículo 398 del Código Civil en relación con el artículo 126 LSC que exige designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, como señala el TS¹⁷.

No obstante, la DGRN, en su doctrina anterior, mantenía que no podía confundirse la situación de la comunidad postganancial con lo dispuesto en el artículo 126 de la LSC, relativo a la copropiedad de participaciones y acciones, “dado que se trata de comunidades de bienes radicalmente distintas, tanto por su origen, que en el caso de la copropiedad de acciones o participaciones sociales es la voluntad de los copropietarios, como por las normas que rigen ambas comunidades, que en un caso son las de las comunidades de bienes (cfr. artículos 392 y siguientes del C.C.) y en el otro las de la sociedad de gananciales (arts. 1344 y siguientes del C.C.), como por su duración pues la nota característica de la comunidad postganancial es la de interinidad, dado que la comunidad subsiste solo pendiente de su próxima liquidación y reparto del activo entre sus miembros, lo que no ocurre en las copropiedad de acciones pues aquí la situación tiene vocación de permanencia, sin perjuicio de que pueda acordarse su disolución”¹⁸.

Sin embargo, el Centro Directivo cambia de posición doctrinal a partir de su Resolución de 25 de junio de 2015¹⁹ al sostener la plena aplicación de la previsión del artículo 126 LSC en los supuestos de cotitularidad postganancial, “pues no existe una causa fundada para aplicar a la comunidad postganancial un régimen distinto del previsto por el ordenamiento para cualquier género de comunidad”. En consecuencia, “cuando se ponga de manifiesto ante la sociedad el hecho de la disolución de la sociedad de gananciales de la que forma parte el socio titular y la consecuente existencia de una situación de postcotitularidad, será de plena aplicación la previsión del art. 126 de la Ley de Sociedad de Capital en cuanto exige designar una sola persona para el ejercicio de los derechos del socio, pues solo así se agota el conjunto de intereses presentes en la comunidad”. El Centro añade que para ejercitar los derechos que la Ley concede al socio se ha de exigir, “o bien que concurren todos los interesados, o bien que todos ellos hubieran designado un representante para que ejercite los derechos de socio conforme lo dispuesto en el art. 126 de la Ley de Sociedades de Capital [...]”²⁰.

Por otra parte, se plantea el interrogante de si cabe incluir en el ámbito de aplicación del artículo 183.1 LSC a la pareja de hecho estable, puesto que, a diferencia de lo que sucede en el artículo 231.1.a) LSC, la ley no menciona expresamente esta posibilidad. En la doctrina mercantilista la posición mayoritaria es favorable a la equiparación de la pareja de hecho estable al cónyuge²¹, aunque también existen opiniones contrarias a tal solución y, para ello, se invocan, entre otros, los problemas que esta interpretación trasladaría al presidente de la junta a la hora de decidir el tipo de relación entre el socio representado y el representante asistente a junta, a fin de determinar la analogía con el matrimonio, así como la existencia de una dispersa y diferente normativa autonómica aplicable a las parejas de hecho²². En realidad, este problema de prueba a que se alude puede evitarse mencionando en el apoderamiento la condición de pareja de hecho del que recibe el poder, circunstancia que se puede acreditar mediante la aportación del oportuno certificado de inscripción en el Registro administrativo correspondiente, sin perjuicio de que, en efecto, la consideración de pareja de hecho y sus requisitos se encuentren reguladas por las diversas normativas autonómicas, sin que exista una ley estatal que contemple la cuestión²³.

Lo cierto es que podría haberse aprovechado las recientes reformas de la LSC²⁴, para incluir a la pareja de hecho junto al cónyuge y, de esta forma, evitar cualquier duda sobre el particular.

b) Representación a favor de determinados parientes

El artículo 183.1 LSC menciona a los ascendientes y descendientes, esto es, a los parientes en línea recta, sin límite de grado, y por consanguinidad, no por

afinidad. No obstante, cierta posición considera dudosa la cuestión, porque, al no haber distinguido la ley y comprenderse expresamente las relaciones familiares derivadas del matrimonio, podrían incluirse ambos tipos de parentesco²⁵. Sin embargo, ya en su momento, la STS 18 de marzo de 1961²⁶ mantuvo que “cuando la Ley habla de parentesco hay que atenerse a la definición del concepto que se hace en el artículo 916 del propio Cuerpo Legal, sin que sea lícito hacerlo extensivo a la afinidad si la Ley no lo dispone especialmente en cada caso concreto, pues de los términos de dicho precepto no resulta autorizado, como ya tuvo ocasión de declarar este Tribunal en su Sentencia de 24 de junio de 1905”. Lo cierto es que, en la actualidad, el Código Civil sólo se refiere al parentesco de afinidad, y lo hace expresamente, en los arts. 681, 682 y 754.

En cualquier caso, lo recomendable es que la circunstancia de parentesco se haga constar en el poder, aunque en el caso de las sociedades familiares sea evidente para los constituyentes de la mesa²⁷.

c) Representación a favor de otro socio

El artículo 183.1 LSC no indica qué tipo de socio tiene que ser. Por tanto, deben entenderse incluidos, como posibles representantes, los socios personas físicas o jurídicas²⁸, así como los usufructuarios y acreedores pignoratícios que tengan atribuidos los derechos de socio en virtud de los estatutos o del título constitutivo²⁹. En el caso de persona jurídica que, a su vez, sea socia de una sociedad limitada (o también anónima), la asistencia a junta mediante el administrador, órgano de administración y representación, no implica un supuesto de representación en el sentido examinado, sino de representación orgánica³⁰.

d) Representación a favor de persona que reúna determinados requisitos

Junto al cónyuge, a los descendientes y ascendientes, y a otros socios, el artículo 183.1 LSC permite otorgar la representación a otras personas, si bien se exige que ostenten un poder general otorgado en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio del representado en territorio nacional.

En consecuencia, si no se trata de representación familiar o a través de otro socio, es necesario:

1. Que ese tercero ostente poder general conferido en documento público.
2. Con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional.

El fundamento de la norma reside en el carácter personalista de este tipo societario, que exige que entre el representante y el representado exista una espe-

cial relación de confianza que se materializa en el otorgamiento de un poder para administrar todo el patrimonio³¹.

En este supuesto de representación, ha de precisarse que el poder general lleva implícita la facultad de asistir a las juntas de las sociedades, aunque no recoja expresamente esta última facultad³². A su vez, la referencia a todos los bienes en el territorio nacional ha de interpretarse de modo flexible, de forma que no es preciso que el poder abarque absolutamente todos los bienes del representado en España, siempre que sea realmente general y se refiera a la mayoría de los bienes y derechos.

e) Representación por medio de otra persona autorizada por los estatutos

El artículo 183.1, *in fine*, LSC prevé la posibilidad de que los estatutos autoricen la representación “por medio de otras personas”. En nuestra opinión, como ya señaló en su momento GARCÍA CARACUEL (2014, 6/13), no estamos ante una categoría de personas distinta de las anteriores, no se trata de una «cuarta categoría», sino que la norma se refiere a la flexibilización del estricto requisito del poder. Y, así, los socios pueden decidir por vía estatutaria que el representante que no sea familiar (cónyuge, ascendiente o descendiente), ni socio, no necesite un poder general otorgado en documento público para administrar todo el patrimonio del representado en territorio nacional, sino que baste con un poder especial para la junta concreta de que se trate. Como supuesto típico, se señala el del socio que desea apoderar a su letrado para que asista en su nombre a la junta general, porque no puede asistir personalmente o porque necesita su asesoramiento y no quiere arriesgarse a que el presidente de la junta decida no admitirlo a la reunión³³.

En este ámbito, procede traer a colación la STS de 15 de abril de 2014³⁴ que analiza el régimen jurídico de la representación en junta general de socios de una SL que recogía el anterior artículo 49 de la LSRL, actual 183 de la LSC³⁵. En el supuesto debatido, el presidente había negado la participación del socio mediante representante al carecer de un poder general para administrar la totalidad del patrimonio del poderdante dentro del territorio nacional, como exigía el artículo 49.2 LSRL.

Por su parte, el artículo 14 de los estatutos sociales preveía lo siguiente: “Todo socio que tenga derecho a asistir podrá hacerse representar en la Junta General por medio de otra persona, aunque esta no sea socio, en la forma y con los requisitos establecidos en el artículo 49 de la Ley”.

El interrogante que se planteó es si la remisión al artículo 49 LSRL se refería a los requisitos contemplados en el artículo 49.2 *in fine* o a los contemplados en el apartado 3 de ese mismo precepto³⁶.

La conclusión a la que llega el TS, que confirma el criterio mantenido en la sentencia apelada, es que la finalidad de la cláusula estatutaria no era simplemente reproducir el apartado 2 del artículo 49, sino ampliar el ámbito de los sujetos que podían ser representantes, al permitir que lo fuera cualquier persona sin necesidad de que tuviera un poder general para administrar la totalidad del patrimonio. La referencia que la cláusula estatutaria hacía a la atribución de la representación “en la forma y con los requisitos establecidos en el artículo 49 de la ley” debía entenderse como una remisión a las exigencias contenidas en el apartado 3 del artículo 49 LSRL y, por tanto, a la forma escrita del poder, relativo a todas las participaciones del socio, y especial para cada junta, salvo que constara en documento público³⁷.

Finalmente, por lo que se refiere a la posibilidad de admitir la sustitución, en principio, lo razonable es rechazarla, porque la norma, al restringir la posibilidad de ser apoderados a determinadas personas, lo que persigue, precisamente, es evitar la presencia de extraños en la junta. No obstante, cabría contemplar tal posibilidad por vía estatutaria³⁸.

B. Requisitos de forma

Como ya adelantamos, la representación deberá conferirse por escrito en documento público o privado, si bien en este último caso tendrá que ser especial para cada junta (art. 183.2 LSC). El poder debe contener, entre otros datos, la identidad de la sociedad, la fecha de la junta, la identidad del socio y la fecha en que se firma.

En la actualidad, la representación puede conferirse por medios de comunicación a distancia en el ámbito de la sociedad limitada, aspecto del que nos ocuparemos al analizar la cuestión en el ámbito de la sociedad anónima.

Si observamos la práctica jurisprudencial, se han suscitado una serie de interrogantes que afectan a los requisitos de forma, y que abordamos a continuación.

En primer lugar, se ha planteado si cabe la posibilidad de que el poder sea verbal. La doctrina mayoritaria³⁹, la jurisprudencia⁴⁰ y, en su día, la Dirección General de los Registros y del Notariado⁴¹, han rechazado tal posibilidad, puesto que la exigencia de que el poder sea escrito “tiene carácter imperativo y no admite disposición”, sin que por vía estatutaria pueda admitirse la forma verbal.

Sin embargo, determinada posición doctrinal mantiene que hay que atenerse al contenido de los estatutos y si estos contemplan la suficiencia del poder verbal, lo que habrá de exigirse al representante es que demuestre su existencia, por ejemplo —se indica—, mediante una llamada telefónica. Se añade que no se

entiende el interés en burocratizar las reuniones de unos pocos socios en el marco de un contrato como el de sociedad⁴².

A nuestro juicio, resulta preferible la primera posición que invoca el carácter imperativo de la exigencia de forma escrita del poder para oponerse a su eliminación por vía estatutaria, a lo que cabe añadir la inseguridad jurídica que tal supresión podría originar.

Otra cuestión que se ha suscitado es si la firma original que se estampe en el documento privado ha de estar legitimada. La SAP de Barcelona de 8 de octubre de 2018⁴³ se ocupa de esta cuestión en un supuesto en el que la presidenta de la junta denegó la asistencia y voto al representante de la demandante, al considerar que el poder de representación no cumplía los requisitos del artículo 183 LSC, al no estar la firma legitimada por ninguno de los medios previstos en derecho.

En el caso enjuiciado, los estatutos sociales de la entidad demandada contemplaban la posibilidad de que los socios se hicieran representar por otra persona, socio o no, representación que debía comprender la totalidad de las participaciones del representado, conferirse por escrito y ser especial para cada junta si no constaba en documento público.

La Audiencia mantiene que el poder escrito puede constar en documento público o privado y que, en este caso, la Ley no exige nada más, “ni siquiera la legitimación notarial de la firma”. Además, la Sala pone de manifiesto que la sociedad había procedido en contra de sus propios actos, puesto que la socia poderdante había emitido dos poderes por escrito de representación en favor de la misma persona y, en otra junta celebrada precisamente el mismo día, no se había opuesto la objeción de firma legitimada, a diferencia de lo que sucedió en la segunda junta objeto de debate.

Ahora bien, ¿es posible que los estatutos establezcan la necesidad de esa legitimación? La cuestión aparece contemplada en las ya mencionadas STS de 15 de abril de 2014⁴⁴ y SAP de Barcelona de 8 de octubre de 2018⁴⁵, que excluyen tal posibilidad al considerar, respectivamente, que el artículo 49.3 LSRL y el actual 183.2 LSC establecen unos requisitos necesarios que tienen carácter imperativo y no pueden ser objeto de disposición. En consecuencia, puede concluirse que los estatutos no pueden ampliar tales exigencias y requerir la legitimación de la firma objeto de debate⁴⁶.

También se ha planteado si cabe aceptar una copia simple de un poder notarial. La SAP de Barcelona de 26 de abril de 2022⁴⁷ se pronuncia sobre este interrogante y declara que, si en juntas anteriores se exhibió copia auténtica de un poder notarial que admite la representación en toda junta, estando ello previsto en los estatutos, el hecho de que en otra junta se aporte sólo copia simple no es argumento para impedir la representación del socio si no se demuestra o alega su revocación. En cualquier caso, lo cierto es que en el supuesto enjuiciado la

decisión judicial viene determinada por el hecho de que ya se había exhibido con anterioridad la copia auténtica del poder. Ahora bien, conforme al artículo 98 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al referirse al otorgamiento de los instrumentos públicos por representantes o apoderado, “el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera”. Parece, por tanto, que, en el supuesto debatido, tendría que exigirse también la exhibición de la copia auténtica del poder notarial.

Finalmente se plantea si es posible, cuando el poder no cumpla los requisitos formales, su ratificación posterior, cuestión resuelta en sentido negativo por la STS de 21 de febrero de 2011⁴⁸, al declarar que: “la doctrina de la ratificación opera respecto de negocios jurídicos incompletos en orden a producir sus efectos respecto del ratificante, y aquí lo que se pretende es subsanar, «a posteriori» un apoderamiento insuficiente para asistir a un acto social, el cual está sujeto a unos requisitos que inexorablemente habrán de existir a tiempo de su ejercicio⁴⁹. El accionista podrá disponer de los efectos del acto en lo que a él afecten, pero no en cuanto a la sociedad, y respecto de los restantes accionistas. La convalidación de una junta nula solo puede ser efectuada mediante otra junta válidamente celebrada”⁵⁰.

C. Alcance de la representación.

La representación se confiere respecto de la totalidad de las participaciones que el representado tiene en la sociedad de que se trate, sin que sea necesario que en el documento se haga constar expresamente, porque ello se presume. La consecuencia es que no es posible la representación parcial que solo comprenda una parte de esas participaciones, de forma que no será posible nombrar dos o más representantes, cada uno de ellos en representación de parte de las participaciones que correspondan al socio representado.

Así lo entiende la doctrina mayoritaria⁵¹ y la SAP de Barcelona de 8 de octubre de 2018⁵², que atribuyen carácter imperativo al artículo 183.3 LSC, precepto que excluye expresamente la posibilidad de una representación parcial, al indicar que “la representación comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado”. Ello obedece a que la posición y condición de socio en una sociedad de responsabilidad limitada es única respecto de la indicada entidad, dadas, precisamente, las características propias de este tipo de sociedad. La Audiencia invoca también el artículo 186.4 del Reglamento del Registro

Mercantil que declara que la “representación comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado”. No obstante, ALFARO, J. y CAMPINS VARGAS, A. (2022, 435 y 436) mantienen la posición contraria y afirman que “las participaciones sociales en una sociedad limitada son acumulables y cada una de ellas determina una posición de socio [...]”. Estos autores consideran que la norma del artículo 183 LSC es dispositiva, lo que permite entender “que los socios podrán declarar expresamente su voluntad de atribuir la representación de solo algunas de sus participaciones describiendo con precisión a qué participaciones se refiere el poder de representación, y en los estatutos sociales podrá preverse específicamente que la representación se extenderá a las participaciones designadas *nominatim* en el poder de representación y que, a falta de tal expresión en el poder, se entenderá que el socio está apoderando al representante para que exprese su voluntad respecto de todas sus participaciones en el capital social”.

Supuesto distinto es aquel en el que un socio sea titular exclusivo de unas participaciones sociales y, al tiempo, cotitular en comunidad ordinaria o especial, como la hereditaria o la ganancial, de otras participaciones sociales, lo que permitiría que el socio nombrase un representante por sus participaciones de titularidad plena y que todos los cotitulares designasen a otro representante por las participaciones que les pertenecen en cotitularidad⁵³.

2. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

La materia se regula en los artículos 184, 186 y 187 LSC, así como en el artículo 185 que se aplica también a las sociedades limitadas. En concreto, el artículo 184 regula el elemento subjetivo y los requisitos formales del apoderamiento, el artículo 186 contempla la solicitud pública de representación, y el artículo 187 se refiere a la inaplicabilidad a determinados representantes de las restricciones legales contempladas en los preceptos mencionados.

A tenor de la normativa citada, los principios que rigen la representación en la sociedad anónima son los siguientes:

A. Personas a cuyo favor se puede conferir la representación.

Conforme al artículo 184.1 LSC, puede ser representante cualquier persona, sea o no accionista, a diferencia de lo que sucede en la sociedad limitada lo que obedece al carácter más personalista de esta última. No obstante, los estatutos pueden limitar el ámbito de los posibles representantes, salvo en el caso de la so-

iedad anónima cotizada⁵⁴ en la que se consideran nulas las cláusulas limitativas (art. 522 LSC).

El derecho de representación podrá configurarse en los estatutos en la forma que se estime conveniente. Por tanto, mediante la correspondiente previsión estatutaria pueden exigirse determinadas condiciones en el representante, si bien, en ningún caso, podrá impedirse al accionista que tenga derecho de asistencia a la junta general que intervenga en ella debidamente representado. Esta opción resulta de especial interés precisamente en las sociedades anónimas familiares para limitar el círculo de posibles representantes a quienes ostenten la condición de socio o sean miembros de la familia⁵⁵.

Como veremos, los estatutos de una sociedad anónima, *ex artículo 187 LSC*, no podrán excluir como representantes al “cónyuge, un ascendiente o descendiente del representado, ni tampoco a quien ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional”. El citado precepto, apartándose del criterio contenido en el artículo 183 LSC para las sociedades limitadas, no menciona a los otros accionistas entre los sujetos a quienes no pueden limitarse las facultades representativas⁵⁶.

B. Forma de conferir la representación.

En virtud del artículo 184.2 LSC, la representación debe otorgarse por escrito y, con independencia de que conste o no en documento público, el poder ha de ser especial para cada junta, sin perjuicio de las excepciones legales que, como veremos, contempla el artículo 187 LSC.

La representación también puede conferirse por cualquier medio de comunicación a distancia, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en la ley para el ejercicio del derecho de voto a distancia, y tal atribución debe ser especial para cada junta. Conforme al artículo 189.2 LSC, el voto podrá delegarse o ejercitarse por el accionista “mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia”, si se ha previsto en los estatutos de la sociedad y se garantiza debidamente la “identidad del sujeto” que otorga la representación. A juicio de SANCHO GARGALLO (2021, 2618), la previsión estatutaria es necesaria para ejercitar el derecho de voto a distancia, pero no para realizar el apoderamiento a través de esos medios de comunicación, al ser suficiente la previsión contenida en el artículo 184.2 LSC. Sin embargo, entendemos que, a la luz del artículo 189.2 LSC, cabe interpretar que la previsión estatutaria es necesaria tanto para poder ejercer el derecho a voto a distancia como para atribuir la representación por esta vía.

El artículo 189 LSC ha de relacionarse, a su vez, con el artículo 182 LSC, que contempla el ejercicio del derecho de asistencia a las juntas por vía telemática y que ha sido objeto de reforma por la Ley 5/2021 de 12 de abril por la se modifica el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que, además, ha introducido un nuevo artículo 182 bis, relativo a las juntas exclusivamente telemáticas. En este ámbito, procede distinguir dos momentos o situaciones:

a) Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

El artículo 182 LSC, en su versión original, permitía la asistencia a la junta por medios telemáticos únicamente en el caso de las sociedades anónimas, siempre que se garantizara debidamente la identidad del sujeto si los estatutos preveían esa posibilidad. Por su parte, como hemos señalado, el artículo 189 LSC permite el otorgamiento de la representación por medios de comunicación a distancia en las sociedades anónimas⁵⁷.

Conforme a esta regulación, el interrogante que se planteó es si cabía la posibilidad de otorgar la representación a través de los medios de comunicación mencionados en los citados preceptos en caso de que se tratara de una sociedad de responsabilidad limitada.

La RDGRN de 19 de diciembre de 2012⁵⁸ se pronunció sobre esta cuestión en un supuesto en el que el registrador había rechazado la inscripción de ciertos apartados de los estatutos de una sociedad limitada relativos, por una parte, a la celebración de la Junta General mediante videoconferencia o cualquier otro medio de comunicación a distancia que garantizaran debidamente la identidad del sujeto, y, por otra, a la utilización de esos medios como forma para otorgar y probar la representación, al tratarse de posibilidades reservadas exclusivamente a los estatutos de las sociedades anónimas.

En una primera aproximación, el Centro Directivo admite que, conforme al artículo 183.2 LSC, que exige que en las sociedades de responsabilidad limitada la representación se confiera por escrito, la interpretación literal de tal expresión podría entenderse como carta, documento o cualquier papel manuscrito, mecanografiado o impreso. No obstante, a continuación, rechaza esta interpretación estrictamente literal, por cuanto el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, declara expresamente que “la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel”.

A su vez, la Resolución analizada invoca los artículos 23 a 29 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, en concreto, el artículo 23.3 que declara que “siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato

o la información se contiene en un soporte electrónico”. así como el artículo 24.2 que dispone que “en todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental”.

De acuerdo con lo expuesto, el Centro Directivo sostiene que “la expresión contenida en el artículo 183 de la Ley de Sociedades de Capital de que en las sociedades de responsabilidad limitada la representación ha de constar por escrito no excluye otras formas de constancia y prueba de que la representación ha sido otorgada, como pueden ser los medios telemáticos o incluso audiovisuales, siempre que quede constancia en soporte grabado para su ulterior prueba”.

En contra de este criterio, que admitió la posibilidad de atribución telemática de la representación en el caso de sociedades limitadas, cierta posición doctrinal argumentó en su momento que tal solución chocaba frontalmente con la doctrina del TS, que había declarado el carácter imperativo del artículo 183 LSC y su no sujeción a la disponibilidad de los socios, de forma que por vía estatutaria solo cabía incrementar las personas que podían ser representantes⁵⁹.

Lo cierto es que la posición mantenida por el Centro Directivo en la Resolución de 19 de diciembre de 2012 fue posteriormente confirmada en las Resoluciones de 25 abril de 2017⁶⁰, de 26 de abril de 2017⁶¹ y de 8 enero de 2018⁶².

b) Ley 5/2021 de 12 de abril por la se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital

Esta ley suprime la referencia a las sociedades anónimas contenida en el artículo 182 LSC, de forma que el precepto se aplica a todas las sociedades de capital, incluidas, por tanto, las de responsabilidad limitada. Aunque la necesidad de esta modificación se ha cuestionado a la luz de la doctrina que había mantenido la DGRN sobre la materia⁶³, consideramos muy acertada la reforma, porque elimina cualquier debate sobre este particular que, como hemos advertido, de hecho y a pesar del criterio del Centro Directivo, se suscitó en la doctrina.

A su vez, la Ley 5/2021 introduce un nuevo artículo 182 *bis* en el que se contempla la posibilidad de celebración de las juntas en forma exclusivamente telemática, y extiende expresamente esta previsión a las sociedades de responsabilidad limitada⁶⁴, posibilidad que ya se había contemplado en la normativa especial dictada con motivo de la pandemia, con el fin de facilitar la celebración de las juntas de las sociedades en esas circunstancias especiales⁶⁵, incluso, en defecto de previsión en los estatutos.

Aunque la reforma citada no ha afectado al artículo 189 LSC, en concreto, a su apartado segundo, que sigue considerándose una especialidad de la sociedad anónima, no hay duda de que el socio de una sociedad de responsabilidad limitada puede conceder la representación a través de medios de comunicación a distancia⁶⁶.

En definitiva, conforme a la normativa vigente, la atribución de la representación por medios de comunicación a distancia, siempre que se garantice debidamente la identidad del socio y exista previsión estatutaria, es posible tanto en la sociedad anónima como en la sociedad de responsabilidad limitada. Ahora bien, en los supuestos en los que el poder tenga que constar en documento público (arts. 183.1 y 187 LSC se refieren al poder general en documento público), tal formalidad debe cumplirse, porque estos medios de comunicación a distancia no equivalen en ningún caso al documento público al que se refieren los artículos 183 y 187 LSC, ni siquiera en el caso de documentos electrónicos firmados con firma electrónica reconocida, que no por ello tienen la condición de públicos⁶⁷.

Por su parte, el artículo 17 *ter* de la Ley del Notariado, añadido por el artículo 34.4 de la Ley 11/2023, de 8 de mayo⁶⁸, declara en su apartado primero lo siguiente: “Se podrá realizar el otorgamiento y autorización a través de videoconferencia como cauce para el ejercicio de la función pública notarial, en los siguientes actos o negocios jurídicos: c) Los poderes de representación procesal, para la actuación ante las administraciones públicas, así como los electorales, y los poderes para actos concretos”. Ahora bien, en su inciso final, se añade que: “No será posible la autorización por videoconferencia de poderes generales o preventivos”.

C. *Solicitud pública de representación*

En este supuesto contemplado en el artículo 186 LSC, es el representante el que se ofrece públicamente a varios socios para actuar como tal⁶⁹. Cuando tenga lugar la solicitud pública de representación, sea por los administradores, depositarios de las acciones o encargados de registros contables, sea para sí o para otro, “el documento en que conste el poder deberá contener o llevar anejo el orden del día, así como la solicitud de instrucciones para el ejercicio del derecho de voto y la indicación del sentido en que votará el representante en caso que (*sic*) no se impartan instrucciones precisas”.

Si tales instrucciones constaren en el documento representativo, la ley permite su no seguimiento cuando concurren circunstancias ignoradas en el momento del envío de las instrucciones y se corra el riesgo de perjudicar los intereses del representado. En caso de voto emitido en sentido distinto a las instrucciones, el representante deberá informar inmediatamente al representado, por medio de escrito en que explique las razones del voto.

En definitiva, nos encontramos ante unas medidas previstas para la protección del accionista, fundamentalmente aplicables “en el ámbito de sociedades anónimas abiertas al mercado de capitales y caracterizadas, entre otros aspectos,

por la existencia de un gran número de accionistas meramente inversores y, en cuanto tales, no directamente interesados en la gestión social y en el control de la sociedad” (STS de 5 de mayo de 2016⁷⁰).

Cabe anticipar que el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 186 LSC no se exige cuando el representante solicite y ostente la representación de más de tres accionistas vinculados por los lazos familiares o por ser un apoderado general. Ello obedece a que el riesgo de conflicto de intereses entre el representante y el representado que existe en caso de solicitud pública de representación no parece darse cuando se trata de representación familiar o por medio de un apoderado general⁷¹.

D. Inaplicabilidad de las restricciones anteriores

Las limitaciones y reglas establecidas en los artículos 184 y 186 no serán de aplicación, “cuando el representante sea el cónyuge o un ascendiente o descendiente del representado ni tampoco cuando aquél ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional” (art. 187 LSC).

Las consideraciones realizadas para la sociedad limitada en cuanto al elemento subjetivo (art. 183.1 LSC), son aplicables también en este ámbito.

La excepción del cumplimiento de ciertas restricciones legales en caso de representación a través de ciertos familiares (cónyuge, ascendientes y descendientes)⁷² y de apoderado general, se justifica en la estrecha confianza que el legislador presupone entre estos representantes y sus representados⁷³. Como señala ZUBIRI DE SALINAS (2011, 1335), aunque se trata de un régimen excepcional, en la práctica, el artículo 187 LSC resulta aplicable a muchas sociedades anónimas cerradas que giran en torno al ámbito familiar, en particular, a las sociedades familiares de “primera generación”.

Conforme al artículo 187 LSC, no hay duda de que, entre las restricciones legales que no se aplican en los casos descritos, se incluye la exigencia de que el poder de representación se otorgue con carácter especial para cada junta general contenida en el artículo 184.2 LSC, excepción que se considera muy oportuna en el seno de las sociedades familiares al permitir al socio otorgar su representación de manera continuada, e incluso permanente, a favor de uno de dichos familiares⁷⁴.

En cuanto a la exigencia de forma escrita, conforme al tenor literal del artículo 187 LSC, no se aplicará cuando el representante lo sea uno de los familiares a que se refiere el citado precepto, excepción que no alcanza al apoderado general, puesto que la norma exige expresamente que en este caso el poder se

otorgue en documento público. Sin embargo, la doctrina se cuestiona la razón de la exención de esta exigencia y, por tanto, la procedencia del apoderamiento verbal a favor del cónyuge, descendiente o ascendiente, puesto que, como destaca cierta posición, supone un trato discriminatorio e injustificado en supuestos de representación familiar en las sociedades limitadas en las que no se excluye la aplicabilidad de esta restricción⁷⁵, y, además, suscita problemas de prueba de la existencia y contenido del poder⁷⁶. En cualquier caso, mientras se mantenga la actual redacción del artículo 187 LSC, para evitar posibles conflictos lo recomendable es que por vía estatutaria se establezca expresamente la necesidad de forma escrita del poder también cuando el representante sea un familiar del representado, previsión que se aconseja especialmente cuando se trate de sociedades anónimas familiares⁷⁷.

Precisamente, por lo que se refiere a las “restricciones estatutarias”, el interrogante que se plantea es si estas son aplicables en los supuestos de representación familiar y representación mediante apoderado general, o si, por el contrario, en virtud del artículo 187 LSC, quedan también excluidos de estas previsiones. Por su parte, la DGRN, cuando se ha ocupado de este supuesto, lo ha hecho en relación con el derogado artículo 108 LSA que solo hablaba de “restricciones”. Así, la RDGRN de 25 de septiembre de 1997⁷⁸ consideró inaplicables las restricciones establecidas por la propia Ley, “lo que debe entenderse referido tanto a los que ésta prevé de modo preciso y concreto como a aquellas que, teniendo su apoyo potencial en la norma, son desarrolladas en los estatutos”.

Si bien la DGRN no se ha vuelto a pronunciar sobre esta cuestión, si lo ha hecho la jurisprudencia menor. En particular, la SAP de Murcia de 17 de diciembre de 2020⁷⁹ se ocupa de un supuesto en el que en la junta general de una sociedad anónima se habían modificado los estatutos en lo afectante a la representación voluntaria. En concreto, se había estipulado lo siguiente: “Todo accionista que tenga derecho de asistir, podrá hacerse representar en la Junta General por medio de otro socio, su cónyuge, ascendiente o descendiente. Esta representación es revocable y la asistencia personal a la Junta del representado tendrá valor de revocación”. Por tanto, se había reducido el círculo de personas susceptibles de ser representantes en junta por vía estatutaria. La socia demandante, luego parte apelada, mantiene que esa restricción es contraria al artículo 187 LSC, de forma que los estatutos nunca pueden excluir como representantes a los familiares mencionados en el precepto, ni tampoco a quien ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional.

Aunque la cuestión había sido resuelta por la sentencia del Juzgado de lo Mercantil en el sentido de que no existía infracción legal del artículo 187 LSC, y tal pronunciamiento no había sido objeto de impugnación, lo que impide entrar

a verificar la existencia de tal infracción en la apelación, la Audiencia aprovecha para ofrecer su interpretación de los artículos 184 y 187 LSC y lo hace en el siguiente sentido:

i) "interpretación literal

Lo que el art 187 declara que no son de aplicación son las «restricciones legales» contempladas en los arts. 184 y 186, y el apartado 1 del art 184.1 no establece ninguna restricción legal: solo habilita a los estatutos a delimitar el ámbito subjetivo de los representantes.

Las restricciones aparecen en el apartado 2 del art 184 y en el art 186, al exigir unos determinados requisitos formales de la representación. Esos son los requisitos que el art 187 dice que no entran en juego cuando el representante es un familiar cercano o un apoderado general.

ii) interpretación teleológica: conectado con lo anterior, las exigencias formales contenidas en los arts. 184.2 y art 186 LSC, que responden a cierta desconfianza en la representación, no entran en juego cuando el representante está vinculado con el representado por una relación familiar directa o tiene concedido un poder general para administrar el patrimonio en territorio nacional, revelador de una relación de confianza

Esas circunstancias son las que explican que los requisitos formales aquí no se exijan.

iii) interpretación sistemática: cuando el legislador ha querido preservar en todo caso la representación familiar o por medio de apoderado general, como ocurre en las sociedades limitadas, lo ha hecho expresamente (art 183).

Si el legislador ha mantenido un trato diferenciado entre ambos tipos societarios, es una opción legal que el intérprete no puede obviar, sin que parezca respetuoso con ello su asimilación por vía de interpretaciones restrictivas de la libertad la autonomía de la voluntad de los socios, que pueden en estatutos establecer un pacto como el que aquí se impugna, que no es contrario a la ley ni a los principios configuradores de la sociedad anónima (art 28 LSC)".

En consecuencia, la Audiencia mantiene que el artículo 187 LSC no es obstáculo alguno para que por vía estatutaria se acuerden restricciones que, en concreto, establezcan que el accionista deba estar representado por persona que "no" sea familiar o apoderado general.

En el ámbito doctrinal, encontramos opiniones que defienden la tesis de que las restricciones no aplicables a determinados representantes serán tanto las legales como las estatutarias, puesto que "la norma pretende garantizar que en todo caso el accionista pueda estar representado por medio de un familiar directo (cónyuge, ascendiente o descendiente) o de un apoderado general"⁸⁰. En contra de esta posición se ha sostenido, a nuestro juicio de forma acertada, que el sentido que cabe atribuir a la expresión "restricciones legales" contenida en

el actual artículo 187 LSC es el de considerar que se refiere, exclusivamente, a las previstas en la ley, es decir, a las relativas al carácter escrito y especial para cada junta (art. 184.2 LSC), y a la solicitud pública de representación (art. 186 LSC), que, en consecuencia, no son aplicables a los familiares mencionados ni a los apoderados generales. A ello, se añade que el derogado artículo 108 LSA, a diferencia del actual artículo 187 LSC, solo hablaba de restricciones, expresión amplia que permitía incluir también las estatutarias, y, además, cuando la LSC quiere referirse a los estatutos, lo hace expresamente, (arts. 159, 102.3, 200, 346, 347, 350, 351 y 362), lo que no sucede en el artículo 187⁸¹.

En todo caso, a efectos prácticos, lo recomendable en estos supuestos es que se contemple en los estatutos cuál es la voluntad de los socios “en cuanto al juego entre el art. 184.1 y 187 LSC”⁸².

Finalmente, como apuntamos, las restricciones previstas en el artículo 186 LSC, relativo a la solicitud de representación pública, no se aplicarán cuando el representante solicite y tenga la de más de tres accionistas vinculados por lazos familiares. En el caso de la sociedad anónima familiar, cuando todos o algunos de los miembros de la familia se hayan vinculado a través de un pacto de socios y actúen conjuntamente a través de un representante común, se recomienda que se especifique en los estatutos sociales que la representación de más de tres accionistas sin que el apoderado haya solicitado previamente el otorgamiento de la representación, no constituye un supuesto de solicitud pública de representación, ni obliga, por tanto, a cumplir con las exigencias contenidas en el art. 186 LSC⁸³.

E. Alcance de la representación

La regulación específica aplicable a las sociedades anónimas no contiene prohibición alguna de la representación parcial, a diferencia de lo que sucede en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada (art. 183.3 LSC). Por tanto, es posible que el socio otorgue poder de representación en relación con una parte de sus acciones y asista personalmente con el resto.

Aunque esta solución se ha cuestionado por cierta posición que considera improcedente la comparecencia personal del socio respecto de unas acciones y a través de representante respecto de otras, porque en tal caso la asistencia personal tendría valor revocatorio conforme al artículo 185 LSC⁸⁴, cuestión en la que profundizaremos más adelante. lo cierto es que, como se ha destacado desde otra perspectiva, esta posibilidad podría ser interesante “para permitir que el socio asista a la reunión acompañado de una persona de su confianza que pueda ayudarle a formar su voluntad en orden al ejercicio de sus derechos”⁸⁵.

3. REGLAS COMUNES APLICABLES A AMBOS TIPOS DE SOCIEDADES.

A. Revocación de la representación

Conforme al artículo 185 LSC, “La representación es siempre revocable. Salvo que otra cosa se establezca en los estatutos, la asistencia personal a la Junta del representado tendrá valor de revocación de la total representación conferida”.

La revocación es una declaración de voluntad recepticia que, por tanto, ha de notificarse al representante y acreditar su recepción, sin que sea necesaria la prueba del conocimiento del acto por su destinatario. Para su eficacia frente a la sociedad, el socio deberá notificárselo también a esta antes de la celebración de la junta⁸⁶. Los efectos de la revocación se producen *ex nunc* desde su comunicación al representante, o desde la concurrencia de los actos concluyentes que ponen de manifiesto la voluntad de dejarla sin efecto.

Para cierto sector doctrinal, el artículo 185 LSC ha de interpretarse en el sentido de que no es posible el pacto de irrevocabilidad, ni norma estatutaria que lo establezca, puesto que se trata de un derecho indisponible⁸⁷. Desde otra perspectiva, se matiza que el pacto de irrevocabilidad carece de efectos frente a la junta, porque la sociedad no debe verse envuelta en los conflictos entre socio y representante, si bien, produce efectos obligatorios entre las partes⁸⁸.

Precisamente, a esa eficacia obligacional se refiere la STS de 20 de mayo de 2015⁸⁹ que contempla un supuesto en el que los hijos habían constituido en escritura pública un derecho de usufructo sobre determinadas acciones de una sociedad anónima familiar a favor de su padre, al que habían cedido irrevocablemente la representación de los derechos políticos correspondientes a las mismas y se habían obligado en cada caso a instrumentar los correspondientes apoderamientos a favor del usufructuario.

Sin entrar en mayores profundidades, a los efectos que aquí interesan, ante la negativa de los hijos al reconocimiento de los derechos del padre derivados del título constitutivo del usufructo, el Tribunal Supremo confirmó la obligación de aquellos de otorgar el poder de representación a favor del padre como usufructuario, al estar prevista en el título constitutivo de tal derecho del que derivan las relaciones internas entre el nudo propietario y el usufructuario (arts. 1089 y 1091 CC). Otra cosa es que los nudos propietarios otorgantes del poder pudieran asistir a las respectivas juntas, con el efecto revocatorio previsto actualmente en el artículo 185 LSC. Pero ello, afirma el Alto Tribunal, “no debe impedir que el poder se otorgue, pues en caso de que se revoque la representación al usufructuario por la asistencia personal del o de los nudos propietarios, y el voto de estos sea contrario al derecho que corresponde al usufructuario (derecho al dividendo,

en todo caso), nacerá a favor de éste la acción de indemnización por los daños y perjuicios causados, conforme previene el art. 1101 CC⁶⁶.

Esta STS nos conduce a la cuestión del alcance que cabe atribuir a la asistencia personal del representado a la junta, asistencia que, *a priori*, conforme al artículo 185 LSC, se interpreta como un supuesto de revocación del apoderamiento. Ahora bien, ello no implica que la mera presencia del representado en la junta suponga siempre la revocación automática de la representación, como han sostenido las SSTS de 25 de febrero de 1992⁹⁰ y de 28 de marzo de 2011⁹¹ y determinada posición doctrinal⁹², sino que habrá que tener en cuenta las circunstancias que rodeen la presencia del socio en la junta, para determinar, en su caso, si ello implica su voluntad de revocar la representación⁹³.

En esta sede, procede traer a colación también el artículo 186.5 RRM, que, en su actual redacción⁹⁴, permite establecer en los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada que la asistencia personal del representado a la junta no implique la revocación de la representación. A la luz de esta norma reglamentaria, se ha entendido que cabe atribuir en los estatutos una legitimación irrevocable para el ejercicio del derecho de voto al representante de quienes hayan suscrito un protocolo familiar. Como afirma RONCERO SÁNCHEZ (2020, 175, nota 42), los pactos de irrevocabilidad que se incluyan en los protocolos familiares carecen de eficacia *erga omnes* y no serán oponibles frente a terceros, pues, además de que el artículo 186.5 RRM se refiere solo a la eficacia revocatoria tácita de la asistencia personal del representado a la junta general (por tanto, la previsión estatutaria no impediría que el representado pudiese revocar la representación de la misma forma que la otorgó), otra interpretación iría en contra del artículo 185 LSC. En definitiva, los pactos de irrevocabilidad tendrán eficacia meramente obligacional entre las partes, pero no impedirán que los representados puedan revocar la representación y hacerla oponible a terceros.

Lo cierto es que la DGSJFP en dos resoluciones, ambas de 5 de febrero de 2020⁹⁵, admiten la inscripción de una cláusula estatutaria en la que se contempla que la asistencia personal del representado a la junta, “no tendrá valor de revocación de la total representación conferida”. Estas resoluciones resumen la doctrina jurisprudencial que ha admitido la irrevocabilidad del mandato cuando responde a las exigencias de otro contrato en el que estén interesados también terceras personas, interpretación en la que el Centro Directivo, y así lo hace constar, no profundiza ni prejuzga. Por lo que se refiere en concreto al supuesto debatido, ambas resoluciones mantienen que “la disposición estatutaria cuestionada, más que establecer la irrevocabilidad de la representación, reduce las formas en que la revocación puede declararse, al excluir únicamente la revocación tácita que tendría efecto por la asistencia del representado a la junta. Y si se interpreta en el sentido más adecuado para que produzca efecto, sin contrariar la esencial revo-

cación de la representación (artículo 185, inciso inicial) ni la norma que prohíbe la presencia simultánea del socio legitimado para asistir con solo parte de sus participaciones y la asistencia del representante con las restantes (cfr. artículo 183.3 y Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1992 y 28 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3020), puede entenderse como autorización estatutaria para que asistan representante y representado si bien con legitimación de solo uno de ellos para ejercitar los derechos de socio (cfr. artículo 181.1)”. Lo cierto es que, finalmente, la Dirección General no se pronuncia sobre a quién de los dos corresponde tal ejercicio⁹⁶.

En cualquier caso, una vez más, se recomienda recoger en los estatutos una regla que deje claro el significado concreto de la asistencia personal del representado a la junta de la sociedad para evitar las posibles incidencias en orden a su constitución y posterior desarrollo⁹⁷.

B. El principio de buena fe y la doctrina de los actos propios en el ámbito de la representación en juntas generales.

La validez de la representación dependerá del cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios que resulten exigibles. Ahora bien, en determinados supuestos, la inobservancia de esos requisitos no va a determinar que prospere la acción de impugnación en su caso ejercitada, por la operatividad del principio de la buena fe y la doctrina de los actos propios.

Así, la jurisprudencia ha mantenido en diversas ocasiones que no puede negarse el carácter de representante a una persona cuando en juntas anteriores se venía aceptando esa misma representación. Ahora bien, como matiza *obiter dicta* la STS de 21 de febrero de 2011⁹⁸, “el que en una Junta no se impugnen por un accionista unos defectos o irregularidades no le vincula a efectos de no poder oponerse cuando se produzcan o repitan en otras juntas posteriores, sin perjuicio de la operatividad del principio de la buena fe, cuya valoración debe hacerse en consideración a cada caso particular”.

Por su parte, la RDGSJFP de 26 de febrero de 2020⁹⁹ estimó incorrecta la actuación de la presidenta que, por una parte, consideró suficiente una representación para consentir la celebración de una junta fuera del término municipal donde la sociedad tenía su domicilio y, al mismo tiempo, entendió que esa representación era insuficiente para ejercitar el derecho de voto precisamente en la junta que, en virtud de la misma representación, se consideró válidamente constituida.

Muy recientemente, la STS de 5 de julio de 2022¹⁰⁰ se ha pronunciado sobre la impugnación de unos acuerdos adoptados en unas juntas generales de dos

sociedades limitadas, por la defectuosa representación en las mismas de varios socios de ambas compañías. En una de ellas, no había previsión estatutaria y la representación se había conferido en documento privado a favor de una persona no comprendida en el ámbito del artículo 183 LSC, aunque sí tenía carácter especial para las juntas. En la otra compañía, los estatutos, tras reproducir el artículo 183 LSC, preveían lo siguiente: “También podrá hacerse representar por cualquier otra persona, siempre que la representación conste en documento público y sea conferida con carácter especial para cada junta”.

En ambos casos, los presidentes rechazaron la intervención de los representantes de los socios en las juntas, que, a su vez, proceden a impugnar los acuerdos adoptados en ellas. El Tribunal Supremo admite la impugnación y la nulidad de los acuerdos adoptados, porque si la sociedad había admitido en diversas juntas esa forma de representación, resulta contrario a la buena fe y a los propios actos negarse a la misma repentinamente, por lo que habría sido necesario preavisar del cambio de criterio con antelación. En particular, el Alto Tribunal declara que “como, guía o regla de interpretación, debe tenerse presente que los requisitos de representación se establecen en la LSC en interés de la sociedad, para facilitar el control de asistencia y participación en las juntas generales; y, al mismo tiempo, que negar el derecho de asistencia supone una restricción muy intensa de los derechos del socio, por lo que quien presida la junta tiene que extremar su buena fe, a fin de tutelar y garantizar los derechos del socio; por lo que si en juntas anteriores se ha admitido a alguien de forma continuada como representante de un socio, el presidente actuaría contra la buena fe cuando, sin que hayan cambiado las circunstancias y sin advertencia previa al respecto, negara la validez de la representación anteriormente reconocida (actos propios y confianza legítima)”. En definitiva, “el precedente por sí solo no es fuente normativa que obligue de cara al futuro, ya que puede variarse y ajustarse a la ley; pero después de haber generado la confianza en los socios en que se podía acudir a esa clase de representación, negarlo en el momento de constitución de las juntas generales, sin margen de reacción, es lo que resulta contrario a la buena fe”.

III. REPRESENTACIÓN LEGAL EN LA JUNTA GENERAL DE LAS SOCIEDADES FAMILIARES

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Junto a la representación voluntaria se encuentra la representación legal, que tiene sus características propias y que se regula en el Código civil, Cuerpo legal que ha sido objeto de una importante modificación en esta materia tras la reforma operada por la Ley 8/2021. Entre otros cambios, desaparece la figura de la

incapacitación de las personas —al considerarse que se trataba de una institución contraria a la Convención de Nueva York¹⁰¹, lo que ha conllevado la supresión del artículo 171 del Código Civil que contemplaba la patria potestad prorrogada o rehabilitada con relación a los hijos mayores de edad judicialmente incapacitados. Asimismo, la tutela ha quedado reservada exclusivamente a los menores no emancipados en situación de desamparo y a los menores no emancipados no sujetos a patria potestad (art. 199 CC).

La nueva regulación contempla una serie de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad de carácter asistencial en los ámbitos en los que sea necesario, que habrán de respetar su voluntad, deseos y preferencias. Solo en casos excepcionales, estas medidas podrán incluir funciones representativas (art. 249.3 CC).

Conforme a la regulación vigente, quedan sometidos a representación legal, los menores de edad no emancipados, los desaparecidos y los declarados ausentes¹⁰², y las personas con discapacidad a las que, en su caso, se haya provisto de medidas de apoyo que excepcionalmente impliquen funciones representativas, como la curatela representativa, medida de apoyo formal de origen judicial (art. 269.3 CC), o la guarda de hecho, medida informal de apoyo que puede ir acompañada de funciones representativas (art. 264 CC).

En el presente estudio nos centraremos, en particular, en la representación legal de los menores de edad no emancipados y de las personas con discapacidad a las que se haya provisto de la curatela representativa como medida de apoyo, con el fin de analizar posteriormente su particular incidencia en el funcionamiento de las juntas generales de las sociedades de capital (de responsabilidad limitada y anónimas), y, por tanto, de las empresas familiares cuando adopten esas formas societarias.

2. REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS

La representación legal de estos menores corresponderá a los padres que ejercen la patria potestad (arts. 154 y 162 CC) o al tutor (art. 225 CC). La representación no juega en los casos en los que las normas, de acuerdo con su madurez, permiten a los menores actuar por sí solos o en los que sólo necesiten asistencia.

Si los representantes no cumplen sus funciones o si existe conflicto de intereses con el representado, conflicto que puede suceder con cierta frecuencia en las sociedades de tipo familiar cuando la representación la ostenta un pariente del menor, será necesaria la intervención del defensor judicial, al que se aplicarán las normas previstas para el defensor judicial de las personas con discapacidad (arts.

235 y 236 CC)¹⁰³. En caso de que el menor tenga varios representantes legales —así, ambos progenitores ejercer la patria potestad, o existen varios tutores en el mismo ámbito de actuación, por ejemplo, varios tutores de los bienes—, si el conflicto de intereses existe solo con uno de los representantes legales, actuará el otro representante legal, sin que, por tanto, proceda el nombramiento de defensor judicial (arts. 163.2, 224 y 283.2 CC).

Si el menor está sometido a patria potestad, el artículo 166 del Código Civil describe los actos que los progenitores no pueden realizar sin previa autorización judicial, tales como la renuncia de derechos, la enajenación o gravamen de sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones. Se requiere, además, que en estos casos concurra justa causa de utilidad o necesidad. La autorización se recabará de la autoridad judicial conforme a las normas de la Ley de Jurisdicción Voluntaria¹⁰⁴. Tal autorización no es necesaria si se trata de un menor de dieciséis años y consintiere en documento público, ni tampoco para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros. Es destacable que algunas legislaciones forales contemplan otros mecanismos alternativos a la autorización judicial para controlar determinados actos dispositivos de los representantes legales sobre el patrimonio del menor¹⁰⁵.

En caso de menor sometido a tutela, se aplicarán las normas de la curatela representativa —medida de apoyo de las personas con discapacidad— (art. 224 CC), y, por tanto, a efectos de autorización judicial previa, ésta se exigirá para los actos del artículo 287 del Código Civil.

3. REPRESENTACIÓN LEGAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Si el socio lo es una persona con discapacidad, conforme a la reforma operada en el Código Civil por la Ley 8/2021, cuando no exista otra medida de apoyo voluntaria de carácter formal ni apoyos informales suficientes, en particular, la guarda de hecho¹⁰⁶, la medida de apoyo judicial a adoptar es la curatela, que será constituida por el juez mediante resolución motivada. A su vez, la curatela puede ser asistencial o representativa, si bien, esta última tiene carácter excepcional y solo procederá cuando “no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, a pesar de haberse hecho un esfuerzo considerable” (art. 249.3 y art. 269.3 CC). Para su ejercicio, “se deberá tener en cuenta la trayectoria vital, sus creencias y valores” (art. 249 CC). También en este supuesto procederá el nombramiento del defensor judicial en los casos previstos en el artículo 295 del Código Civil, entre los que se encuentra la existencia de conflicto de intereses

entre el curador representativo y el representado, conflicto que, si se trata de sociedades familiares, no será infrecuente, puesto que, a tenor del artículo 276 del Código Civil, en defecto del designado en autocratela, que puede y suele serlo un pariente, gozan de preferencia para ser nombrados curadores los cónyuges y parejas de hecho y los parientes a que se refiere el citado precepto.

En el supuesto examinado, conforme al artículo 269 del Código Civil, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad, así como cuándo precisa autorización judicial, que será necesaria, en todo caso, para los actos del artículo 287 del Código Civil¹⁰⁷. Este precepto se refiere, entre otros, a los actos de enajenación y gravamen, a la renuncia de derechos, a la interposición de demandas en nombre de la persona a la que se presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía y a los actos consistentes en dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

Es conveniente destacar que, en caso de autocratela, medida voluntaria de apoyo que tiene como contenido fundamental el nombramiento —*rectius* la propuesta— o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador, el otorgante puede también contemplar disposiciones complementarias sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en particular, las que se refieran a la administración y disposición de bienes. En este supuesto, cabe plantearse si es posible dispensar al curador representativo propuesto por el interesado de la autorización judicial para los actos enumerados en el artículo 287 del Código Civil. La cuestión suscita alguna duda, pues el citado precepto requiere autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los supuestos que contiene. La expresión “en todo caso”, que alcanza a todo curador representativo, podría llevar a defender la imperatividad de la norma, que se aplicaría también si se nombra curador representativo a la persona designada por el propio interesado¹⁰⁸. Sin embargo, parece que ese carácter imperativo del artículo 287 del Código Civil en cuanto a la necesidad de la autorización judicial en el caso del régimen común de la curatela, cede en los casos de autocratela, donde tendría un mero carácter supletorio, solución que se ha justificado en la necesidad de respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona otorgante, siempre que esta haya actuado libre y conscientemente¹⁰⁹.

Por lo que se refiere a los poderes preventivos, aunque no hayan sido objeto específico del presente estudio, ha de subrayarse su importancia como medida voluntaria de apoyo con sustantividad propia tras la reforma operada en el Código Civil por la Ley 8/2021, que debe contar con un diseño que ha de ser “autosuficiente y proporcionar un régimen que permita cumplir las finalidades propias de toda medida de apoyo”¹¹⁰. Pues bien, si se trata de poderes preventivos generales

otorgados con cláusula de subsistencia y, también, para el supuesto de futura discapacidad, conforme al artículo 259 del Código Civil, el apoderado quedará sujeto al régimen de la curatela en todo aquello no previsto en el poder, y, por tanto, al régimen de autorizaciones contemplado en el artículo 287 del Código Civil. No obstante, el propio artículo 259 contempla la posibilidad de que el poderdante haya previsto otra cosa; así, la dispensa al apoderado preventivo de las reglas de la curatela, que se aplican por defecto si el poder preventivo es general, lo que se debe entender como posibilidad de dispensa de la autorización judicial¹¹¹.

4. INTERVENCIÓN DEL REPRESENTANTE LEGAL EN LAS JUNTAS SOCIETARIAS: ACTOS QUE PRECISAN AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Si el titular de las acciones o participaciones es un menor de edad no emancipado, asistirán a la junta general y votarán por ellos sus representantes legales: los padres que ejercen la patria potestad, o el tutor, y, en determinados casos, como ya destacamos, el defensor judicial.

Si existen varios representantes —así, dos progenitores, o dos o más tutores—, entendemos que debe aplicarse el criterio del artículo 126 de la LSC, conforme al que se debe designar a una persona concreta que representará al menor. Si en caso de ser varios los titulares de la acción o de la participación se exige que se designe a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, con mayor motivo en caso de varios representantes, pues la sociedad debe tener claridad y no estar al albur de una posible discordancia de criterios y votos de los representantes en Junta general. En caso de padres, no hay problema ex artículo 156.1 del Código Civil que señala: “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro”. En caso de varios tutores, debemos entender se aplicará igualmente el artículo 126 LSC, tengan sus funciones atribuidas mancomunada o solidariamente (art. 224 en relación con el art. 277 CC).

Si el titular de las acciones o participaciones es una persona con discapacidad a la que se ha provisto de la curatela representativa como medida de apoyo, la representación en la junta general corresponderá al curador, o, en su caso, al defensor judicial (art. 295 CC) cuando así lo haya dispuesto la resolución que constituya la curatela representativa. Conforme al artículo 269.4 del Código Civil: “*Los actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación*”. Mucho nos tememos que serán numerosas las resoluciones judiciales que nombren un curador representativo que obvien referirse expresamente a la representación de la persona con discapacidad en junta general de socios.

Consideramos que fórmulas genéricas de administración de todos los bienes de la persona con discapacidad deben entenderse suficientes para permitir actuar como representantes en las juntas generales que venimos señalando, en beneficio de la persona con discapacidad y del funcionamiento de las propias sociedades¹¹².

Procede, a continuación, acudir al artículo 160 LSC, que es el que regula las competencias de la junta general y que contempla, entre otras, las relativas al aumento y la reducción del capital social y a la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente de acciones o de asunción preferente de participaciones. Igualmente corresponde a la junta cualquier modificación de los estatutos sociales¹¹³, y, por tanto, del régimen transmisivo de acciones y participaciones. A su vez, el artículo 162.1 LSC se refiere a la concesión de préstamos a los socios en las sociedades de responsabilidad limitada, decisión que es también competencia de la junta general.

La cuestión que pretendemos analizar es la de la necesidad de autorización judicial previa para que el representante legal del socio menor o de la persona con discapacidad pueda consentir en nombre de sus representados los actos que acabamos de mencionar de conformidad con la regulación prevista en el Código Civil. Es cierto que la decisión sobre estos actos está reservada al órgano asambleario, pero también lo es que implican una alteración relevante de los derechos y posición de los socios.

A. Aportaciones sociales en caso de aumento de capital

Las aportaciones sociales a la sociedad pueden tener lugar en el momento de su constitución o con ocasión de un aumento de capital social, constituyendo en ambos casos un acto de enajenación que requiere que el aportante tenga la capacidad o aptitud necesaria para poder disponer del bien aportado.

En concreto, en el supuesto de aumento de capital sea mediante la creación de nuevas participaciones o emisión de nuevas acciones, o de aumento de capital de la preexistentes, competencia de la junta general (art. 160.d) LSC), las aportaciones pueden provenir de terceros o de los mismos socios, y podrán ser dinerarias o no dinerarias al (art. 295 LSC), aunque el aumento también puede ser mixto.

Si las aportaciones proceden de una persona —sea o no socia— sujeta a representación legal, se tendrá que acudir a la regulación contenida en el Código Civil a efectos de autorizaciones judiciales, puesto que se trata de actos dispositivos, y, en consecuencia, tanto al artículo 166 del Código Civil, que, como indicamos, para los actos comprendidos en el apartado primero exige, además, que concurra causa justificada de utilidad o necesidad, como al artículo 287 del Código Civil. Si bien el artículo 287 no se refiere expresamente a la necesidad

de causa justificada de utilidad o necesidad, la misma se deduce de la propia imposición de la autorización y de los artículos 290 del Código Civil y 63.1 de la LJV. No obstante, si bien la necesidad de autorización judicial es clara en el caso de que aporten bienes inmuebles, o ciertos bienes muebles, no lo es en caso de aportaciones dinerarias.

Sobre la necesidad de autorización judicial, MARIÑO PARDO (2016, 35/76), al analizar en general la cuestión de la aportación de bienes a una sociedad mercantil por el tutor en relación con el anterior artículo 271.2 del Código Civil, cuyo contenido —en esencia, con alguna modificación— se recoge hoy en el artículo 287.2 del Código Civil, distingue tres posibles soluciones; a) Considerar que se trata de un verdadero acto de enajenación que requerirá autorización judicial cuando el bien aportado sea uno de los comprendidos en el apartado 2 del artículo 271 (inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, valores mobiliarios, etcétera); b) Considerar que, sea o no acto de enajenación, es un acto dispositivo susceptible de inscripción, con base exclusivamente en la posibilidad de la inscripción del acto societario que comprende la aportación en el Registro Mercantil, que requeriría autorización judicial para la aportación social realizada con independencia de la naturaleza del bien aportado que, por tanto, incluiría también las aportaciones dinerarias. El citado autor rechaza esta interpretación por cuanto si la adquisición derivativa por compra de acciones o participaciones no está sujeta a autorización, no resulta lógico exigirla en caso de aportación dineraria a una sociedad por la que se suscriben o asumen acciones o participaciones sociales; c) Considerar que es un acto dispositivo, valorando la susceptibilidad de inscripción de la aportación en relación con registros distintos del mercantil. Así, si se aporta un inmueble, el tutor precisará autorización judicial, pues la aportación del bien inmueble a la sociedad de capital es susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad. Por el contrario, si se aportasen bienes no registrables, como acciones, establecimientos mercantiles o dinero, no será precisa esa autorización, solución que el autor considera preferible.

Lo cierto es que el actual artículo 287.2 del Código Civil, como hacía con alguna diferencia el anterior artículo 271.2 del Código Civil¹¹⁴, se refiere expresamente, junto a la disposición de bienes inmuebles, a la de establecimientos mercantiles e industriales y a la de valores mobiliarios no cotizables, por lo que, a tenor del precepto vigente, entendemos que la autorización judicial será necesaria cuando el acto dispositivo recaiga sobre los bienes citados. A su vez, ciertamente, el artículo 287.2 del Código Civil exige autorización judicial para todo tipo de acto o contrato dispositivo que sea susceptible de inscripción, supuesto, según la doctrina, de carácter subsidiario y residual, que se proyecta sobre actos que, aunque no son de enajenación o gravamen, el ordenamiento considera inscribibles, incluso con carácter facultativo¹¹⁵.

Para pronunciarnos sobre la cuestión concreta de las aportaciones dinerarias en caso de ampliación de capital, consideramos procedente traer a colación la Resolución de la DGRN de 17 de enero de 2011¹¹⁶, que, aunque se refiere a un supuesto en el que la representante legal de una menor había adquirido al contado una finca urbana para su representada, puede resultar de gran utilidad. En este caso, la registradora suspendió la inscripción al no haberse acreditado la previa autorización judicial, requisito necesario a su juicio al ser un acto dispositivo susceptible de inscripción y un gasto extraordinario.

La DGRN revoca la calificación al considerar que la compra de un bien inmueble no se encuentra comprendida en el concepto gasto extraordinario en los bienes del entonces vigente artículo 271.5 del Código Civil, que “se limita a los gastos que se proyecten sobre bienes ya existentes en el patrimonio del tutelado, por lo que la compraventa de un bien inmueble no encontraría acomodo dentro de él”.

El Centro Directivo mantiene que tampoco se trataría de un acto dispositivo susceptible de inscripción de los contemplados por el artículo 271.2 del Código Civil, porque “La referencia contenida en el precepto a los actos y contratos «que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción» responde, simplemente, al hecho de que el legislador entiende que existe una serie de actos que, pese a no ser actos de enajenación o gravamen del patrimonio del tutelado «stricto sensu», deben ser también considerados como actos dispositivos y merecen, por tanto, un trato similar. Es el caso del reconocimiento de derechos reales¹¹⁷ o de los negocios sobre el rango hipotecario”. Otro argumento que emplea la DGRN es que el artículo 271 del Código Civil exige expresamente autorización judicial para ciertos actos de adquisición, como el tomar dinero a préstamo o aceptar herencias sin beneficio de inventario, y que, en cambio, no contempla específicamente como acto sujeto a autorización judicial la compra de bienes.

En definitiva, según la resolución, y esto es lo que nos interesa, “no es posible entender que el artículo 271.2.º se proyecte sobre los contratos de adquisición de bienes inmuebles ni, en general, sobre cualquier otro acto adquisitivo que suponga la aplicación de dinero del tutelado”¹¹⁸.

En el mismo sentido, la reciente Resolución de la DGSJFP de 19 de julio de 2022¹¹⁹ reitera esta doctrina previa de forma que entre los actos dispositivos necesitados de autorización judicial a que se refiere el actual artículo 287.2 del Código Civil, no se encuentra la compra de inmuebles¹²⁰.

Lo cierto es que el Centro Directivo, en relación con la regulación de la tutela anterior a la Ley 8/2021, ha venido insistiendo en que la concesión al tutor de un margen suficiente de autonomía es la única forma de responder a las necesidades de la práctica y de alcanzar los fines atribuidos a la institución tutelar, lo que

obliga a desterrar la idea de que la protección del tutelado debe pasar necesariamente por la autorización judicial. El legislador español ha optado por someter a control judicial únicamente una serie de actos o contratos que entiende que, por su singular relevancia, podrían tener una especial incidencia, actual o futura, en la vertiente personal o patrimonial del tutelado. Con este objetivo, incorpora una lista exhaustiva y cerrada en los artículos 271 y 272 del Código Civil que, dado su carácter excepcional, necesariamente debe ser objeto de interpretación restrictiva¹²¹.

Sin perjuicio de lo anterior, no debe ignorarse que, en estos casos, como mantiene la RDGRN de 10 abril de 2019¹²², el fundamento de la necesidad de autorización judicial reside en el principio de salvaguarda judicial del artículo 216 del Código Civil (actual art. 200 CC), “que se traduce en un control ordinario y casi continuo de la actuación del tutor, y en beneficio del tutelado, pues presupone un juicio de valor sobre la conveniencia o beneficio o, al menos, sobre la falta de perjuicio que la realización del acto pudiera reportar al tutelado, dada la especial gravedad o riesgo que, por su propia naturaleza, aquél puede implicar en el patrimonio o en la persona del tutelado”. En idéntico sentido, se pronunció la RDGRN de 28 octubre de 2014¹²³, que invoca la STS de 22 de abril de 2010¹²⁴, relativa a los efectos del acto efectuado por el titular de la patria potestad sin la autorización judicial impuesta por el artículo 166 del Código Civil, y afirma que: “la autorización judicial para la realización del acto por el representante legal cuando la ley lo requiera tiene naturaleza imperativa en el Código Civil y no es un simple complemento del acto a realizar [...]. La autorización judicial no es un complemento de capacidad como ocurre en la emancipación o en la curatela, sino que es un elemento del acto de disposición”¹²⁵.

En definitiva, por aplicación de los artículos 166.1 y 287.2 del Código Civil, entendemos que los representantes legales deberán recabar autorización judicial cuando las aportaciones, en caso de ampliación de capital, tengan por objeto alguno de los bienes en ellos mencionados que pertenezcan a sus representados¹²⁶, en cuanto, al transmitir su propiedad a la sociedad, constituyen actos de disposición con especial trascendencia sobre el patrimonio del representado¹²⁷, sin que constituya obstáculo alguno que, como contraprestación, se obtengan nuevas acciones o participaciones¹²⁸.

B. Renuncia al derecho de suscripción o asunción preferente en caso de ampliación de capital

Cuando se realiza una ampliación de capital con emisión de nuevas acciones o participaciones sociales, con cargo a aportaciones dinerarias, la LSC consagra

un derecho de suscripción o asunción preferente (art. 304.1 LSC). El acuerdo de ampliación de capital debe fijar las condiciones de ejercicio. Una vez nacido el derecho de suscripción preferente el mismo es renunciabile por el socio (arts. 166. 2.2ª, párrafo 3 y 198. 2.2º RRM), Pero, puede llegar a no nacer en una concreta ampliación de capital, pues en los casos en que el interés de la sociedad así lo exija, la junta general, al decidir el aumento del capital, podrá acordar la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente (art. 308 LSC).

a. Antes de entrar en el segundo supuesto, considero conveniente plantear, por lo que se refiere a la renuncia individual al ejercicio del derecho de preferencia cuando el socio, menor de edad o con discapacidad, está sujeto a representación legal, si es necesaria la autorización judicial.

El Código Civil permite que el representante legal pueda, sin autorización judicial, vender el derecho de suscripción preferente de acciones, excepción que si bien no contempla al derecho de asunción preferente de participaciones debe aplicarse a estas por analogía (arts. 166.1 y 287.2 CC)¹²⁹. Sin embargo, exige, en general, autorización judicial para que el representante pueda renunciar derechos (arts. 166.1 y 287.4ª CC)¹³⁰, sin perjuicio de que, para el caso de curatela representativa, el artículo 287.4 excluya de su ámbito de aplicación los actos de escasa relevancia económica¹³¹, por lo que entendemos que tal exigencia, como regla general, se extendería al supuesto debatido con el límite señalado.

No obstante, considera discutible la cuestión GALLEGO DOMÍNGUEZ (2023, 1377) y añade que, dado el plazo de ejercicio de los derechos de suscripción preferente (art. 305 LSC), en la práctica, en la mayoría de los supuestos “será imposible poder obtener en el ínterin la autorización judicial para la renuncia”.

Por su parte, GARDEAZABAL DEL RÍO (2017, 1809) sostiene que los padres no necesitan autorización judicial para renunciar al derecho de suscripción preferente de acciones de los hijos sometidos a la patria potestad, al estar exceptuados por el artículo 166 del Código Civil. Este autor justifica la excepción en la dificultad de compatibilizar la brevedad del plazo de ejercicio del derecho de preferencia con la complejidad de los trámites para obtener autorización judicial, y en el hecho de que es una cuestión que no debe entorpecer el funcionamiento de la sociedad. Al tiempo, considera que la misma regla rige para los tutores (art. 271 CC, hoy art. 287 CC).

Sin embargo, no compartimos esta opinión, porque lo que el Código Civil dispone es que se requiere autorización judicial para enajenar o gravar valores mobiliarios (art. 166.1) o valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales (art. 287.2)¹³², y, a su vez, excepciona en ambos preceptos la enajenación o gravamen del derecho de suscripción preferente, pero no su renuncia¹³³.

Si lo que sucede es que el representante legal no ejercita el derecho de suscripción preferente de acciones en el plazo correspondiente, entendemos que se trata de un supuesto de caducidad del derecho, que, en su caso, podrá dar lugar a las oportunas reclamaciones (arts. 168, 234 y 294 CC)¹³⁴. No obstante, la RDGRN de 7 de diciembre de 2011¹³⁵ considera tal supuesto como de renuncia tácita, al afirmar que el derecho de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones, a pesar de su carácter esencial, "no impide que el mismo pueda ser renunciado bien de forma expresa, manifestándolo así el socio en la propia junta o con posterioridad a la misma, o bien de forma tácita dejando transcurrir el plazo para el ejercicio del derecho sin hacer manifestación alguna sobre la asunción y desembolso de las participaciones que le correspondan".

b. Por otra parte, el derecho de suscripción o asunción preferente que legalmente surge en los casos de aumento de capital de nuevas acciones o participaciones cuando el aumento se realiza con aportaciones dinerarias (art. 304.1 LSC), como hemos señalado, también puede ser excluido por "acuerdo de la junta" si así lo requiere el interés social (art. 308 LSC)¹³⁶. Por su parte, VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2022, 799 y 800) matiza que, aunque el artículo 308 LSC diga que la junta "podrá" acordar la exclusión cuando lo exija el interés social, debe entenderse que, en esos casos, "deberá" acordarlo, puesto que la expresión "podrá" significa que, si existen otras alternativas, podría optarse por estas, pero si no las hay, habrá que acordar la supresión. En cualquier caso, ha de observarse que junto a la necesidad de que el interés social exija la adopción de esa medida, deben respetarse los requisitos que la ley establece para proteger precisamente los intereses de los socios actuales.

Lo cierto es que uno de los principales derechos del socio es el de suscripción o asunción preferente en caso de aumento de capital social con cargo a aportaciones dinerarias, que, si en sede societaria sirve en general al interés negativo de evitar injerencias de extraños, en el caso de las sociedades familiares cobra mayor importancia, al permitir, mediante su ejercicio, limitar la entrada en la sociedad de personas extrañas al círculo familiar¹³⁷. Si el socio lo ejercita, mantiene la misma cuota de capital que tenía antes de la ampliación. Si no quiere o no puede ejercitar este derecho, tiene la posibilidad de enajenarlo y obtener un rendimiento económico. Por ello, subraya VALPUESTA GASTAMINZA (2022, 790), "es un derecho básicamente político (no perder el grado de influencia en la vida social, pero también económico (obtención de un rendimiento en los casos de ampliación)". Ha de tenerse en cuenta, además, que su exclusión por acuerdo de la junta requiere, si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, una mayoría legal reforzada conforme al artículo 199.b) LSC, lo que obedece a la relevancia que tiene la supresión a los socios de este derecho básico en el aumento de capital que les permite, "cuando menos", mantener su posición en la

sociedad¹³⁸, es decir, evitar la dilución de la participación de los socios originarios como consecuencia de esta operación, lo que adquiere especial relevancia en el seno de las empresas familiares.

En efecto, como se ha señalado¹³⁹, los aumentos del capital social acordados por la junta general pueden resultar dañosos para el interés del socio en mantener la integridad de su participación, lo que incluye la conservación de su posición relativa en la sociedad. En caso de aumento de capital con emisión de nuevas acciones o participaciones, ese interés se protege normalmente mediante el reconocimiento del derecho de suscripción o asunción preferente de las mismas. Si el socio ejercita ese derecho, mantiene intacta su posición en la sociedad y no sufre lesión alguna.

Por excepción, ese derecho de preferencia puede excluirse si el interés de la sociedad lo requiere, pero, en tal caso, la propia LSC contempla en su artículo 308 una serie de requisitos que el acuerdo de exclusión de la junta general debe reunir y que se dirigen a la protección de los socios asegurando el valor patrimonial de sus acciones o participaciones. Es decir, como se ha indicado, se pretende evitar que el aumento de capital implique un empobrecimiento de los socios antiguos, que verían como los nuevos participan del patrimonio social “sin pagar un precio adecuado”¹⁴⁰, aunque, en cualquier caso, aquéllos verán perjudicados sus derechos políticos y económicos futuros. Resulta evidente la relevancia que tiene la supresión a los socios de este derecho básico en el aumento de capital que obliga a que el perjuicio que experimenta el socio por la exclusión sea el modo más conveniente de satisfacer el interés social, de forma que es posible la impugnación del acuerdo impuesto de manera abusiva por la mayoría si concurren los presupuestos contemplados en el artículo 204.1 LSC

Tras estas consideraciones, podemos concluir que en caso de aumento de capital mediante emisión de nuevas acciones o participaciones mediante aportaciones dinerarias, el derecho de preferencia que contempla el artículo 304 LSC es un derecho básico del socio; que tal derecho evita el riesgo de dilución ante la entrada de terceros; que este derecho puede suprimirse por acuerdo de la junta cuando lo demande el interés de la sociedad; que, a su vez, frente al interés de la sociedad está el interés particular de cada socio en ella, que también debe ser reconocido y tutelado, y que se ejercita, precisamente, “por medio del voto en los acuerdos de la junta general”¹⁴¹.

Si nos centramos en el caso del representante legal del menor o de la persona con discapacidad, en una primera aproximación, su voto a favor de la exclusión podría entenderse, no como renuncia abdicativa o propia —la extintiva—, pero sí, quizás, como una renuncia a una expectativa de derechos¹⁴², o como un caso de exclusión voluntaria de la ley aplicable (art. 6.2 CC), “renuncia de ley”, en concreto, a la aplicación del artículo 304 LSC, por tanto, renuncia al derecho

que concede el citado precepto, o como renuncia preventiva o anticipada¹⁴³, supuestos que, como precisa LACRUZ BERDEJO (2000, 97), pueden ser de difícil distinción, para los que podría defenderse la necesidad de autorización judicial, porque, como ya se indicó, el Código Civil no distingue y porque, en definitiva, lo fundamental es que los acuerdos de que se trate tengan trascendencia sobre el patrimonio del representado, como sucede en el caso debatido al suprimirse, como se ha indicado, un derecho básico del socio. Además, la decisión de excluir el derecho de preferencia lleva aparejada la exclusión de otra futura posibilidad, la de enajenar el derecho de suscripción preferente, por lo que, quizás, podría sostenerse que la actuación del representante legal requiere un previo juicio de valor por parte del juez conforme a los artículos 166.1 y 287.4^a del Código Civil. Cuestión distinta es que la junta general finalmente apruebe la exclusión de este derecho aun con el voto en contra del representante legal, pero la actuación del representante habrá sido ajustada a derecho.

En cualquier caso el supuesto no es nada claro, pues si el interés de la sociedad reclama la supresión del derecho preferente que nos ocupa —así, para dar entrada a un nuevo inversor, cuyo papel es decisivo para la supervivencia de la sociedad— difícilmente podrá mantenerse la necesidad de autorización judicial para el voto a favor de la supresión por parte del representante legal, pues, desde un punto de vista económico, más que una renuncia de un derecho expectante, puede considerarse un adecuado acto de administración de las acciones o participaciones.

C. Supresión o modificación de cláusulas estatutarias que consagrar un derecho de preferente adquisición en la transmisión —sea inter vivos, o mortis causa— de acciones o participaciones

Como subraya EMPARANZA SOBEJANO, A. (2020, 103), entre las cláusulas que las sociedades familiares pueden utilizar para adecuar su configuración societaria a sus necesidades especiales, se encuentran las cláusulas de adquisición preferente, que “se plantean con el objeto de otorgar a un sujeto o determinado grupo de sujetos, o, incluso a la sociedad, el derecho a adquirir las participaciones o acciones del socio interesado en transmitir las, antes que la persona designada inicialmente por el transmitente para recibir dicha enajenación”. Este autor destaca la utilidad de este tipo de cláusulas en las sociedades familiares “a fin de corregir la libre transmisibilidad de participaciones entre familiares o entre socios, a la vista de que ambas hipótesis, previstas en el art. 107.1^o LSC, no parecen tan idóneas para las sociedades familiares”. Añade que “lo lógico es que en las sociedades familiares se restrinja la libre transmisibilidad entre parientes, porque quizás en ellos

no concurre las mismas cualidades del transmitente; también se puede limitar las transmisiones entre socios porque pueden traer consigo un riesgo de ruptura en las proporciones de participación entre los distintos miembros o ramas familiares. Por ello, se establece para estos casos, un derecho de adquisición preferente «en cascada», de tal forma que, el socio que desee transmitir sus participaciones las ofrezca primeramente a los socios de la misma rama y, si estos no las adquieren, se las brinde a los demás socios familiares pertenecientes a otras ramas, y, solo cuando ninguno haya mostrado interés en adquirirlas, se las pueda ofrecer a terceros que no sean socios ni miembros de la familia”.

Pues bien, la exclusión de la cláusula relativa al derecho de preferencia implica una modificación estatutaria que ha de ser aprobada en junta general y precisa el consentimiento individual de los socios afectados, como se deduce del artículo 292 LSC, relativo a los derechos individuales de todos los socios y que, aunque se refiera a la sociedad limitada, es aplicable a las sociedades anónimas, al ser expresión de un principio general del derecho de sociedades que no requeriría declaración legal¹⁴⁴. Por su parte, el artículo 158.3 RRM, aplicable a ambos tipos de sociedades, menciona la necesidad de ese consentimiento.

La modificación estatutaria a la que nos referimos tiene especial importancia, como destaca la STS de 16 febrero de 2007¹⁴⁵, al declarar que implica una alteración sustancial del derecho del socio, que en el futuro se verá privado de un derecho de adquisición¹⁴⁶. Por su parte, PERDICES (2017) afirma que “si la modificación estatutaria implica privar al socio de un derecho subjetivo que está en su patrimonio, esa modificación precisa de su consentimiento por afectar un derecho individual del socio indisponible a la mayoría (art. 292 LSC y arts. 1256 y 1205 CC)”. Se trata, como dice este autor, “de no privar a nadie de un derecho sin su permiso”¹⁴⁷.

En este ámbito, cabe destacar que, en la sociedad limitada, la LSC contempla el derecho de separación de los socios que no hayan votado a favor de la modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales (art. 346.2). En las sociedades anónimas, los socios que no hayan votado a favor de los acuerdos que contemplen restricciones estatutarias a la transmisión, que solo pueden afectar a acciones nominativas, podrán transmitir sus acciones conforme al régimen modificado durante un plazo de tres meses desde su publicación en el BORM (art. 123.1. apartado 2º).

En lo que aquí interesa, el representante legal del menor o de la persona con discapacidad, si vota a favor de la modificación estatutaria examinada, que, como se ha indicado, requiere el consentimiento del socio afectado, estaría pronunciándose a favor del acuerdo de derogación de un derecho, estaría votando a favor de un acuerdo que, en definitiva, priva a su representado de un derecho subjetivo, de un derecho individual con efectos no solo presentes, sino también futuros, que los estatutos le habían reconocido. Estaríamos ante una abdicación

de un derecho que, incluso, en la doctrina mercantilista, IRRIBARREN (2022, 28/35) califica de renuncia de derechos, y que puede tener un especial valor para el socio minoritario, que, en el caso debatido, está sujeto a representación legal, por lo que el acto del representante de respaldo al acuerdo de la junta podría entenderse sometido a autorización judicial conforme a la legalidad vigente.

D. Concesión de préstamos

Conforme al artículo 162.1 LSC, aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada, “la junta general, mediante acuerdo concreto para cada caso, podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a sus socios y administradores”.

En este caso, conforme al artículo 190.1.d) LSC, el socio beneficiario de la financiación, que debe autorizarse por la junta, no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones. Por tanto, el representante legal no podrá intervenir en la junta a estos efectos.

Ahora bien, por lo que se refiere a la solicitud del préstamo a que se refiere el artículo 162 LSC, que es el contrato de préstamo que contempla el artículo 1740 CC¹⁴⁸, a tenor del artículo 287.8 CC, es evidente que se encuentra entre los actos que el representante legal de la persona con discapacidad o, en su caso, el tutor del menor, no pueden realizar sin la oportuna autorización judicial.

E. Interposición de demandas en nombre del socio sometido a curatela representativa

El artículo 287.7º del Código Civil exige la obtención de autorización judicial para interponer demandas en nombre de la persona sometida a curatela representativa, salvo que se trate de asuntos urgentes o de escasa cuantía, precepto que es aplicable por remisión al caso del tutor de menores de edad (art. 224 CC).

Por tanto, al margen de las competencias atribuidas a la junta por el artículo 160 LSC, pero en relación con la impugnación de los acuerdos sociales en ella adoptados, materia contemplada en los artículos 204 y siguientes de la LSC, el curador representativo o el tutor habrán de obtener la previa autorización judicial con el fin de controlar la necesidad y oportunidad de un pleito que puede tener importantes consecuencias patrimoniales para sus representados¹⁴⁹. Dado el amplio plazo de caducidad de la acción, al que se refiere el artículo 205 LSC, no cabría incluir este supuesto entre los asuntos urgentes para los que, por excepción, no sería necesaria la citada autorización judicial.

Para finalizar, una vez analizados los actos para los que el representante legal necesita autorización judicial, es evidente que la normativa sustantiva puede suponer un obstáculo importante para la agilidad requerida en múltiples ocasiones por el tráfico mercantil y que, en la práctica, en la generalidad de las ocasiones, es probable que se prescinda de aquella. No obstante, el artículo 288 del Código Civil, aplicable también en el ámbito de la tutela del menor por remisión del artículo 224 del Código Civil, ofrece una solución a este problema al declarar que, “la autoridad judicial, cuando lo considere adecuado para garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, podrá autorizar al curador la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos”. En cualquier caso, *de lege ferenda* se propone la modificación del Código civil con el fin de introducir otros mecanismos sustitutorios de la autorización judicial, como sucede, en determinados supuestos, en el Derecho aragonés y en el Derecho catalán.

Una última reflexión muy breve en cuanto a la sanción de los actos celebrados sin autorización judicial previa cuando esta proceda. Tradicionalmente, se contemplaban tres posibles soluciones: a) considerar el acto nulo de pleno derecho por ser contrario a una norma imperativa conforme al artículo 6.3 del Código Civil, tesis hoy abandonada; b) considerar que se trata de un supuesto análogo al contemplado en el artículo 1259.2 del Código Civil, al encajar en el esquema conceptual y normativo de la representación sin poder suficiente y, por tanto, susceptible de ratificación (SSTS de 22 de abril de 2010 y de 8 de julio de 2010)¹⁵⁰; c) considerar que se trata de un supuesto de anulabilidad del artículo 1301 del Código Civil.

Precisamente, esta última tesis es la mantenida por el TS en su Sentencia de 10 de enero de 2018¹⁵¹, al considerar, tras exponer diversos argumentos, que es la que “conduce a algunas consecuencias más ponderadas en atención a los intereses en juego”, posición que comparte también la DGRN en su Resolución de 9 de julio de 2018¹⁵². En cualquier caso, como destaca GUILARTE MARTÍN CALERO (2021, 795) el legislador, en la reforma operada en virtud de la Ley 8/2021, tenía que haber previsto expresamente una sanción que conciliara los intereses privados y de orden público en liza en este tipo de conflictos¹⁵³.

IV. CONCLUSIONES

I. La asistencia a la junta general en las sociedades de capital familiares, de responsabilidad limitada o anónima, es un derecho de los socios que puede ejer-

citarse personalmente y a través de representante voluntario, así como, cuando proceda, mediante representante legal.

Si se trata de una sociedad familiar de responsabilidad limitada, la representación voluntaria del socio se reduce al círculo de sujetos que menciona el artículo 183 LSC, lo que obedece al *intuitu personae* que preside este tipo de sociedades, sin perjuicio de que pueda ampliarse por vía estatutaria. Esta posibilidad no implica una categoría de personas distinta de las mencionadas en el precepto citado, sino que la norma se refiere a la flexibilización del estricto requisito del poder.

En cuanto a la forma, la representación deberá conferirse por escrito en documento público o privado. En este último caso tendrá que ser especial para cada junta, sin que se requiera la legitimación notarial de la firma. En la actualidad, la representación puede conferirse por medios de comunicación a distancia, posibilidad defendida en su momento por la DGRN y hoy recogida expresamente para las sociedades limitadas tras la reforma operada por la Ley 5/2021. No obstante, cuando el poder tenga que constar en documento público, tal formalidad debe cumplirse, porque estos medios de comunicación a distancia no equivalen en ningún caso al documento público legalmente exigido.

La exigencia de que el poder sea escrito tiene carácter imperativo, sin que por vía estatutaria pueda admitirse la forma verbal. Si el poder no cumple los requisitos formales, no es posible su ratificación posterior, puesto que tales requisitos han de existir inexorablemente a tiempo de su ejercicio.

La representación comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado, exigencia legal que excluye la posibilidad de la representación parcial.

II. En el ámbito de la sociedad anónima, la representación voluntaria se regula de forma más flexible al poder recaer sobre “otra persona”, aunque esta no sea accionista, posibilidad que, no obstante, puede limitarse por vía estatutaria. Esta opción resulta de especial interés precisamente en las sociedades anónimas familiares para limitar el círculo de posibles representantes a quienes ostenten la condición de socio o sean miembros de la familia.

En cuanto a la forma de conferir la representación, esta debe otorgarse por escrito y, con independencia de que conste o no en documento público, el poder ha de ser especial para cada junta. Estas restricciones legales contenidas en el artículo 184.2 LSC, así como la recogida en el artículo 186 en el supuesto de solicitud pública de representación, no se aplican, por excepción, en caso de representación a través de ciertos familiares (cónyuge, ascendientes y descendientes) y de apoderado general, si bien la excepción del requisito de forma escrita no alcanza a este último al exigir la norma expresamente que en este caso el poder se otorgue

en documento público. Por el contrario, las restricciones “estatutarias” acordadas por los socios, sí son aplicables a los familiares y apoderados generales.

III. Tanto si se trata de sociedades familiares de responsabilidad limitada como anónimas, la representación es revocable. Salvo que otra cosa se establezca en los estatutos, la asistencia personal a la Junta del representado tendrá valor de revocación de la total representación conferida. El pacto de irrevocabilidad carece de efectos frente a la junta, porque la sociedad no debe verse envuelta en los conflictos entre socio y representante, si bien, produce efectos obligatorios entre las partes. El valor revocatorio de la asistencia a junta del socio representado.

IV. La validez de la representación dependerá del cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios que resulten exigibles. Ahora bien, en determinados supuestos, la inobservancia de esos requisitos no va a determinar que prospere la acción de impugnación en su caso ejercitada, por la operatividad del principio de la buena fe y la doctrina de los actos propios.

V. En cuanto a la representación legal, si el titular de las acciones o participaciones en una sociedad de capital es un menor de edad no emancipado, asistirán a la junta general y votarán por ellos sus representantes legales: los padres que ejercen la patria potestad, o el tutor, y, en determinados casos el defensor judicial. Si el titular de las acciones o participaciones es una persona con discapacidad a la que se haya provisto de la curatela representativa como medida de apoyo, la representación en la junta general corresponderá al curador, o, en su caso, al defensor judicial.

Si el menor está sometido a patria potestad, el artículo 166 del Código Civil describe los actos que los progenitores no pueden realizar sin previa autorización judicial. En caso de menor sometido a tutela, se aplicarán las normas de la curatela representativa, y, por tanto, a efectos de autorización judicial, esta se exigirá para los actos mencionados en el artículo 287 del Código Civil, salvo para aquellos que, según la sentencia que la establezca, pueda el menor realizar por sí solo o únicamente precise asistencia (arts. 224 y 225 CC). Si el socio lo es una persona con discapacidad, el curador representativo precisa autorización judicial previa, en todo caso, para los actos del artículo 287 del Código Civil.

VI. El artículo 160 LSC contempla una serie de actos que son competencia de la junta general. La decisión sobre estos actos está reservada al órgano asambleario, pero implican una alteración relevante de los derechos y posición de los socios, lo que obliga a plantearse la necesidad de autorización judicial previa para que el representante legal del socio menor o con discapacidad pueda consentir en nombre de sus representados determinados actos de conformidad con la regulación prevista en el Código Civil.

En particular, en el supuesto de aumento de capital mediante la creación de nuevas participaciones o emisión de nuevas acciones, competencia de la junta

general (art. 160 LSC), si las aportaciones proceden de un socio sujeto a representación legal, por aplicación de los artículos 166.1 y 287.2 del Código Civil, los representantes legales deberán recabar autorización judicial cuando aquellas tengan por objeto alguno de los bienes mencionados en tales preceptos, en cuanto, al transmitir su propiedad a la sociedad, constituyen actos de disposición con especial trascendencia sobre el patrimonio del representado. sin que constituya obstáculo alguno que, como contraprestación, se obtengan nuevas acciones o participaciones.

En caso de aumento de capital mediante emisión de nuevas acciones o participaciones a través de aportaciones dinerarias, el derecho de preferencia que contempla el artículo 304 LSC, derecho básico del socio que evita el riesgo de dilución ante la entrada de terceros, puede suprimirse por acuerdo de la junta cuando lo demande el interés de la sociedad. En tal supuesto, podría plantearse si el representante legal del menor o de la persona con discapacidad, para votar a favor de la exclusión, necesitaría autorización judicial. No obstante, podría entenderse que si el interés de la sociedad reclama la supresión del derecho preferente que nos ocupa —así, para dar entrada a un nuevo inversor, cuyo papel es decisivo para la supervivencia de la sociedad— difícilmente podrá mantenerse la necesidad de tal autorización judicial, pues, desde un punto de vista económico, más que una renuncia de un derecho expectante puede considerarse un adecuado acto de administración de las acciones o participaciones.

VII. Cuando se pretenda una modificación estatutaria que implique la supresión de las cláusulas relativas al derecho de preferencia, lo que requiere el consentimiento del socio afectado, el acto del representante de respaldo al acuerdo de la junta puede entenderse sometido a autorización judicial conforme a la legalidad vigente.

VIII. En relación con el préstamo a que se refiere el artículo 162 LSC en sede de sociedades limitadas, si bien el representante legal no puede intervenir en junta a efectos de su concesión conforme a lo dispuesto en el artículo 190.1.d) LSC, para su solicitud, a tenor del artículo 287.8 del Código Civil, el representante legal de la persona con discapacidad o, en su caso, el tutor del menor, deberán contar con la oportuna autorización judicial.

IX. Sin perjuicio de que la normativa sustantiva en materia de autorizaciones judiciales pueda suponer un obstáculo importante para la agilidad requerida en múltiples ocasiones por el tráfico mercantil, el artículo 288 del Código Civil ofrece una solución a este problema al admitir la posibilidad de que el juez autorice al curador la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica. En cualquier caso, *de lege ferenda* se propone la modificación del Código Civil con el fin de introducir otros meca-

nismos sustitutorios de la autorización judicial, como sucede, en determinados supuestos, en el Derecho aragonés y en el Derecho catalán.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

Sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia

- STS de 20 de octubre de 2023 (JUR 2023, 5967)
- STS de 24 de marzo de 2023 (RJ 2023, 2130)
- STSJ de Madrid (Sala de lo Social), 791/2022 de 14 de septiembre (AS 2022,1311)
- STS de 5 de julio de 2022 (RJ 2022, 3524)
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 480/2021, de 7 de abril, (RJ 2021, 1460)
- STS de 10 de enero de 2018 (RJ 2018, 3162)
- STS de 5 de mayo de 2016 (RJ 2016, 2455)
- STS de 20 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2709)
- STS de 15 de abril de 2014 (RJ 2014, 2336)
- STS de 28 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3020)
- STS de 21 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2361)
- STS de 8 julio de 2010 (RJ 2010, 6030)
- STS de 22 de abril de 2010 (RJ 2010, 2380)
- STS de 1 de abril de 2008 (RJ 2008, 4066)
- STS de 16 de febrero de 2007 (RJ 2007, 2540)
- STS de 14 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1298)
- STS de 17 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1303)
- STS de 31 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4282)
- STS de 24 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6860)
- STS de 25 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1551)
- STS de 18 de marzo de 1961 (RJ 1961, 964)

Sentencias de las Audiencias Provinciales

- SAP de Barcelona de 26 de abril de 2022 (JUR 2022, 213730)
- SAP de Málaga de 8 de junio de 2021 (JUR 2021, 333087)
- SAP de Murcia de 17 de diciembre de 2020 (JUR 2021,76002)
- SAP de Alicante de 4 de mayo de 2020 (JUR 2020, 249948)
- SAP de Alicante de 17 de enero de 2020 (JUR 2020, 211217)
- SAP de Barcelona de 16 de noviembre de 2018 (JUR 2018, 318256)
- SAP de Barcelona 8 de octubre de 2018 (JUR 2018, 273457)
- SAP de Toledo de 27 de septiembre de 2017 (JUR 2017, 254434)
- SAP de Baleares de 7 de febrero de 2017 (JUR 2017, 74946)

- SAP de Albacete de 23 de marzo de 2015 (JUR 2015, 105387)
- SAP Guipúzcoa de 20 de octubre de 2014 (JUR 2015, 14508)
- SAP de La Coruña de 11 de marzo de 2010 (JUR 2010, 196533)
- SAP de Valencia de 7 de octubre de 2004 (JUR 2005, 24027)

Sentencias de Juzgados de lo Mercantil

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Mérida de 25 de mayo de 2022 (JUR, 2022, 272984)
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Pamplona de 5 de marzo de 2019 (JUR 2021, 44362)

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

- RDGSJFP de 25 de septiembre de 2023 (JUR 2023, 394526)
- RDGSJFP de 19 de julio de 2022 (RJ 2022, 5189)
- RDGSJFP de 23 de mayo de 2022 (RJ 2022, 3182)
- RDGSJFP de 14 de abril de 2021 (RJ 2021, 1618)
- RDGSJFP de 10 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 5525)
- RDGSJFP de 26 de febrero de 2020 (RJ 2020, 2944)
- RDGSJFP de 5 de febrero de 2020 (RJ 2020, 2559)
- RDGSJFP de 5 de febrero de 2020 (RJ 2020, 1915)
- RDGRN de 20 de diciembre de 2019 (RJ 2020, 991)
- RDGRN de 10 de abril de 2019 (RJ 2019, 1590)
- RDGRN de 8 de enero de 2018 (RJ 2018, 40)
- RDGRN de 9 de julio de 2018 (RJ 2018, 3162)
- RDGRN de 26 de abril de 2017 (RJ 2017, 2070)
- RDGRN de 25 de abril de 2017 (RJ 2017, 2068)
- RDGRN de 25 de junio de 2015 (<https://es.scribd.com/document/296498508/De-Los-Derechos-de-Socio-en-El-Caso-de-Acciones-o-Participaciones>)
- RDGRN de 28 de octubre de 2014 (JUR 2014, 6787)
- RRDGRN de 26 de marzo de 2014 y de 31 de marzo de 2014, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, n° 6 (3ª Época), junio 2014, p. 712.
- RDGRN de 19 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 1155)
- RDGRN de 7 de diciembre de 2011 (BOE núm. 14 de 17 de enero de 2012, pp. 3431 a 3441)
- RDGRN de 17 de enero de 2011 (RJ 2011, 1427)
- RDGRN de 25 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6906)
- RDGRN de 9 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3947)
- RDGRN de 20 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8413)

- RDGRN de 12 de enero de 1995 (RJ 1995, 187)
- RDGRN de 9 de junio de 1994 (RJ 1994, 4914)
- RDGRN de 10 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4085)
- RDGRN de 20 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8575)
- RDGRN de 16 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2302)

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO, J. y CAMPINS VARGAS, A. (2022). “Comentario de los artículos 183 a 187 LSC”. En J. Juste Mencia y A. Recalde Castels (coords.), *La junta general de las sociedades de capital. Comentario de los artículos 159 a 208 de la LSC*. Cizur Menor (Navarra): Thomsom Reuters (pp. 422 a 484).
- ÁLVAREZ LATA, N. (2021), “Del ejercicio de la curatela”. En R. Bercovitz Rodríguez Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil, 5ª edic.* Cizur Menor (Navarra): Thomsom Reuters (pp. 519 a 531).
- ARIAS VARONA, F. J. (2023). “La ampliación de capital como mecanismo para incorporar socios externos a la empresa familiar”. En *Transmisión de acciones y participaciones en la empresa familiar. Claves de preservación en manos de la familia empresarial*. Madrid: F. Lefebvre, (pp. 123 a 142).
- CARRASCO PERERA, A. (2022), “Contratación por discapacitados con y sin apoyos”. En *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, (pp. 239-275).
- CARRAU CARBONELL, J. M. (2017), “Artículo 60”. En P. Prendes Carril, A. Martínez-Echevarría y García de Dueñas y R. Cabanas Trejo, (dirs.), *Tratado de sociedades de capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de sociedades de capital, Tomo I*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi (pp. 396-404).
- CHAVES RIVAS, A. (2017). “Artículos 183 a 187”. En P. Prendes Carril, A. Martínez-Echevarría y García de Dueñas y R. Cabanas Trejo, (dirs.), *Tratado de sociedades de capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de sociedades de capital, Tomo I*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi (pp. 1020-1070).
- DE SALAS MURILLO, S. (2021). “Artículo 271 CC”. En C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi (pp. 701 a 726).
- EMPARANZA SOBEJANO, A. (2020). “Transmisión de acciones y participaciones. Prestaciones accesorias”. En E. Ortega Burgos (dir.), *Tratado jurídico y fiscal de la empresa familiar*. Valencia: tirant lo blanch (pp. 94 a 126).
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2016). “Legitimación para el ejercicio de los derechos de socio en situaciones de cotitularidad de las acciones o participaciones”. *La Ley Mercantil* n.º 21 enero de 2016, LA LEY 338/2016, pp. 1 a 14.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2023), “La disposición a título oneroso de acciones y de participaciones titularidad de menores de edad bajo patria potestad”. En F. Yañez

- Vivero et al (Dir.) *Fortalezas y debilidades del Derecho de Familia contemporáneo. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Carlos Lasarte*, Tomo II. Madrid: Dykinson (pp. 1357 a1387).
- GARCÍA CARACUEL, M. (2014). “Comentario a la Sentencia del 15 de abril. Representación del socio en junta general de sociedad limitada”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num. 96/2014 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios, Pamplona: Editorial Civitas, SA, [En línea]. BIB 2014\3429, disponible en <https://insignis-aranzadidigital.es>
- GARCÍA-CRUCES, J.A. (2021). “Comentario al artículo 162 de la Ley de Sociedades de Capital”. En García-Cruces, J.A. y Sancho Gargallo, I. (dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo III. Valencia: tirant lo blanch (pp. 2303-2320).
- GARCÍA-VALDECASAS, J. A. (2019). “Guía sobre la representación voluntaria en las juntas generales de las sociedades de capital”, *Notarios y Registradores*, Admin, 19/03/2019, [En línea], disponible en <https://www.notariosregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/guia-practica-sobre-la-representacion-voluntaria-en-las-juntas-generales-de-las-sociedades-de-capital/>
- GARDEAZABAL DEL RIO, F. J. (2017). “Artículos 304 a 312”. En P. Prendes Carril, A. Martínez-Echevarría y García de Dueñas y R. Cabanas Trejo, (dirs.), *Tratado de sociedades de capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I. Cizur Menor: Aranzadi (pp.1795-1856).
- GIL RODRÍGUEZ, J. (1993). “Artículo 271”, En C. Paz-Ares Rodríguez et al (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid: Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia (pp, 798-803).
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2021). “Artículos 287 a 290”. En C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi (pp. 787–815).
- IRIBARREN, M. (2021). “Tutela de la integridad de la participación del socio de una sociedad de capital, *Revista de Derecho de Sociedades* num. 62/2021 parte Estudios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2000). En Lacruz Berdejo (*et al*), *Elementos de Derecho Civil I*, vol. 3º, 2ª edic., revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría, Madrid: Dykinson.
- MARIÑO PARDO, F. (2021). “Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021 para el apoyo de personas con discapacidad: Autocuratela”, *Iuris Prudente* 30 de septiembre de 2021, [En línea], disponible en http://www.iurisprudente.com/2021/09/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_35.html
- (2016). “Algunos casos, sentencias y resoluciones sobre la tutela. Adquisición, enajenación y otros actos del tutor sujetos a autorización o aprobación judicial”. *Iuris Prudente* 30 de marzo de 2016, [En línea], disponible en <http://www.iurisprudente.com/2016/03/algunos-casos-sentencias-y-resoluciones.html>
- (2014). “La representación en las Juntas Generales de las sociedades mercantiles. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2014 y otras cuestiones”, *Iuris*

- Prudente 20 de mayo de 2014* [En línea], disponible en <http://www.iurisprudente.com/2014/05/la-representacion-en-las-juntas.html>
- MAYOR DEL HOYO, M^a. V. (2021). “Artículo 205 CC”. En C. Guilarte Martín-Calero, (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi (pp. 268 a 273).
- PARRA LUCÁN, M. A. (2013). “Artículos 271-273”. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Valencia: tirant lo blanch (pp. 2404-2437).
- PERDICES, A. (2017). “Supresión de cláusulas restrictivas de la transmisibilidad de acciones y participaciones que reconocen derechos de adquisición preferente a los socios”, Mar 31, 2017, *Almacén de Derecho* [En línea], disponible en <https://almacenederecho.org/supresion-clausulas-restrictivas-la-transmisibilidad-acciones-participaciones-reconocen-derechos-adquisicion-preferente-los-socios>
- RECALDE CASTELLS, A. y JUSTE MENCÍA, J. (2022). “Comentario de los artículos 182 y 182 bis LSC”. En J. Juste Mencía y A. Recalde Castels (coords.), *La junta General de las sociedades de capital. Comentario de los artículos 159 a 208 LSC*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp. 394-422.
- RIBOT IGUALADA, J. (2021). “Artículos 256 a 272”. En C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Aranzadi: Cizur Menor (Navarra): Aranzadi (pp. 578 a 646).
- RONCERO SÁNCHEZ, A. (2020). “Los órganos de gobierno de la empresa familiar: órganos de la sociedad y órganos de la familia. Principios de buen gobierno corporativo”. En E. Ortega Burgos (dir.), *Tratado Jurídico Fiscal de la Empresa Familiar*. Valencia: tirant lo blanch (pp. 159-198).
- (2016). “Presunción del carácter público de una solicitud de representación”, *Almacén de Derecho*, Jun 13, 2016, [En línea], disponible en <https://almacenederecho.org/presuncion-del-caracter-publico-una-solicitud-representacion>
- SANCHO GARGALLO, I. (2021). “Artículo 183. Representación voluntaria en la junta general de la sociedad de responsabilidad limitada”. En J. A. García-Cruces González e I. Sancho Gargallo (dirs.), *Comentario de la ley de Sociedades de Capital. Tomo III. La junta general. La administración de la sociedad*. Valencia: tirant lo Blanch (pp. 2603-2612).
- SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2010). “Artículos 259 a 275”. En A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova (pp. 387-407).
- VALENZUELA GARACH, J. (2022). “Algunas cuestiones sobre los derechos del socio en la empresa familiar”. En I. Gallego Domínguez (coord.), *Cuestiones civiles y mercantiles en la empresa familiar*. Madrid: La Ley (pp. 523 a 581).
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2022), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, 4^a edic., Madrid: Wolters Kluwer.
- ZUBIRI DE SALINAS, M. (2011). “Comentario a los artículos 183 a 187 de la Ley de Sociedades de Capital”. En A. Rojo y E. Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi (pp. 1311-1339).

NOTAS

¹ Ahora bien, mientras en las sociedades de responsabilidad limitada todos los socios tienen derecho a asistir a la junta general, y, por tanto, a nombrar representante, sin que los estatutos puedan exigir para ejercitar este derecho la titularidad de un número mínimo de participaciones, en las sociedades anónimas el derecho de asistencia puede condicionarse por vía estatutaria a la posesión de un número mínimo de acciones, conforme al artículo 179 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, (en adelante LSC).

² GARCÍA-VALDECASAS, J. A. (2019). “Guía sobre la representación voluntaria en las juntas generales de las sociedades de capital”, *Notarios y Registradores*, Admin, 19/03/2019, [En línea], 6/12, disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/guia-practica-sobre-la-representacion-voluntaria-en-las-juntas-generales-de-las-sociedades-de-capital/>

³ También se encuentran sujetos a representación legal los desaparecidos y los declarados ausentes (arts. 181 y ss. CC).

⁴ EMPARANZA SOBEJANO, A. (2020). “Transmisión de acciones y participaciones. Prestaciones accesorias”. En E. Ortega Burgos (dir.), *Tratado jurídico y fiscal de la empresa familiar*. Valencia: tirant lo blanch, p. 97.

⁵ JUR 2021, 333087.

⁶ GARCÍA CARACUEL, M. (2014). “Comentario a la Sentencia del 15 de abril. Representación del socio en junta general de sociedad limitada”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num. 96/2014 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios, Pamplona: Editorial Civitas, SA, p. 2/13, [En línea], BIB 2014\3429), disponible en <https://insignis-aranzadigital.es>

⁷ Vid. la SAP de La Coruña 111/2010 de 11 de marzo (JUR 2010, 196533).

⁸ ALFARO, F. y CAMPINS VARGAS, A. (2022). “Comentario de los artículos 183 a 187 LSC”. En J. Juste Mencía y A. Recalde Castels (coords.), *La junta general de las sociedades de capital. Comentario de los artículos 159 a 208 de la LSC*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 430.

⁹ RJ 2020, 991.

¹⁰ En esa dirección, FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2016), “Legitimación para el ejercicio de los derechos de socio en situaciones de cotitularidad de las acciones o participaciones”. *La Ley Mercantil* nº 21, enero de 2016, LA LEY 338/2016, 10/14, declara que: “En estas situaciones de cotitularidad, como en todas, no pueden confundirse los diferentes planos: una cosa es la relación externa o de legitimación frente a la sociedad para el ejercicio de los derechos y facultades corporativas inherentes a la condición o cualidad de socio y otra, la relación interna que es la que rige las relaciones «horizontales» entre los cónyuges en relación con la administración y disposición de los bienes comunes. Existe una natural disociación entre estos aspectos, «interno» y «externo» o «corporativo» que también se da en otros casos de los arts. 612 y ss. LSC: en la misma comunidad romana o en el usufructo, la prenda o el embargo de las acciones o participaciones”.

¹¹ Como ha destacado muy recientemente la STS de 24 de marzo de 2023 (RJ 2023, 2130), “el fundamento del art. 126 LSC responde a exigencias eminentemente prácticas de simplicidad y claridad en el ejercicio de los derechos, de forma que los eventuales conflictos o complejidades en el proceso interno de toma de decisiones en el seno de la comunidad (lo que dependerá del respectivo régimen jurídico aplicable) se desenvuelvan en sus relaciones

internas, y no emerjan a sus relaciones externas con la sociedad, con el consiguiente entorpecimiento que ello supondría (sentencias de 19 de abril de 1960, y de 11 de junio de 1982). Pero esa «unificación subjetiva» del «ejercicio» de los derechos de socio no supone configurar también unitariamente la titularidad de la propia participación o paquete de participaciones, desplazando como sujeto activo en la relación de dominio a los comuneros o partícipes por la comunidad misma, en los casos de comunidades ordinaria, proindiviso o romana (art. 392 CC), convirtiendo a ésta en centro de imputación de todos los derechos y obligaciones derivados de la condición de socio en la relación societaria. El propósito del art. 126 LSC es más limitado”.

¹² La citada STS de 24 de marzo de 2023 (RJ 2023, 2130) declara que: “La persona designada conforme al art. 126 LSC, sin ser un representante voluntario (art. 183 LSC y sentencia 1082/2004, de 5 de noviembre), responde a una relación de mandato, dotada de un régimen especial, y no es asimilable a un representante orgánico. Así lo declaramos en la sentencia 314/2015, de 12 de junio (RJ 2015, 3179)”. Por su parte, ya la STS de 17 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1303), en la interpretación del artículo 66 LSA, antecedente del actual artículo 126 LSC, distingue entre la designación de uno de los cotitulares como representante, de la designación de un tercero, señalando que “en este último caso se aplicarían las reglas previstas para la designación de representante voluntario y, en particular, por las de la representación en las juntas generales”.

¹³ JUR 2020, 211217.

¹⁴ En la misma línea, *vid.* la SAP de Alicante de 4 de mayo de 2020 (JUR 2020, 249948) relativa, en este caso, a una sociedad anónima.

¹⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2016, 12/14).

¹⁶ *Vid.* la reciente RDGSJFP de 25 de septiembre de 2023 (JUR 2023, 394526).

¹⁷ Así lo confirma la STS de 14 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1298), al declarar que sólo se aplicará el artículo 1384 CC cuando exista una sociedad de gananciales en funcionamiento, no cuando se haya disuelto.

¹⁸ *Vid.* por todas las RRDGRN de 26 de marzo de 2014 y de 31 de marzo de 2014, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, nº 6 (3ª Época), junio 2014, p. 712.

¹⁹ *Vid.* esta Resolución en <https://es.scribd.com/document/296498508/De-Los-Derechos-de-Socio-en-El-Caso-de-Acciones-o-Participaciones>

²⁰ *Vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO (2016). En caso de comunidad de herederos, sobre la aplicación del artículo 126 LSC, *vid.*, entre otras, las Resoluciones de la DGSJFP de 10 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 5525), de 14 de abril de 2021 (RJ 2021, 1618) y de 23 de mayo de 2022 (RJ 2022, 3182).

²¹ VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2022), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, 4ª edic., Madrid: Wolters Kluwer, 437; SANCHO GARGALLO, I., (2021), “Artículo 183. Representación voluntaria en la junta general de la sociedad de responsabilidad limitada”. En J. A. García-Cruces González e I. Sancho Gargallo (dirs.), *Comentario de la ley de Sociedades de Capital. Tomo III. La junta general. La administración de la sociedad*. Valencia: tirant lo Blanch, 2605); ZUBIRI DE SALINAS, M. (2011). “Comentario a los artículos 183 a 187 de la Ley de Sociedades de Capital”, Tomo I. En A. Rojo y E. Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 1313.

²² ALFARO, F. y CAMPINS VARGAS, A. (2022, 430). Por su parte, MARIÑO PARDO, F. (2014), “La representación en las Juntas Generales de las sociedades mercantiles. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2014 y otras cuestiones”, *Iuris Prudente 20 de mayo de 2014* [En línea], disponible en <http://www.iurisprudente.com/2014/05/la-representacion-en-las-juntas.html>, p. 13/29, considera dudosa la equiparación por la diferencia de

naturaleza entre matrimonio y unión de hecho, que ha destacado la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional.

²³ Sobre los medios de prueba para acreditar la condición de pareja de hecho *vid.* la reciente STSJ de Madrid (Sala de lo Social), 791/2022 de 14 de septiembre (AS 2022,1311) y la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 480/2021, de 7 de abril, (RJ 2021, 1460).

²⁴ Operadas por la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, y por el Real Decreto-ley 5/2023 de 28 de junio, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y otras medidas.

²⁵ MARIÑO PARDO, F. (2014, 12/29).

²⁶ RJ 1961, 964.

²⁷ SANCHO GARGALLO, I. (2021, 2605).

²⁸ Sobre la representación de las personas jurídicas y la posible aplicación del artículo 183.1 LSC en tal caso, *vid.* ALFARO, J. y CAMPINS VARGAS, A. (2022, 432 y 433).

²⁹ ALFARO, J. y CAMPINS VARGAS, A. (2022, 431). Por su parte, SANCHO GARGALLO, I. (2021, 2606) considera que en caso de usufructo o de pignoración participaciones sociales, el socio nudo propietario es quien está legitimado en todo caso para representar a otro, y no quien respecto de sus participaciones tenga atribuido el derecho de asistencia.

³⁰ ALFARO, J. y CAMPINS VARGAS, A. (2022, 425).

³¹ GARCÍA CARACUEL, M. (2014, 5/13).

³² STS de 31 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4282) y RRDGRN de 20 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8575) y de 10 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4085).

³³ GARCÍA CARACUEL, M. (2014, 6 y 7/13). En contra, SANCHO GARGALLO, I., (2021, 2608) afirma que los estatutos no pueden alterar las exigencias de forma del poder, al ser imperativas.

³⁴ RJ 2014, 2336.

³⁵ SAP de Albacete de 23 marzo de 2015 (JUR 2015, 105387).

³⁶ Artículo 49 LSRL: 2. “El socio podrá hacerse representar en las reuniones de la Junta General por medio de otro socio, su cónyuge, ascendientes, descendientes o persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional. *Los estatutos podrán autorizar la representación por medio de otras personas.* 3. La representación comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado y deberá conferirse por escrito. Si no constare en documento público, deberá ser especial para cada Junta”.

³⁷ Estima lógica esta interpretación GARCÍA CARACUEL, M. (2014, 10/13).

³⁸ SANCHO GARGALLO, I., (2021, 2607) considera improcedente la sustitución, sin que pueda admitirse por aplicación del artículo 1732 CC, ni tampoco por la interpretación *a sensu contrario* del artículo 522.1 LSC que para las sociedades cotizadas permite que los estatutos puedan prohibir la sustitución. Por su parte, MARIÑO PARDO, F. (2014, 20/29) afirma que “La regla general es que la sustitución es admisible en los poderes civiles, salvo disposición contraria del poderdante, y no es admisible en los poderes mercantiles, sin autorización expresa del poderdante”.

³⁹ VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2022, 437). GARCÍA-VALDECASAS, J. A. (2019, 5/12).

⁴⁰ STS de 15 de abril de 2014 (RJ 2014, 2336), SAP de Barcelona de 8 de octubre de 2018 (JUR 2018, 273457) y Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Pamplona de 5 de marzo de 2019 (JUR 2021, 44362).

⁴¹ RRDGRN de 16 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2302) y de 20 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8413).

⁴² ALFARO, J. y CAMPINS VARGAS, A. (2022, 433).

⁴³ JUR 2018, 273457.

⁴⁴ RJ 2014, 2336.

⁴⁵ JUR 2018, 273457. No obstante, parece admitir tal posibilidad la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil apelada, al declarar que, si fuera necesario que la firma estuviera legitimada, “debería haber informado al socio de cómo lo debería haber llevado a cabo”.

⁴⁶ En la doctrina, GARCÍA-VALDECASAS, J. A. (2019, 4/12) rechaza expresamente la posibilidad de que en los estatutos se establezca la necesidad de esa legitimación.

⁴⁷ JUR 2022, 213730.

⁴⁸ RJ 2011, 2361.

⁴⁹ Señala MARIÑO PARDO, F. (2014, 24/29), que la cuestión es distinta cuando lo que sucede es que la representación existe, pero no ha sido acreditada, en cuyo supuesto sería admisible la posterior demostración.

⁵⁰ En esta dirección, *vid.* la RDGRN de 20 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8413) relativa a un supuesto de junta universal.

⁵¹ Defienden el carácter imperativo del artículo 183.3 LSC, entre otros, GARCÍA-VALDECASAS, J. A. (2019, 5/12); VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2022, 438); SANCHO GARGALLO, I. (2021, 2609); MARIÑO PARDO, F. (2014, 18/29).

⁵² JUR 2018, 273457.

⁵³ MARIÑO PARDO, F. (2014, 18/29).

⁵⁴ La sociedad anónima cotizada no es objeto del presente estudio.

⁵⁵ RONCERO SÁNCHEZ, A. (2020), “Los órganos de gobierno de la empresa familiar: órganos de la sociedad y órganos de la familia. Principios de buen gobierno corporativo”. En E. Ortega Burgos (dir.), *Tratado Jurídico Fiscal de la Empresa Familiar*. Valencia: tirant lo blanch, p. 173, nota 37.

⁵⁶ Tal y como destaca MARIÑO PARDO, F. (2014, 14/29).

⁵⁷ ALFARO, J. y CAMPINS VARGAS, A. (2022, 503). Señalan estos autores que el artículo 189.2 LSC puede entenderse como una autorización para que la representación se pueda otorgar por vía telemática, razón por la que debía haberse emplazado junto al artículo 184 que regula la forma de la representación en la sociedad anónima.

⁵⁸ RJ 2013, 1155.

⁵⁹ GARCÍA-VALDECASAS, J. A. (2019, 6/12).

⁶⁰ RJ 2017, 2068.

⁶¹ RJ 2017, 2070.

⁶² RJ 2018, 40.

⁶³ RECALDE CASTELLS, A. y JUSTE MENCÍA, J. (2022). “Comentario de los artículos 182 y 182 bis LSC”. En J. Juste Mencía y A. Recalde Castells (coords.), *La junta General de las sociedades de capital. Comentario de los artículos 159 a 208 LSC*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 401.

⁶⁴ RECALDE CASTELLS, A. y JUSTE MENCÍA, J. (2022, 414) consideran innecesaria esta previsión al tratarse de una ley que regula de manera uniforme todas las sociedades de capital, sin perjuicio de las especialidades de cada tipo.

⁶⁵ El artículo 40 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, tras su modificación por la Disposición final primera, Trece, del Real Decreto-legislativo 11/2020, de 31 de marzo, vino a establecer la posibilidad de que, aunque no constara en los estatutos de las sociedades de capital, serían posibles las juntas o asambleas de socios “por vídeo o por conferencia telefónica múltiple siempre que todas las personas que tuvieran derecho de asistencia o quienes los representen dispongan de los medios necesarios, el secretario del órgano reconozca su identidad, y así lo exprese en el acta, que remitirá de inmediato a las direcciones de correo electrónico”.

⁶⁶ ALFARO, J. y CAMPINS VARGAS, A. (2022, 505).

⁶⁷ MARIÑO PARDO (2014, 17/29). Destacan ALFARO, J. y CAMPINS VARGAS, A. (2022, 419) que cuando el poder deba constar en documento público, esta formalidad debe cumplirse “y la mesa debe quedar convencida de su autenticidad y tener la posibilidad de examinar su suficiencia”.

⁶⁸ Esta modificación ha entrado en vigor el 9 de noviembre de 2023.

⁶⁹ Sobre cuándo ha de considerarse que una solicitud se ha realizado de forma pública, *vid.*, RONCERO, A., “Presunción del carácter público de una solicitud de representación”, *Almacén de Derecho*, Jun 13, 2016, [En línea], disponible en <https://almacenederecho.org/presuncion-del-caracter-publico-una-solicitud-representacion>

⁷⁰ RJ 2016, 2455.

⁷¹ ALFARO, J. y CAMPINS VARGAS, A. (2022, 479).

⁷² La STS de 1 de abril de 2008 (RJ 2008, 4066) niega la aplicación analógica a los hermanos del representado.

⁷³ SANCHO GARGALLO, I. (2021, 2638).

⁷⁴ RONCERO SÁNCHEZ, A. (2020, 173).

⁷⁵ ALFARO, J. y CAMPINS VARGAS, A. (2022, 478 y 479). Estos autores también destacan el trato desigual que supone respecto del representante que tenga un poder general de administración otorgado en documento público, en el que la exigencia de forma escrita es incuestionable.

⁷⁶ CHAVES RIVAS, A. (2017). “Artículos 183 a 187”. En P. Prendes Carril, A. Martínez-Echevarría y García de Dueñas y R. Cabanas Trejo, (dirs.), *Tratado de sociedades de capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de sociedades de capital, Tomo I*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 1068.

⁷⁷ RONCERO SÁNCHEZ, A. (2020, 173).

⁷⁸ RJ 1997, 6906. *Vid.*, también, las RRDGRN de 9 de junio de 1994 (RJ 1994, 4914), de 12 de enero de 1995 (RJ 1995, 187) y de 9 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3947).

⁷⁹ JUR 2021, 76002. *Vid.*, también la SAP Guipúzcoa de 20 de octubre de 2014 (JUR 2015, 4508).

⁸⁰ GARCÍA-VALDECASAS, J. A. (2019, 8/12). SANCHO GARGALLO, I. (2021, 2637 y 2638).

⁸¹ ALFARO, J. y CAMPINS VARGAS, A. (2022, 481 y 482). ZUBIRI DE SALINAS, M. (2011, 1338)

⁸² *Ibidem*, 484.

⁸³ RONCERO SÁNCHEZ, A. (2020, 174).

⁸⁴ SANCHO GARGALLO, I. (2021, 2616).

⁸⁵ RONCERO SÁNCHEZ, A. (2020, 175, nota 41); ALFARO J. y CAMPINS VARGAS, A. (2022, 452).

⁸⁶ SANCHO GARGALLO, I. (2021, 2622). VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2022, 444).

⁸⁷ SANCHO GARGALLO, *Idem*; GARCÍA-VALDECASAS, J. A. (2019, 9/12).

⁸⁸ ALFARO, J. y CAMPINS VARGAS, A. (2022, 456), RONCERO SÁNCHEZ, A. (2020, 175).

⁸⁹ RJ 2015, 2709.

⁹⁰ RJ 1992, 1551.

⁹¹ RJ 2011, 3020.

⁹² SANCHO GARGALLO, I. (2021, 2625).

⁹³ ALFARO, J. y CAMPINS VARGAS, A. (2022, 459) se suman a la tesis de que la regla del artículo 185 LSC debe matizarse: “de un lado, porque el ejercicio por el representante de los derechos de socio solo debe quedar excluido cuando el socio ejerza personalmente sus derechos y no cuando meramente asista a la reunión en el sentido de estar presente en ella y, de otro, porque la incompatibilidad solo se produce cuando se trate de ejercer los derechos derivados de las mismas acciones”.

⁹⁴ Introducida por la Disposición final segunda del RD 171/ 2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

⁹⁵ RJ 2020, 2559 y RJ 2020, 1915.

⁹⁶ *Vid.* las críticas a estas resoluciones formuladas por ALFARO, J. y CAMPINS VARGAS, A. (2022, 460 y 461).

⁹⁷ Si se trata, en concreto, de poderes preventivos, la Circular Informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado 3/2021, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad, alude a la posibilidad de que se introduzcan salvaguardas limitativas de la revocación de las medidas voluntarias de apoyo, entre las que se encontrarían los citados poderes.

⁹⁸ RJ 2011, 2361.

⁹⁹ RJ 2020, 2944.

¹⁰⁰ RJ 2022, 3524.

¹⁰¹ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

¹⁰² Artículos 181 y ss. CC.

¹⁰³ En caso de disposición de bienes a título gratuito en favor de un menor, el disponente podrá establecer las reglas de administración y disposición de esos bienes y designar la persona o personas que hayan de ejercitarlas (art. 164.1 y art. 205 CC).

¹⁰⁴ *Vid.* arts. 61 a 65 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

¹⁰⁵ El Código del Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo) exige la previa autorización del juez o de la Junta de Parientes para la realización de ciertos actos de disposición de los representantes legales sobre el patrimonio del menor (art. 15). El Código Civil de Cataluña (Ley 25/2010 de 29 de julio, del libro segundo) se ocupa de esta cuestión en el artículo 236-27 y, contempla la posibilidad de sustitución de la autorización judicial por el consentimiento del acto, manifestado en escritura pública, sea del hijo, si tiene al menos dieciséis años, sea de los dos parientes más próximos del hijo (art. 236-30). Por su parte, la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, regula la materia en la Ley 66, objeto de nueva redacción por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril.

¹⁰⁶ Sobre la interpretación de los artículos 250 y 255 CC, *vid.* la reciente STS de 20 de octubre de 2023 (JUR 2023, 5967).

¹⁰⁷ El artículo 287 CC se aplica también al defensor judicial y al guardador de hecho (art. 264.2 CC) cuando asuman facultades representativas.

¹⁰⁸ MARIÑO PARDO, F. (2021), *Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: Autocuratela*, 30 de septiembre de 2021, 7/11. [En línea], disponible en http://www.iurisprudente.com/2021/09/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_35.html

¹⁰⁹ *Vid.* DE SALAS MURILLO, S. (2021). “Artículo 271 CC”. En C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 720 y 721. No obstante, la autoridad judicial puede prescindir de las disposiciones voluntarias si concurren las circunstancias previstas en el artículo 272 CC.

¹¹⁰ RIBOT IGUALADA, J. (2021). “Artículos 256 a 272”. En C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Cizur Menor (Navarra); Aranzadi, 585.

¹¹¹ MARIÑO PARDO, F. (2021, 7/11).

¹¹² La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Mérida de 25 de mayo de 2022 (JUR 2022, 272984), declaró la nulidad de la junta de una SL, al haberse celebrado en enero de 2022 sin la intervención de una socia, titular del 47,50 de las participaciones sociales, que había sido incapacitada, y sujeta a tutela de una de sus hijas, también socia, que no había aceptado aún el cargo en el momento de celebración de la Junta. La ausencia de representación legal de la citada socia por una persona que actúe en defensa de sus intereses patrimoniales afecta a la propia constitución de la junta, viciada desde el inicio, y, por tanto, a todos los acuerdos en ella adoptados.

¹¹³ Con la excepción del cambio de domicilio social dentro de territorio nacional, en los términos del art. 285.2 LSC.

¹¹⁴ Esta norma fue modificada por la DF 18ª LOPJM en el sentido de limitar la autorización a los actos de naturaleza dispositiva que, además, sean susceptibles de inscripción.

¹¹⁵ *Vid.* SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2010). “Artículos 259 a 275”. En A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova y GIL RODRÍGUEZ, J. (1993). “Artículo 271”, En C. Paz-Ares Rodríguez et al (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid: Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, 801.

¹¹⁶ RJ 2011, 1427.

¹¹⁷ Precisa MARIÑO PARDO (2016, 6/76) que la DGRN parece considerar “el reconocimiento de derechos reales (expresión un tanto ambigua que debe significar su constitución) fuera del concepto de «gravamen stricto sensu». Esto llevaría a la consecuencia de que la constitución de un derecho real limitado sobre alguna de las clases de bienes enumerados en el primer inciso del artículo 271.2, si no fueran bienes inscribibles, como, por ejemplo, las acciones de una sociedad anónima, no estaría sujeta a autorización judicial”, interpretación que el autor rechaza.

¹¹⁸ Precisamente, con apoyo en esta resolución, PARRA LUCÁN, M.A. (2013), “Artículos 271-273”. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Valencia: tirant lo blanch, 2417, mantiene que no es precisa la autorización judicial por el tutor para los contratos de adquisición de bienes inmuebles, ni, en general, sobre cualquier otro acto adquisitivo que suponga la aplicación del dinero del tutelado.

¹¹⁹ RJ 2022, 5189.

¹²⁰ Afirma la resolución que “Al tutor designado con anterioridad a la reforma se le aplican las normas de la curatela representativa (disposición transitoria segunda de la Ley 8/2021)

y, por tanto, los casos en los que se ha de solicitar autorización judicial son los recogidos en el artículo 287, sin que ninguno de ellos requiera de autorización judicial para adquirir inmuebles; casos, aquellos, por lo demás, que son de interpretación restrictiva”.

¹²¹ *Vid.* la RDGRN de 9 de julio de 2018 (RJ 2018, 3162).

¹²² RJ 2019, 1590.

¹²³ JUR 2014, 6787.

¹²⁴ RJ 2010, 2380.

¹²⁵ *Vid.*, en esta dirección, la STS de 8 julio de 2010 (RJ 2010, 6030) relativa a un contrato de opción de compra y venta de acciones adjudicadas a incapacitados tras la liquidación de su participación en las empresas familiares.

¹²⁶ Por su parte, CARRAU CARBONELL, J. M. (2017), (“Artículo 60”. En P. Prendes Carril, A. Martínez-Echevarría y García de Dueñas y R. Cabanas Trejo, (dirs.), *Tratado de sociedades de capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de sociedades de capital, Tomo I*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 401), en relación con el anterior artículo 271 CC, considera necesaria la autorización judicial para que el tutor, con ocasión de la constitución o del aumento de capital, realice en nombre del pupilo cualquier aportación social, incluidas las dinerarias.

¹²⁷ Como destaca la SAP de Barcelona de 16 de noviembre de 2018 (JUR 2018, 318256), lo fundamental es que los acuerdos de que se trate tengan transcendencia sobre el patrimonio del representado.

¹²⁸ En este sentido, la SAP de Toledo de 27 septiembre de 2017 (JUR 2017, 254434) declara que: “Cuando los actores, con la debida representación legal por su minoría de edad, aportan esta finca a la sociedad constituida en escritura pública y en pago de las participaciones que adquieren de esta mercantil, estamos ante una enajenación para la que es claro que el artículo 166 CC requiere autorización judicial. La Sala afirma que “Una cosa es que los padres puedan constituir una sociedad haciendo socios constituyentes a sus hijos, que es lo que cita la sentencia apelada, y otra que además les hagan además aportar una finca a la sociedad, transmitiendo su propiedad a la mercantil, lo que es claramente una enajenación. A ello no es obstáculo que el acto sea recíproco por obtener a cambio unas participaciones, pues también es recíproca una compraventa con la que se obtiene a cambio un precio y no es dudoso que para vender bienes inmuebles de sus hijos menores los padres necesitan autorización judicial”.

¹²⁹ Sobre el alcance de la expresión “valores mobiliarios” a que se refieren los artículos 166 y 287 CC, *vid.* el completo trabajo de GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2023). “La disposición a título oneroso de acciones y de participaciones titularidad de menores de edad bajo patria potestad”. En F. Yañez Vivero *et al* (dirs.) *Fortalezas y debilidades del Derecho de Familia contemporáneo. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Carlos Lasarte*, Tomo II. Madrid: Dykinson, 1357 a 1387.

¹³⁰ Como subraya MARIÑO PARDO, F. (2016, 33/76), la doctrina se ha cuestionado si esta norma incluye solo la renuncia abdicativa (de derechos ya existentes en el patrimonio del renunciante), o se extiende a las renunciaciones traslativas y preventivas. A su juicio, además de que el Código Civil no distingue, en el supuesto concreto debatido, la renuncia sería abdicativa, pues el derecho de suscripción preferente ya estaría en el patrimonio del renunciante.

¹³¹ Se plantea la cuestión de si la escasa relevancia económica es objetiva o si ha de ponerse en relación con el patrimonio de la persona sujeta a curatela GUILARTE MARTÍN-CALERO (2021, 809).

¹³² GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2023, 1374) subraya la importancia de esta norma en una interpretación correctora o parcialmente abrogante del artículo 166.1 CC, puesto que “si

el tutor, cuya actuación está sometida a mayores controles que la de los padres —por la mayor desconfianza que el ordenamiento jurídico refleja hacia su actuación—, no necesita autorización judicial para enajenar valores mobiliarios que cotizan en mercados oficiales, —se entiende que al menos por el precio de cotización—, con mayor motivo no ha de exigirse a los padres”.

¹³³ Por su parte, el artículo 236-27.1.c) CCCat. exige previa autorización judicial a los padres (o, en su caso, al administrador especial), para enajenar o gravar valores, acciones y, también, a diferencia del Código Civil, participaciones sociales pertenecientes a sus hijos menores. Sin embargo, no exige la autorización “para enajenar, al menos por el precio de cotización, las acciones cotizadas en bolsa ni para enajenar los derechos de suscripción preferente”.

¹³⁴ En esta dirección, GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2023, 1377) afirma que “un padre que deje caducar un derecho de suscripción preferente sin haber transmitido a título oneroso el mismo, o al menos sin haberlo intentado, podrá, en su caso, ser objeto de acción de reclamación en los términos del art. 168 del CC”.

¹³⁵ BOE núm. 14, de 17 de enero de 2012, pp. 3431 a 3441.

¹³⁶ El interés social no es ajeno a todo acuerdo social, pero aquí implica un mayor rigor en la valoración de su concurrencia.

¹³⁷ VALENZUELA GARACH, J. (2022). “Algunas cuestiones sobre los derechos del socio en la empresa familiar”. En I. Gallego Domínguez (coord.), *Cuestiones civiles y mercantiles en la empresa familiar*, Madrid: La ley, 539. ARIAS VARONA, F. J. (2023). “La ampliación de capital como mecanismo para incorporar socios externos a la empresa familiar”. En *Transmisión de acciones y participaciones en la empresa familiar. Claves de preservación en manos de la familia empresarial*. Madrid: F. Lefebvre, 124 y 125.

¹³⁸ SANCHO GARGALLO, I. (2021, 2792).

¹³⁹ IRIBARREN, M. (2021). “Tutela de la integridad de la participación del socio de una sociedad de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades* num. 62/2021 parte Estudios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

¹⁴⁰ VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2022, 803).

¹⁴¹ GARDEAZABAL DEL RIO, F. J. (2017). “Artículos 304 a 312”. En P. Prendes Carril, A. Martínez-Echevarría García de Dueñas y R. Cabanas Trejo (dirs.), *Tratado de Sociedades de Capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I. Cizur Menor: Aranzadi, 1823.

¹⁴² La SAP de Valencia de 7 de octubre de 2004 (JUR 2005, 24027), en relación con los derechos de adquisición preferente que contemplaba la LAU de 1964, afirma que, precisamente el propio Legislador contempla la posibilidad de renuncia apriorística de tales derechos “aunque cuando no hayan entrado en el patrimonio del arrendatario y cuando no pueden ser más que una expectativa”.

¹⁴³ En efecto, LACRUZ BERDEJO, J. L. (2000). En Lacruz Berdejo (*et al*), *Elementos de Derecho Civil I*, vol. 3º, 2ª edic., revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría, Madrid: Dykinson, 97, tras afirmar que no es propiamente renuncia la preventiva, señala que “no es fácil distinguir entre renuncia de derechos que todavía no se han adquirido y la exclusión voluntaria de la ley aplicable, ambas admitidas con los mismos límites en el art. 6.2 CC”. Menciona este autor la STS de 24 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6860) que admite la eficacia jurídica de la renuncia anticipada de un derecho, en este caso del retracto legal del artículo 1521 CC.

¹⁴⁴ IRIBARREN, M. (2022), “La supresión de la cláusula estatutaria de adquisición preferente de acciones”, BIB 2022153, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* num. 167/2022 parte Artículos. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor (10/35).

¹⁴⁵ RJ 2007, 2540.

¹⁴⁶ Considera abusivo el acuerdo de modificación de los estatutos por el que se suprimen los derechos de adquisición preferente de los socios la SAP de Baleares de 7 de febrero de 2017 (JUR 2017, 74946).

¹⁴⁷ PERDICES, A. (2017). “Supresión de cláusulas restrictivas de la transmisibilidad de acciones y participaciones que reconocen derechos de adquisición preferente a los socios”, *Almacén de Derecho* Mar 31, 2017, [En línea], disponible en <https://almacendederecho.org/supresion-clausulas-restrictivas-la-transmisibilidad-acciones-participaciones-reconocen-derechos-adquisicion-preferente-los-socios>

¹⁴⁸ GARCÍA-CRUCES, J. A. (2021). “Comentario al artículo 162 de la Ley de Sociedades de Capital”. En García-Cruces, J.A. y Sancho Gargallo, I. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo III. Valencia: tirant lo blanch, 2310.

¹⁴⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2021). “Artículos 287 a 290”. En C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Aranzadi: Cizur Menor (Navarra), 811.

¹⁵⁰ RJ 2010, 2380 y RJ 2010, 6030.

¹⁵¹ RJ 2018, 3162

¹⁵² RJ 2018, 3162

¹⁵³ *Vid.* sobre esta cuestión CARRASCO PERERA, A. (2022), “Contratación por discapacitados con y sin apoyos”. En *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 251. ÁLVAREZ LATA, N. (2021), “Del ejercicio de la curatela”. En R. Bercovitz Rodríguez Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil, 5ª edic.* Cizur Menor (Navarra): Thomsom Reuters, 529.

*Trabajo recibido el 31 de enero de 2024 y aceptado
para su publicación el 11 de marzo de 2024*

Cuestiones actuales sobre la responsabilidad parental por los actos lesivos de los hijos adolescentes o grandes menores

Current issues regarding parental responsibility for the harmful acts of adolescent children or older minors

por

PILAR MARÍA ESTELLÉS PERALTA

*Directora del Departamento de Derecho Privado/Profesora de Derecho Civil
Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir"*

RESUMEN: La justificación histórica de la obligación de responder por los hijos se halla en la idea de cohesión y solidaridad familiar, de los vínculos entre padres e hijos, de la obligación de educarlos, procurarles una formación integral y vigilarlos, deberes todos ellos que constituyen la base de la responsabilidad frente a terceros por los actos dañosos de los miembros del grupo familiar, especialmente de los hijos menores. Sin embargo, en este primer cuarto del siglo XXI resulta procedente reflexionar sobre la regulación de estos deberes y responsabilidades de padres e hijos a la luz de los nuevos modelos de convivencia familiar considerando la trayectoria cada vez más independiente de los hijos adolescentes o grandes menores, del reconocimiento de su madurez, sin olvidar el cambio de paradigma en relación con el ejercicio de la patria potestad que va relegando el papel de los padres a un segundo plano y que deriva, asimismo, en la dificultad de procurar a los hijos esa educación y formación integral (que en ocasiones se arrogan los poderes públicos) y la imposibilidad de vigilarlos convenientemente. Todo ello dificulta el cumplimiento de algunos deberes filiales poco o mal aprendidos y convierte el ejercicio de la patria potestad en una función compleja,

ardua y, en ocasiones, “de riesgo”, que transforma la responsabilidad de los progenitores por los actos dañosos de sus hijos en una responsabilidad alejada del concepto de culpa y más próxima a la responsabilidad cuasiobjetiva.

ABSTRACT: The historical justification of the obligation to respond for children is found in the idea of family cohesion and solidarity, of the ties between parents and children, of the obligation to educate them, provide them with comprehensive training and supervise them, all duties that constitute the basis of liability to third parties for the harmful acts of members of the family group, especially minor children. However, in this first quarter of the 21st century, it is appropriate to reflect on the regulation of these duties and responsibilities of parents and children in light of the new models of family coexistence, considering the increasingly independent trajectory of adolescent or older children. of the recognition of their maturity, without forgetting the change of paradigm in relation to the exercise of parental authority that is relegating the role of parents to the background and which also results in the difficulty of providing children with that education and comprehensive training (which public powers sometimes assume) and the impossibility of adequately monitoring them. All of this makes it difficult to fulfill some little or poorly learned filial duties and turns the exercise of parental authority into a complex, arduous and, at times, “risky” function, which transforms the responsibility of parents for the harmful acts of their children. children in a responsibility that is far from the concept of guilt and closer to quasi-objective responsibility.

PALABRAS CLAVE: deberes y responsabilidades de los hijos menores; grandes menores; madurez de los hijos; patria potestad; responsabilidad civil extracontractual de los padres; culpa in vigilando, culpa in educando.

KEYWORDS: *duties and responsibilities of minor children; older minors; maturity of children; authority of parents; non-contractual civil liability of the parents; guilt in guarding, guilt in educating.*

SUMARIO: I. A MODO DE BREVE INTRODUCCIÓN.—II. LA COHESIÓN FAMILIAR Y LA SOLIDARIDAD INTERGENERACIONAL COMO ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.—III. REPLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: 1. LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL DEL MENOR. 2. EL ERRÓNEO ENTENDIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA PREVALENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. 3. LOS HIJOS SON TITULARES Y RESPONSABLES DEL EJERCICIO DE SUS DERECHOS.—IV. EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD A LOS HIJOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS DEBERES: 1. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES FILIALES DE OBEDIENCIA, RESPETO Y DE CONTRIBUCIÓN

MATERIAL Y PERSONAL A LAS CARGAS FAMILIARES. 2. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES SOCIALES DE LOS HIJOS MENORES. 3. LAS OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DE LOS MENORES EN EL ÁMBITO ESCOLAR Y LAS CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO.—V. RESPONSABLES DE LOS ACTOS LESIVOS DE LOS MENORES DE EDAD: 1. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—VI. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DE LOS MENORES MADUROS POR SUS PROPIOS ACTOS: 1. RESPONSABILIDAD DEL HIJO MENOR EN LOS CASOS DE COMISIÓN DE DELITOS: A) *Los actos lesivos de los menores de 14 años de edad.* B) *Los menores entre los 14 y los 18 años.*—VII. LOS PADRES Y REPRESENTANTES LEGALES COMO RESPONSABLES CIVILES DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS HIJOS MENORES: 1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CUASIOBJETIVA Y SOLIDARIA DEL ART 61 LORPM: A) *El principio pro damnato o pro victima.* B) *El deber de educar a los hijos.* 2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES DERIVADA DEL ARTÍCULO 1903 DEL CÓDIGO CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR SUS HIJOS MENORES: A) *El cambio de paradigma y la objetivación de la culpa paterna.* B) *La persistente mención, lex lata, de la culpa in vigilando.* C) *La culpa in educando por educación incorrecta de los hijos.*—VIII. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. A MODO DE BREVE INTRODUCCIÓN

El artículo 9.bis.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil (en adelante LOPJM) establece que los menores “deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social” (artículo 9.bis.1). Con el fin de que esos deberes, obligaciones y responsabilidades constituyan algo más que una mera figura retórica, que una mera norma programática¹, se deberían de poder exigir responsabilidades civiles, e incluso, penales, a los autores de cualquier acto dañoso para terceros en que haya incurrido culpa o negligencia propias. El concepto de “responsabilidad”, alude a “tener que responder” del daño sufrido por otra persona, resultando obligado el responsable de la conducta dañosa, a indemnizar dicho daño al perjudicado². Responder es estar obligado u obligarse (una persona) a la pena y resarcimiento correspondientes al daño causado o a la culpa cometida según se regula en el artículo 1902 del Código civil; también responder es estar obligado de (o por) algo o alguien. Así en el caso de

responder por otra persona, lo llamamos responsabilidad por hecho ajeno, cuya expresión más acabada es la de los casos del artículo 1.903 del Código civil³.

El sistema español en materia de daños causados por menores es bastante complejo y todavía hoy la regulación del artículo 1903.2 del Código civil establece claramente la responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda. También respecto de los grandes menores cuyo grado de madurez e incremento de su capacidad de obrar ha reconocido de manera reiterada el legislador en las últimas reformas comentadas⁴.

II. LA COHESIÓN FAMILIAR Y LA SOLIDARIDAD INTERGENERACIONAL COMO ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

La justificación histórica del derecho/obligación de responder por los hijos se halla en la idea de parentesco —del vínculo familiar que une a unas personas con otras— y de la cohesión familiar entre parientes y, en consecuencia, de la solidaridad familiar, con el fin de cubrir las posibles necesidades perentorias mínimas para la subsistencia de sus miembros⁵. Asimismo, la solidaridad familiar y los vínculos entre padres e hijos, la obligación de educarlos, procurarles una formación integral y vigilarlos, son la base de la responsabilidad frente a terceros por los actos dañosos de los miembros del grupo familiar, especialmente de los hijos de acuerdo con las acciones noxales del Derecho romano⁶, la Partida Séptima, Título XV o algunos Fueros⁷.

Sin embargo, hoy en día la familia se estructura y relaciona de manera diferente a como lo hacía en el pasado fomentado en gran parte por las últimas reformas en materia de patria potestad que, intencionadamente, van relegando el papel de los padres a un segundo plano; la familia ha pasado de ser una comunidad integrada por varias generaciones que conviven en la misma vivienda familiar a convertirse en un reducido grupo de parientes⁸ con escasa convivencia —es práctica común que los hijos en edad universitaria, e incluso más tempranamente, se vayan a estudiar a otra población y/o al extranjero— y, ello incrementa su independencia personal aunque no siempre, la económica. Estas circunstancias derivan, en muchos casos, en un distanciamiento creciente entre padres e hijos, fruto de la falta de convivencia y relación de los unos con los otros; en la imposibilidad de procurarles esa educación y formación integral (que en ocasiones se arrojan los poderes públicos) y de vigilarlos convenientemente, lo que hace complejo el cumplimiento de algunos deberes filiales poco o mal aprendidos y convierte el ejercicio de la patria potestad en una función compleja, ardua y de riesgo⁹, y la responsabilidad de los padres por los actos dañosos de sus hijos en

una responsabilidad alejada del concepto de culpa y más próxima a la responsabilidad cuasiobjetiva por hecho de ser padre/madre.

Obsérvese, asimismo, como ya indicábamos, que la LOPJM, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, establece que los menores, de acuerdo a su edad y madurez (que la propia ley presume desde los doce años según se desprende del artículo 9.2.1 LOPJM), deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y *responsabilidades* inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social (artículo 9.bis.1 LOPJM).

Asimismo, los poderes públicos promoverán la realización de acciones dirigidas a fomentar el conocimiento y cumplimiento de los deberes y responsabilidades de los menores en condiciones de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal.

III. REPLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Luego, dadas las circunstancias, tomando en consideración la nueva realidad social, la libertad y ampliación del reconocimiento de madurez a los hijos menores frente a sus padres, el recorte de las funciones parentales y la injerencia de los poderes públicos en la esfera privada familiar, quizás convenga plantearse que los padres ya no deberían encontrarse en el foco de la responsabilidad por los actos lesivos de sus hijos menores “maduros”.

1. LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL DEL MENOR

Una cuestión que afecta al tema de este análisis, es el cambio legislativo que ha supuesto la progresiva ampliación de la autonomía personal del menor, basada en su supuesta madurez y suficiente juicio, a edades en exceso tempranas. En los últimos años se aprecia una tendencia a legislar que discurre por una muy elevada protección los derechos del menor (como persona vulnerable) y, como contrapartida, una continua ampliación de su capacidad de obrar a edades muy tempranas para la toma de decisiones de gran envergadura y trascendencia, también a nivel personal (que asimilan a los hijos menores y, sobre todo, adolescentes a un adulto no vulnerable). Es el caso de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, que en su artículo 19 permite solicitar y consentir las prácticas de modificación genital al hijo de 12 años (con suficiente madurez) exclusivamente, sin contar con el consentimiento de sus padres; o bien cumplidos

los 14 años, se permite al menor incluso otorgar testamento (artículo 663 CC), u optar por la vecindad civil (artículo 14.3 CC) y la nacionalidad española (artículo 20.2. a) CC); e incluso, a los 16 años cumplidos, puede emanciparse (artículo 244 CC) o solicitar el beneficio de la mayor edad (artículo 245 CC) e incluso abortar a los 16 años sin el consentimiento de los padres o representantes legales (artículo 13.bis Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo).

2. EL ERRÓNEO ENTENDIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA PREVALENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

En los últimos años, se ha extendido, en mi opinión, un erróneo entendimiento —por extralimitación— del principio de la prevalencia del interés superior del menor que se ha aplicado siempre y, en todo caso, como primordial frente a otros posibles intereses en liza. Ello significa que se ha colocado este interés del menor en el vértice de los diferentes intereses en conflicto en lo referente a la resolución de las distintas situaciones de crisis y discrepancia familiares. Se erige, así, jurídicamente, como una limitación de la patria potestad (como se interpreta también en clave jurisprudencial) si atendemos a las SSTS de 9 de noviembre de 2015 y de 13 de enero de 2017 entre otras muchas, o la SAP de Madrid de 18 de octubre de 2021¹⁰, que subordinan la función parental —entendida como deber— a la defensa prevalente de este interés superior del hijo menor. Es esencial proteger al menor, pero anteponer este principio en todo conflicto o situación que de alguna manera le afecte, postergando los derechos de otros posibles afectados (artículo 2 LOPJM) ha causado no pocos daños y sobresaltos en la función parental de los padres españoles, además de un debilitamiento del derecho-poder en que consiste la patria potestad que regula el artículo 154 del Código civil, lo que podría poner en riesgo la defensa de los intereses del menor que se pretenden proteger, al dificultar el cumplimiento de los deberes y facultades de “velar por ellos”. En parte, debido a lo comentado, en el seno de relaciones familiares se han originado serias dificultades de tipo jurídico en relación con la función parental que afecta a los menores —de cara a la resolución de los conflictos adolescentes planteados— y que requieren de la intervención judicial para su resolución (artículo 154, in fine CC)¹¹ y en otros supuestos de intervenciones administrativas cada vez más frecuentes y relevantes como hace la STS de 26 de septiembre de 2022¹² entre otras. Obviamente, debe valorarse positivamente el reconocimiento de derechos en favor de los hijos porque sitúa a los menores en un nivel de protección que garantiza, en gran medida, la salvaguarda de su interés preferente. Sin embargo,

también transmiten la equivocada idea de que los menores solo tienen derechos, lo cual, jurídicamente hablando, es falso.

3. LOS HIJOS SON TITULARES Y RESPONSABLES DEL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

Es evidente que los hijos son titulares de derechos: como personas, como ciudadanos, como menores. Se trata de un conjunto de derechos de carácter especial, cuyo contenido esencial es el de la protección integral de sus titulares frente a los cuales quedan obligados los poderes públicos, las familias, la sociedad en su conjunto y cada ciudadano en particular de acuerdo con lo establecido en el artículo 39.2 de la Constitución española y en la Exposición de Motivos de la LO-PJM¹³. Se protege a los menores, también frente a sus padres, cuando se produce el incumplimiento grave y reiterado de deberes inherentes a la patria potestad¹⁴; cuando se incumplen las obligaciones parentales que perjudican el desarrollo emocional y material de los menores. La tendencia de la jurisprudencia más reciente atiende fundamentalmente a una posible lesión del interés del menor y exige la privación de la patria potestad del progenitor que se desentiende del hijo a nivel no sólo material sino afectivo incumpliendo de manera grave y reiterada el deber de pago de la pensión de alimentos o no relacionándose con el hijo de manera voluntaria y consciente, según las SSTs de 1 de octubre de 2019 y de 23 de mayo de 2019¹⁵. Igualmente, la STS de 9 de noviembre de 2015¹⁶ constató la falta de relaciones personales entre la menor y el padre quien hizo “dejação de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada”. Por ello, y para corregir posibles perjuicios a los hijos menores, el artículo 158 del Código civil establece la intervención judicial, incluso de oficio, para dictar las medidas y disposiciones necesarias con el fin de preservar al menor de posibles peligros o perjuicios; y en tal sentido, la ley regula, incluso, la asunción de la tutela del menor y la suspensión de la patria potestad ante supuestos de desamparo (artículo 172 CC)¹⁷.

Al mismo tiempo, esta continuada evolución y modificación de la autonomía personal de los hijos menores basada en su madurez conlleva, en contrapartida, un debilitamiento de la función en que consiste la patria potestad. Todo ello, revela numerosas dificultades de llevar a la práctica este *officium* de educar y procurar una formación integral a los hijos que les ayude a formarse y conducirse como personas rectas y responsables de sus actos. Y atentos al correcto y diligente cumplimiento de la función educadora y vigilante de los padres, piedra angular donde se asienta su responsabilidad civil en caso de que los hijos causen daños a terceros con sus conductas. Ya apuntaba ELZO que parece que los hijos han nacido en un marco de meros sujetos de derechos mientras que los

padres son reducidos por el legislador y los poderes públicos a meros sujetos de deberes¹⁸ (exigidos de manera muy estricta) hacia sus hijos. Sin embargo, no todo son derechos. Efectivamente, el legislador no sólo atribuye obligaciones a los padres cuando establece la obligación de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (artículo 154 CC). También respecto de los hijos según vamos a analizar seguidamente. No obstante, y a diferencia de como ocurre en el caso del deficiente ejercicio de la responsabilidad parental (que puede incluso conllevar su privación)¹⁹, cuando un hijo olvida y/o no cumple con sus obligaciones, ello no conlleva graves responsabilidades.

IV. EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD A LOS HIJOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS DEBERES

El legislador no sólo atribuye derechos a los hijos menores; también pesan sobre éstos ciertas obligaciones familiares, sociales y escolares. Otra cosa es su exigencia y las consecuencias de su incumplimiento, aunque no cabe duda, como analizaremos, de que son bastante más gravosas las obligaciones impuestas por el legislador a los padres con respecto a sus hijos, que aquéllas que corresponden a éstos para con sus progenitores²⁰.

Así las cosas, parece conveniente reflexionar sobre cuáles son los deberes de los hijos y su exigencia legal y social, así como las responsabilidades derivadas de sus actos lesivos. Téngase en cuenta, en referencia a esta cuestión, que, en general, ni la sociedad, las familias, la doctrina o la jurisprudencia consideran exigible el cumplimiento de los deberes filiales legales ni se plantean la reclamación o aplicación de los instrumentos jurídicos adecuados para propiciar el cumplimiento de las mencionadas obligaciones. Y no porque estos deberes no se hallen regulados —que sí lo están— sino por un planteamiento inexacto de los mismos²¹. Se consideran una clase de deberes más de tipo moral que jurídico y, por ello, no se exige coactivamente su cumplimiento. Lo bien cierto es que nuestro sistema jurídico no impone —porque no regula— sanciones a los hijos que incumplen sus obligaciones salvo la improbable desheredación que por hipotética y lejana, ni siquiera consideran. Luego, deberes y obligaciones sin consecuencias frente a su incumplimiento conduce a deberes y obligaciones inexigibles legalmente. Pero veamos.

Como punto de partida, la LOPJM, tras la reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia (en adelante LMSPIA), establece que los menores, de acuerdo a su edad y madurez (madurez que la propia ley presume desde los doce años

según se desprende del artículo 9.2.1 LOPJM), deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social (artículo 9.bis.1). Nos encontramos así con los deberes filiales de obediencia, respeto y de contribución material y personal a las cargas familiares; los deberes relativos al ámbito escolar que el artículo 9 quáter LOPJM regula, estableciendo que los menores deben respetar las normas de convivencia de los centros educativos y respetar a los miembros de la comunidad escolar, estudiar durante las etapas de enseñanza obligatoria y tener una actitud positiva de aprendizaje durante todo el proceso formativo; y, por último, los deberes sociales en relación con la comunidad y resto de ciudadanos que incluyen, en particular, el deber de respetar las leyes y normas que les sean aplicables y los derechos y libertades fundamentales de las otras personas (el deber de respetar la dignidad, integridad e intimidad de todas las personas con las que se relacionen con independencia de su edad, nacionalidad, origen racial o étnico, religión, sexo, orientación e identidad sexual, discapacidad, características físicas o sociales o pertenencia a determinados grupos sociales, o cualquier otra circunstancia personal o social).

1. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES FILIALES DE OBEEDIENCIA, RESPETO Y DE CONTRIBUCIÓN MATERIAL Y PERSONAL A LAS CARGAS FAMILIARES

Los deberes familiares que se imponen a los hijos se determinan en el artículo 155 del Código civil que señala la obligación de los hijos de obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre; así como de contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con la familia (artículo 165 CC). Y no solamente se regulan estos deberes filiales en el artículo 155 del Código civil, también el artículo 9.ter LOPJM regula parte de ellos²² al contemplar los deberes relativos al ámbito familiar del menor y señalar que los menores deben participar en la vida familiar respetando a sus progenitores y hermanos así como a otros familiares y que, a su vez, deben participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas de acuerdo con su edad, con su nivel de autonomía personal y capacidad, y con independencia de su sexo. No obstante, el incumplimiento de los deberes familiares de respeto, obediencia y colaboración doméstica tiene, asimismo, pocas o nulas consecuencias. El legislador no ha establecido ninguna sanción para el caso de contravención. Además, como la obligación de obediencia de los hijos menores de edad hacia sus padres que todavía establece el artículo 155 del Código civil, ya ni se menciona entre

los deberes de los hijos del artículo 9.ter. LOPJM, éstos se limitan a los deberes filiales de respeto y colaboración doméstica, sin mayores consecuencias en caso de incumplimiento. Si a ello le añadimos la imposibilidad de corrección a los hijos, suprimida del artículo 154 del Código civil ²³ ¿cómo educar a éstos? Por ello, no sorprende la preocupación de padres y juristas frente a las nocivas consecuencias de una regulación que propugna la máxima de “padres sin derechos, hijos sin deberes”²⁴.

2. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES SOCIALES DE LOS HIJOS MENORES

En relación con las obligaciones sociales de los hijos interesa destacar el artículo 9. quinquies LOPJM que obliga a los menores a respetar a las personas con las que se relacionan y al entorno en el que se desenvuelven. Este precepto regula los denominados deberes sociales que incluyen, en particular, el deber de respetar la dignidad, integridad e intimidad de todas las personas con las que se relacionen con independencia de su edad, nacionalidad, origen racial o étnico, religión, sexo, orientación e identidad sexual, discapacidad, características físicas o sociales o pertenencia a determinados grupos sociales, o cualquier otra circunstancia personal o social. El deber de respetar las leyes y normas que les sean aplicables y los derechos y libertades fundamentales de las otras personas, así como asumir una actitud responsable y constructiva en la sociedad. El deber de conservar y hacer un buen uso de los recursos e instalaciones y equipamientos públicos o privados, mobiliario urbano y cualesquiera otros en los que desarrollen su actividad. Y el deber de respetar y conocer el medio ambiente y los animales y colaborar en su conservación dentro de un desarrollo sostenible²⁵.

No obstante ello, interesa destacar que a los menores de catorce años, que infrinjan algunos de los deberes enunciados anteriormente, no se le exigirá responsabilidad con arreglo al artículo 3 la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM), sino que se les aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. Por tanto, los menores de 14 años como analizaremos, son inimputables, no tienen responsabilidad penal derivada de la comisión de delitos siempre que la infracción de este deber de respeto implique o se enmarque en un tipo penal. Tampoco, los menores de edad que se encuentran comprendidos entre los 14 y los 18 años, pese a ser imputables penalmente, responderán civilmente de los daños causados a las víctimas por la comisión del delito, a efectos prácticos, pues de acuerdo con el artículo 61 LORPM, estos menores responden solidariamente con sus padres (o tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho).

3. LAS OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DE LOS MENORES EN EL ÁMBITO ESCOLAR Y LAS CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO

En el ámbito escolar los menores son titulares de derechos, pero también de obligaciones. Concretamente el artículo 9. quáter LOPJM regula los deberes relativos al ámbito escolar y establece que los menores deben respetar las normas de convivencia de los centros educativos, estudiar durante las etapas de enseñanza obligatoria y tener una actitud positiva de aprendizaje durante todo el proceso formativo. Asimismo, los menores deben respetar tanto a los profesores y otros empleados de los centros escolares como al resto de sus compañeros, evitando situaciones de conflicto y acoso escolar en cualquiera de sus formas, incluyendo el ciberacoso. Para ello, a través del sistema educativo se implantará el conocimiento que los menores deben tener de sus derechos y deberes como ciudadanos, incluyendo entre los mismos aquellos que se generen como consecuencia de la utilización en el entorno docente de las TICs.

En relación con estos deberes destaca especialmente el deber de estudiar durante las etapas de enseñanza obligatoria y tener una actitud positiva de aprendizaje durante todo el proceso formativo. Este deber es carácter primordial porque es absolutamente necesario para poder adquirir una formación integral, académica y humana. Sin embargo, asistimos a un progresivo aumento de fracaso escolar en nuestro país y de falta de motivación para estudiar de jóvenes y adolescentes. Cabe preguntarse si parte del problema lo generan las leyes educativas como la LOMLOE que desincentivan el estudio porque permite pasar de curso con dos asignaturas no superadas, además de la supresión de las calificaciones en las asignaturas, sustituidas por las evaluaciones de diagnóstico y aquello de que “repetir” curso se considera una medida excepcional y poco pedagógica. Difícilmente todos estos cambios que propugna la mencionada ley, van a mejorar la disposición al estudio de los menores y frente al fracaso escolar que implica el incumplimiento del deber de estudiar, pocas medidas se pueden adoptar por los docentes por las propias limitaciones que establece la norma comentada; por los que ejercen la patria potestad, otro tanto, dado el escaso margen de corrección paterna a los hijos que permite el legislador.

Otro de los deberes del menor en el ámbito educativo, especialmente relevante, es el deber de respeto de las normas de convivencia de los centros escolares, el deber de respetar tanto a los profesores y otros empleados de los centros de enseñanza como al resto de sus compañeros, evitando situaciones de conflicto y acoso escolar en cualquiera de sus formas, incluyendo el ciberacoso. Se trata, en definitiva, de un deber general de respeto que compete al menor y que se extiende tanto a las normas de convivencia como del entorno escolar que le rodea y en el que se desenvuelve el menor cotidianamente, lo que conlleva necesariamente, al

respeto a las personas, sean docentes, compañeros u otros empleados del centro donde convive el menor durante su jornada escolar y más allá. Las consecuencias del incumplimiento de este deber de respeto pueden ser muy graves y dar lugar al llamado acoso escolar o “bullying”, esto es, a un maltrato físico, verbal o psicológico —que se produce entre escolares de forma reiterada y prolongada en el tiempo— e, incluso, a conductas constitutivas del ciberacoso a través de las redes sociales y que inciden sobre la víctima (también menor de edad) más allá de la jornada escolar²⁶, y han conducido a no pocos casos de suicidio en adolescentes, de triste actualidad en nuestro país.

En todo caso y, tratándose de menores de edad, ¿quién es el responsable de estas acciones de acoso tan dañinas y lesivas hacia otros menores? Al efecto deberemos tener en cuenta que los delitos cometidos por los menores de edad gozan de un régimen jurídico específico y mucho más benigno pues la política criminal sobre la responsabilidad de los menores está orientada a la reeducación y reintegración. En consecuencia, el artículo 19 del Código penal establece que los menores de dieciocho años que cometan un hecho delictivo no serán responsables criminalmente con arreglo al Código penal aunque sí podrán ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor, esto es, la LORPM y aplicable a los mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos en el Código penal o las leyes penales especiales. Luego, frente al incumplimiento de estos deberes de respeto nos encontramos, principalmente, con la inimputabilidad o reducción de la responsabilidad penal y civil de estos menores.

V. RESPONSABLES DE LOS ACTOS LESIVOS DE LOS MENORES DE EDAD

Como ya adelantamos, la actual redacción de la LOPJM, establece que los menores, de acuerdo a su edad y madurez deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y *responsabilidades* inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social (artículo 9.bis.1), y que la propia ley presume desde los doce años según se desprende del artículo 9.2.1 LOPJM. A la hora de determinar la responsabilidad del menor deberemos —o deberíamos-tener en cuenta esta circunstancia, al mismo tiempo, que la obligación de los poderes públicos de promover la realización de acciones dirigidas a fomentar el conocimiento y cumplimiento de los deberes y responsabilidades de los menores en condiciones de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal. Por tanto, no sólo los padres, también los menores y las Administraciones públicas son

responsables, en mayor o menor medida, de los actos lesivos de los menores en nuestro país.

Asimismo, esos deberes, obligaciones y responsabilidades deberían constituir algo más que una mera declaración de intenciones. La ausencia de consecuencias no fomenta, en ningún caso, el cumplimiento de estos deberes, ya sean sociales, escolares o familiares. Educar a los menores en el cumplimiento de los deberes y en la exigencia de responsabilidades es una exigencia de los padres, la sociedad y los poderes públicos en la que estamos fracasando.

1. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Una atenta lectura de la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante LOPIAFV), muy beneficiosa cuando se atenta contra la infancia y la adolescencia mediante cualquier forma de violencia, pueda dar la sensación —sobre todo a efectos jurídicos— de que los padres, la familia, son los causantes y responsables de esta violencia ejercida por los menores. En algunos casos, sin duda. Pero la verdadera violencia contra los menores no se ejerce en el seno de la familia sino por otros menores en los centros escolares (o “educativos”), responsabilidad de las Administraciones públicas durante el horario escolar y e incluso más allá cuando estos “compañeros” de clase utilizan las redes sociales. A tal efecto, y dada la gravedad del problema, el legislador realiza un ejercicio de entendimiento y establece en la Ley la necesidad de protocolos de actuación frente a indicios de abuso y maltrato, acoso escolar, ciberacoso, acoso sexual, violencia de género, violencia doméstica, suicidio, autolesión y cualquier otra forma de violencia. Y crea, para el correcto funcionamiento de estos protocolos la figura de un coordinador de bienestar y protección en todos los centros educativos.

Así, el artículo 45 de la LOPIAFV relacionado con el uso seguro y responsable de internet establece que las Administraciones públicas desarrollarán campañas de educación, sensibilización y difusión dirigidas a los niños, niñas y adolescentes, familias, educadores y otros profesionales que trabajen habitualmente con personas menores de edad sobre el uso seguro y responsable de Internet y las tecnologías de la información y la comunicación, así como sobre los riesgos derivados de un uso inadecuado que puedan generar fenómenos de violencia sexual contra los niños, niñas y adolescentes como el ciberbullying, el grooming, la ciberviolencia de género o el sexting, así como el acceso y consumo de pornografía entre la población menor de edad. Igualmente, que estas mismas Administraciones públicas fomentarán medidas de acompañamiento a las familias, reforzando y apoyando el rol de los progenitores a través del desarrollo de competencias y

habilidades que favorezcan el cumplimiento de sus obligaciones legales; que las Administraciones públicas, además de otras acciones contempladas en el mismo precepto, llevarán a cabo campañas institucionales de prevención e información que deben incluir entre sus objetivos la prevención sobre contenidos digitales sexuales y/o violentos que pueden influir y ser perjudiciales para la infancia y adolescencia. Asimismo, deberán realizar periódicamente diagnósticos, teniendo en cuenta criterios de edad y género, sobre el uso seguro de Internet entre los niños, niñas y adolescentes y las problemáticas de riesgo asociadas, así como de las nuevas tendencias (artículo 46 LOPIAFV).

En relación con los centros escolares y educativos, los arts. 30 a 37 de la LOPIAFV establecen la obligación en las distintas etapas educativas de fomentar una educación accesible, igualitaria, inclusiva y de calidad que permita el desarrollo pleno de los niños, niñas y adolescentes y su participación en una escuela segura y libre de violencia, en la que se garantice el respeto, la igualdad y la promoción de todos sus derechos fundamentales y libertades públicas, empleando métodos pacíficos de comunicación, negociación y resolución de conflictos en los centros educativos, con la obligación de elaborar un plan de convivencia que recogerá los códigos de conducta consensuados entre el profesorado que ejerce funciones de tutor/a, los equipos docentes y el alumnado ante situaciones de acoso escolar o ante cualquier otra situación que afecte a la convivencia en el centro educativo (artículo 31 LOPIAFV); asimismo las Administraciones educativas velarán por el cumplimiento y aplicación de todos estos principios y garantizarán la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso de los medios digitales que sea seguro y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales (artículo 33 LOPIAFV), regulando los protocolos de actuación contra el abuso y el maltrato, el acoso escolar, ciberacoso, acoso sexual, violencia de género, violencia doméstica, suicidio y autolesión o cualquier otra manifestación de violencia, que deberán ser aplicados en todos los centros educativos, independientemente de su titularidad y evaluarse periódicamente con el fin de valorar su eficacia (artículo 34 LOPIAFV). Además de ello, todos los centros tanto de titularidad pública como privada deben contar con un coordinador/a de bienestar y protección del alumnado, que actuará bajo la supervisión de la persona que ostente la dirección o titularidad del centro.

Así pues, frente a tantas obligaciones impuestas legalmente a la Administración pública cabe preguntarse si en estos casos de falta de respeto a las normas de convivencia en los centros escolares; si las agresiones a los docentes y el acoso y ciberacoso a los compañeros del centro docente son responsabilidad absoluta del menor (muchas veces inimputable) y de las Administraciones públicas en vez de

dirigir nuestra mirada a los que ejercen la mermada patria potestad. Responsabilidad, que en el caso de que el centro escolar sea público, se determinará en base en la denominada “responsabilidad patrimonial de la Administración” por el mal funcionamiento de los servicios públicos²⁷.

En todo caso, debemos señalar que, en numerosas ocasiones, y a pesar de producirse el acoso durante las horas en las que el menor permanece en el centro escolar, se condena a los padres únicamente y no conjuntamente con el titular del centro educativo. Así, la SAP de Valencia de 14 marzo de 2014²⁸ que apreció la responsabilidad civil de los padres de la menor autora de un acoso escolar a una compañera porque este se llevó a cabo no sólo en el colegio, sino que se extendió a las redes sociales. Y ello porque se entiende jurisprudencialmente que los padres no deben responder de los daños que causan sus hijos cuando los menores están en el centro escolar, teniendo en cuenta que se ha producido un “traspaso de vigilancia” de los padres al colegio. Luego, la obligación de vigilar de padres y titulares de centros docentes es excluyente e incompatible. Así, “cuando los hechos ilícitos cometidos por menores de edad acaecen durante el período de tiempo en que se hallan bajo el control y vigilancia del profesorado del centro, dado que sus padres no pueden ejercer tales deberes sobre sus hijos, en cuanto que desde el momento de su entrada hasta la salida del Centro sus funciones quedan traspasadas a los profesores es, por lo que, en estos casos, se ha de apreciar que hay una omisión de ese deber por parte de estos últimos, al haberseles traspasado la vigilancia y cuidado sobre los menores” y de que, por consiguiente, “la responsabilidad del centro es excluyente de la de los padres, ya que la labor de guarda de los padres termina cuando empieza la del centro y viceversa”²⁹.

Por el contrario, si el bullying o acoso escolar se produce sólo en el colegio y no fuera de él, la jurisprudencia tiende a condenar únicamente al centro educativo como así se manifestó en la SAP de Vizcaya de 25 enero de 2019³⁰. Sin embargo, nótese que el artículo 3 de la LORPM no hace referencia alguna a la responsabilidad de los centros docentes en cuanto a los delitos cometidos por menores de edad mayores de catorce años, por lo que sólo cabe considerar que de los daños *ex delicto* de tales menores sólo responderán aquellos centros si se tienen por guardadores de hecho, a los que refiere el artículo 61.3 de la LORPM³¹.

VI. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DE LOS MENORES MADUROS POR SUS PROPIOS ACTOS

Con independencia de la posible exigencia de responsabilidad a las Administraciones públicas por su mal funcionamiento, una de las cuestiones que desde siempre se ha planteado doctrinalmente es si el menor puede ser considerado

responsable civilmente pues nuestro Código civil no se pronuncia al respecto. Si debemos plantearnos como posible (de facto) exigir a los menores y personas con discapacidad una responsabilidad basada en hechos propios en virtud del artículo 1902 del Código civil teniendo en cuenta el grado de madurez reconocido a los niños y adolescentes, pues en este precepto no se exige la capacidad de obrar para que el causante del daño sea obligado a repararlo sino únicamente que su conducta sea negligente, y estos menores, por su edad, se considera que ya son capaces de prever las consecuencias dañosas de sus actos (así la STS de 8 de marzo de 2002³², que estableció la responsabilidad solidaria de los padres junto a la del hijo de 17 años que había causado el daño)³³. Y si los grandes menores se encuentran legalmente habilitados para realizar determinadas acciones y adoptar decisiones con consecuencias jurídicas para sí y para terceros (conducir motocicletas, realizar un trabajo remunerado, etc.) es porque el legislador actual considera al menor como persona con un evidente desarrollo de su personalidad y madurez muy alejado de los clichés proustianos³⁴.

Así, en relación con esta nueva doctrina del derecho de daños, plantea GÓMEZ CALLE en referencia a la capacidad que se precisa en el ámbito extracontractual —que difiere de la que tradicionalmente se aplica a la responsabilidad contractual— y que convierte en imputable a todo aquel que tenga suficiente capacidad de discernimiento para comprender el alcance de sus actos y prever sus posibles consecuencias así como de actuar para evitar el posible daño previsto (el hijo menor con suficiente madurez y, asimismo, el hijo mayor o menor con discapacidad)³⁵ que es plenamente consciente del daño infligido con su conducta. Parece lógico, pues, entender que para responder civilmente conforme al artículo 1902 del Código civil el sujeto activo debe disponer de la suficiente capacidad para comprender la trascendencia de sus actos y la suficiente capacidad volitiva poder actuar de modo distinto a cómo lo hizo³⁶. Ello supone “capacidad de entender y querer o, lo que es igual, madurez intelectual y volitiva: a los efectos de la responsabilidad civil extracontractual, es imputable quien tiene suficiente capacidad de discernimiento para comprender el alcance de sus actos y prever sus posibles consecuencias, hallándose además en condiciones de actuar de acuerdo con dicho entendimiento para evitar el daño previsto”³⁷. En todo caso, si el menor es una persona capaz de entender y querer, en mayor o menor medida, debería ser posible afirmar su imputabilidad civil por los daños y perjuicios que haya podido ocasionar (con independencia de los demás responsables concurrentes)³⁸. Ello cobra especial sentido en la medida en que se reconoce al menor mayor grado de madurez y libertad. A mayor grado de libertad debe exigirse mayor grado de responsabilidad³⁹. En consecuencia, conforme el menor vaya adquiriendo mayor edad y grado de madurez (reconocido, asimismo, por el legislador en numerosas leyes ya enunciadas) que le permita un mayor grado de entendimiento y volición

de sus actos, se le debe atribuir en la misma medida, un mayor grado de responsabilidad por las consecuencias lesivas de sus propios actos, ex artículo 1902 del Código civil⁴⁰. Pero otra es la posición de nuestros tribunales como evidencian la SAP de León de 11 de julio de 2016⁴¹ al entender que se precisa la “culpa o negligencia del hijo, pues sólo entonces, por culpa in vigilando o in educando, es atribuible en forma directa la responsabilidad a los padres, ya que en ningún caso es posible prescindir del principio culpabilístico, de manera que sólo cuando hay culpa en los hijos surge la responsabilidad directa de los padres”; o la SAP de Jaén de 16 de diciembre de 2013⁴² cuando señala que “para que esa responsabilidad se haga efectiva debe quedar acreditada la culpa o negligencia en la que incurrir el menor hijo, pues sólo entonces, por culpa ‘in vigilando’ o ‘in educando’, es atribuible en forma directa la responsabilidad al padre, ya que en ningún caso es posible prescindir del principio culpabilístico, de manera que sólo cuando hay culpa en los hijos surge la responsabilidad directa de los padres”. Entonces, si los menores son civilmente imputables, porque ya tienen suficiente capacidad para valorar y apreciar las consecuencias de sus propios actos, la justificación de que otros respondan por los daños que ellos causan basada en una responsabilidad por culpa no se sostiene, por lo que parece que el criterio de imputación es el de la responsabilidad objetiva que convierte a los padres en garantes frente a la insolvencia de sus hijos menores. En tal sentido, la doctrina señala la conveniencia de ello argumentando que el menor, aun siendo capaz de entender y de querer, actúa todavía con “inmadurez o inexperiencia” por lo que debe ser más “vigilado”⁴³ cuanto menor sea su edad y madurez. Por el contrario, la jurisprudencia no es partidaria de hacer distinciones en relación con la edad del hijo ni con su grado de madurez por lo que considera irrelevante la edad de éste en la valoración de la responsabilidad de los padres según la SAP de Castellón de 7 de marzo de 2016⁴⁴ o la SAP de Jaén de 17 de septiembre de 2015⁴⁵.

Atendiendo a lo anterior, DE ÁNGEL YAGÜEZ⁴⁶, considera muy exigentes y ya no tan justificadas las actuales fórmulas de responsabilidad de los padres teniendo en cuenta la actual libertad de movimientos del hijo de familia. En esta línea, parece que algunas propuestas de reforma legislativa⁴⁷ permiten atisbar, de manera explícita y más allá de lo dispuesto en el Código civil, que los autores materiales de los daños sean también responsables de los mismos⁴⁸. Sin embargo, ¿cuál es el verdadero alcance de todo ello? Muy escaso, ciertamente.

1. RESPONSABILIDAD DEL HIJO MENOR EN LOS CASOS DE COMISIÓN DE DELITOS

Actualmente no es infrecuente que los hijos menores, que gozan de mayores libertades y menores controles parentales, puedan ocasionar daños muy graves a

terceros por la comisión de delitos u otros hechos intencionados o no que provocan lesiones en la víctima de los mismos. Uno de tantos ejemplos que se pueden ofrecer son los daños por la conducción de motocicletas, patinetes, bicicletas; la utilización de armas de fuego, las peleas tras un “botellón” o el llamado acoso escolar o “bullying”, esto es, un maltrato físico, verbal o psicológico —que se produce entre escolares de forma reiterada y prolongada en el tiempo— o, asimismo, el ciberacoso a través de las redes sociales, que incide sobre la víctima (también menor de edad) más allá de la jornada escolar y que ha provocado varios suicidios de adolescentes en nuestro país en los últimos meses.

Al mismo tiempo, tratándose de menores de edad ¿quién es el responsable de estas acciones de acoso tan dañinas y lesivas hacia otros menores? Al efecto deberemos tener en cuenta que los delitos cometidos por los menores de edad gozan de un régimen jurídico específico y muy benigno teniendo en cuenta que la política criminal sobre la responsabilidad de los menores está orientada a su reeducación y reintegración. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 19 del Código penal, los menores de dieciocho años que cometan un hecho delictivo no serán responsables criminalmente con arreglo al Código penal aunque sí podrán ser responsables con arreglo a lo dispuesto en la ley que regula la responsabilidad penal del menor (LORPM), aplicable a los menores entre catorce y dieciocho años por la comisión de hechos tipificados como delitos en el Código penal o las leyes penales especiales.

A) Los actos lesivos de los menores de 14 años de edad

A los menores de catorce años, como se ha comentado, no se le exigirá responsabilidad con arreglo al artículo 3 de la LORPM, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código civil y demás disposiciones vigentes, esto es, el artículo 1903 del Código civil. Así pues, los menores de 14 años son inimputables, no tienen responsabilidad penal derivada de la comisión de delitos⁴⁹. La comisión de hechos tipificados penalmente carece de repercusiones penales. Únicamente podrá serles exigida una eventual responsabilidad carácter civil pero no penal.

Actualmente, y dado los elevados índices de utilización de vehículos a motor y patinetes eléctricos cuyo uso se autoriza a los menores; del incremento de conductas de acoso escolar y ciberacoso y apelando a la consideración de una mayor madurez del menor en edades cada vez más tempranas, su inimputabilidad penal es difícilmente comprensible. Si a los 12 años el menor tiene derecho a “ser oído” (artículo 177.3 CC) en los procesos de adopción, acogimiento y de nulidad, separación y divorcio de sus padres y en relación con las decisiones que afecten

a determinación de su custodia (artículo 92 CC). Igualmente, en aquellos conflictos que afecten al ejercicio de la patria potestad (artículo 156 CC). En relación con la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, cuyo artículo 19 permite solicitar y consentir las prácticas de modificación genital al menor de doce años (con suficiente madurez) exclusivamente sin contar con el consentimiento de sus padres. A nivel patrimonial, y si “tuviere suficiente juicio”, podrá el menor de 12 años otorgar su previo consentimiento para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales (artículo 162 *in fine* CC). Cumplidos los 14 años, podrá el menor incluso otorgar testamento (artículo 663 CC), optar por la vecindad civil (artículo 14.3 CC) y la nacionalidad española (artículo 20.2. a) CC) e incluso, si tiene los 16 años cumplidos, podrá emanciparse (artículo 244 CC) o solicitar el beneficio de la mayor edad (artículo 245 CC). En todo caso, tratándose de un menor de 14 años, que no tiene responsabilidad penal, sus padres deberán hacer frente a una responsabilidad patrimonial.

B) Los menores entre los 14 y los 18 años

En el supuesto de que los menores de edad se encuentran comprendidos entre los 14 y los 18 años, sí son imputables penal y civilmente⁵⁰. Por ello, responderán según el tipo y gravedad del delito cometido que abarcan distintas medidas de internamiento y otras más leves. Ahora bien, en relación con los daños causados a las víctimas derivados de la comisión del delito, el art 61 de la LORPM contempla la responsabilidad civil cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, en cuyo caso, responderán solidariamente con él sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho de manera objetiva, sin culpa; responsabilidad que podrá moderarse (no suprimirse) por el juez si los representantes legales no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave.

VII. LOS PADRES Y REPRESENTANTES LEGALES COMO RESPONSABLES CIVILES DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS HIJOS MENORES

Los padres son responsables civiles de los daños causados por sus hijos menores, ya sea por responsabilidad civil extracontractual regulada en el artículo 1903.2 del Código civil, como por responsabilidad civil *ex delicto*, regulada en el artículo 61 de la LORPM. La responsabilidad paterna la establece de manera tajante el legislador pero resulta lamentable esta disparidad normativa de la res-

ponsabilidad parental, que atiende a si el hecho dañoso de los hijos está tipificado como delito o si no lo está. A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, señala que la llamada responsabilidad civil derivada de delito tiene un fundamento y naturaleza jurídica diferentes de la responsabilidad civil por ilícito puramente civil⁵¹, de lo que debemos disentir porque la responsabilidad civil no tiene una función punitiva sino de resarcimiento del daño causado por el ilícito civil o penal.

Habría sido más adecuado actualmente, una remisión a las normas del Código civil para las cuestiones sustantivas relativas al resarcimiento de los daños, con independencia de que la LORPM hubiera regulado ese procedimiento rápido y sencillo para obtener la indemnización en los casos en que resultara de aplicación. Esas normas contenidas en los artículos 1902 y 1903 del Código civil ya indican quiénes (padres, tutores, o titulares de centros de enseñanza) deben responder de los hechos dañosos de los menores, por lo que resulta innecesario y superfluo este doble y contradictorio régimen de responsabilidad civil⁵². No obstante, como ahora analizaré seguidamente, el régimen de responsabilidad es doble pero no difiere tanto la regulación de la LORPM de la del Código civil a no ser porque la responsabilidad del artículo 1903 del Código civil funciona en la práctica como objetiva, e incluso, puede llegar a ser más grave que la prevista en el artículo 61.3 de la LORPM, que permite al juez moderar la responsabilidad de los padres y, por el contrario, el artículo 1903 del Código civil, no.

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CUASIOBJETIVA Y SOLIDARIA DEL ART 61 LORPM

El artículo 61 de la LORPM establece la responsabilidad civil cuasiobjektiva de los padres y representantes legales, derivada de la comisión de delitos de aquellos menores sometidos a su guarda⁵³. En base a ello la jurisprudencia entiende que “se trata de una responsabilidad objetiva, ajena a la noción de culpa civil, para quienes responden por hechos ajenos, prescindiéndose totalmente de los criterios de imputación subjetiva, los cuales únicamente se tienen en cuenta, como se ha indicado, para dejar al arbitrio del Juzgador la moderación de la responsabilidad”⁵⁴. Para su consideración, esta responsabilidad se asienta en dos principios.

A) El principio pro damnato o pro víctima

El fundamento de esta responsabilidad solidaria cuasiobjektiva, introducida por el precepto analizado, que establece una responsabilidad sui generis de los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, se asienta por un

lado, en la necesidad de asegurar la reparación de las víctimas exonerándolas de tener que probar la culpa del responsable civil (SAP de Cáceres de 22 marzo de 2007)⁵⁵. Se trata de la aplicación del principio *pro damnato* o *pro víctima*⁵⁶, para evitar que el perjudicado, la víctima, no llegue a ser efectivamente indemnizada ante la constatable realidad de la insolvencia generalizada de los menores de edad. Así pues, “lo que pretende el legislador al establecer este sistema de responsabilidad solidaria es ofrecer la atención que se merecen los intereses y necesidades de las víctimas, para lo cual, es ineludible partir del presupuesto de que la mayoría de los menores responsables de los delitos o faltas que generan esta responsabilidad civil, carecen de los recursos necesarios para hacer frente a la misma”⁵⁷. Esta es la opinión de CUESTA MERINO⁵⁸, para quien la intención del legislador ha sido introducir un sistema de responsabilidad civil de mayor alcance y severidad con la doble finalidad de amparar mejor los derechos de las víctimas de dos maneras: eximiéndoles de tener que probar la culpa del responsable civil y protegiéndoles de la insolvencia del menor infractor —mediante un sistema objetivo—; y, en clave de política legislativa, forzar una mayor implicación de los padres y demás responsables en el proceso de socialización de los menores imponiéndoles las consecuencias civiles de las infracciones que éstos cometan por la transgresión del conjunto de deberes que tienen sobre ellos. Por tanto, “cuantas más personas respondan por un mismo daño más probable será que la víctima cobre la indemnización a la que tiene derecho. A la vez, si todos los responsables lo son de forma solidaria, unos cubrirán la insolvencia de los otros y se ahorrarán a la víctima los costes de prueba del diferente grado de responsabilidad de cada uno de los corresponsables”⁵⁹. En esta línea se pronuncia la SAP de Santander de 23 de diciembre de 2003⁶⁰, que señala que “el artículo 61.3 de la LO 5/2000 prescinde de estos principios y establece la responsabilidad solidaria del menor de 18 años y de sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden, sin exigir que concorra ninguna otra circunstancia y sin perjuicio de que la responsabilidad pueda ser moderada por el juez (no eximida por completo) cuando no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave... Se aleja también del régimen general contenido en el artículo 1903 del Código civil, que pese a la presunción de culpa —y a la cuasiobjetivación jurisprudencial— descansa igualmente en la noción de negligencia y establece la responsabilidad extracontractual de los padres respecto de los daños causados por los hijos bajo patria potestad, señalando que dicha responsabilidad cesará cuando prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

Todo ello, para BUENO ARÚS, constituye “piedra de escándalo para los profesores de Derecho civil, que ven violentado el sistema establecido de la responsabilidad civil (¡el sistema es intangible!), pero los autores del correspondien-

te anteproyecto eran conscientes, y así lo han manifestado, de que esta regulación es injusta, ciertamente, pero, puestos a escoger entre la injusticia de adjudicar las consecuencias económicas del delito a los padres o tutores del delincuente, o la injusticia de adjudicárselos sin remisión a las víctimas, que ya corren con las demás consecuencias personales del trauma delictivo (puesto que los delincuentes, y con mayor razón los menores de edad, son siempre insolventes a la hora del pronunciamiento judicial sobre la responsabilidad civil), puestos a escoger entre las dos injusticias, repito, aquéllos entendieron que era menos injusta la atribución a los padres y tutores inocentes, y que acaso se podría producir la consecuencia de que, por interés propio, los padres y tutores colaborarían más estrechamente con los poderes públicos en evitar la criminalidad de los jóvenes⁶¹.

Además de lo antedicho, en relación con el principio pro víctima, fundamento del precepto que hemos analizado y que establece que responden solidariamente con el menor, sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden, la realidad es que beneficia a la víctima del delito (por lo que cumple generosamente su finalidad), pero genera otros problemas tanto de tipo interpretativo como en la determinación de un orden para reclamar esta responsabilidad solidaria “en cascada”. Y ello porque, en opinión de DE LA ROSA, una interpretación literal del precepto conduciría a declarar siempre la responsabilidad civil de las personas citadas en primer lugar en el precepto, pudiéndose declarar la responsabilidad de los mencionados a continuación sólo en el supuesto de que no existan los citados con anterioridad, o sean desconocidos. Es decir, se plantea si la responsabilidad civil solidaria contemplada en el artículo 61.3 de la LORPM sería sucesiva y excluyente⁶², pero advierte que la interpretación *ad pedem litterae*, que conduce a la tesis del orden excluyente puede desembocar en resultados injustos (porque se obligue a responder a los padres privados de la patria potestad, mientras se exonera a quienes tienen la guarda efectiva). Por ello, el autor entiende que sólo deben responder civilmente —junto con el menor— aquellas personas o entidades (contempladas en el artículo 61.3 de la LORPM) que tienen facultades y obligaciones de educación, guarda, vigilancia o supervisión o que han incumplido sus deberes de tal modo que puede responsabilizárseles de las consecuencias del hecho dañoso causado por el menor. Si estas facultades y/o obligaciones son compartidas entre diversos responsables, cabrá condenarlos civilmente de manera conjunta, entre sí y junto al menor⁶³.

B) El deber de educar a los hijos

Y ello nos lleva al segundo fundamento del precepto, que en opinión de DE LA ROSA, trata de comprometer a los padres y demás representantes en la

guarda y en el proceso educativo del menor, implicándolos al máximo en la obligación de socializar adecuadamente a los menores, haciéndoles responsables objetivos de los daños que éstos pudieran irrogar a terceros. En este sentido, la SAP de Castellón de 29 de enero de 2009⁶⁴, entiende que el fundamento de este nuevo modelo de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito, se encuentra no sólo en el deber de guarda sino también en el deber de educación y en el adecuado uso de las facultades de corrección que los padres, tutores, acogedores o guardadores tiene sobre su hijo, pupilos, acogidos o sometidos a su guarda.

Asimismo, la SAP de Badajoz de 25 enero de 2005⁶⁵, o la SAP de Soria de 23 julio de 2010⁶⁶, señalan que “la ley impone a los padres no sólo el deber de velar por los hijos y tenerlos en su compañía, sino también el de educarlos y procurarles una educación integral, e idéntico compromiso exige a los tutores y a los acogedores e incluso al guardador de hecho al tratarse de una institución tuitiva a la que son aplicables las obligaciones del tutor, y qué duda cabe que estos otros aspectos son mucho más relevantes en el origen de los comportamientos delictivos del menor que los simples defectos en el ejercicio del deber de guarda en que se suele fundamentar la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad civil *ex delicto*; es decir, se considera que el fundamento de este nuevo modelo de responsabilidad civil se encuentra no sólo en el deber de guarda sino también en el deber de educación y en el adecuado uso de las facultades de corrección que los padres, tutores, acogedores o guardadores tiene sobre su hijo, pupilos, acogidos o sometidos a su guarda”.

Para DE LA ROSA⁶⁷, teniendo en cuenta la edad de los menores afectados por la regulación de la LORPM —menores de 14 a 17 años— y la naturaleza de los hechos a que se refiere —hechos con trascendencia penal y por tanto hechos que atacan bienes jurídicos del máximo rango, en la inmensa mayoría de los supuestos dolosos— el fundamento principal será, más que el deber de vigilancia, el deber de educar y socializar al menor, que además, generalmente, será fácilmente detectable pues como expone la SAP de Sevilla de 26 de noviembre de 2007⁶⁸, de los hechos ejecutados por el hijo se infiere “un importante déficit educativo, pues de ellos se desprende un grave desprecio a bienes jurídicos primarios como son la vida, la integridad física de las personas y la propiedad, así como una falta de control de las relaciones del menor por parte de los apelantes; pues de haber observado la diligencia exigible, hubieran podido detectar ésta conducta y haber adoptado consecuentemente las correcciones necesarias en evitación de un daño que era previsible, ya que un comportamiento tan agresivo como el manifestado, contrario al principio de autoridad, y del derecho de propiedad, no surge espontáneamente, sino que es fruto de una tendencia en el comportamiento que se prolonga en el tiempo”. Esta mayor importancia de los criterios *in educando* sobre los *in vigilando* debe ser clave a la hora de distribuir responsabilidades

entre los inicialmente llamados a ella por el artículo 61.3 de la LORPM. El criterio rector no debe ser tanto quién debía vigilar al menor (en ocasiones la edad y las circunstancias del menor imposibilitan la vigilancia) como quién con su defectuosa gestión del proceso educativo del menor ha posibilitado que el mismo no respete los bienes jurídicos ajenos básicos para la convivencia. Igualmente, BONILLA CORREA⁶⁹ señala que la LORPM se aplica a menores de entre catorce y dieciocho años por comportamientos considerados delictivos por el Código penal, “lo que significa, en atención al comportamiento, que éste es mucho más grave que un simple ilícito civil y, en la medida de lo posible, el legislador quiere que se eviten ese tipo de comportamientos, premiando a los padres que así lo han hecho. Los padres sí que tienen un deber de formación integral de los hijos, y esa formación sí que supone una influencia en el comportamiento del menor. La familia es, de momento, un verdadero mecanismo de control social y, por ende, la encargada de transmitir, desde edades muy tempranas, los principales valores de la sociedad. El individuo va adquiriendo esos valores, principios, normas de conducta que servirán para su socialización. Se podrá decir que la escuela es otro mecanismo de control, pero para el legislador no está, de momento, a la misma altura. Admitido que la familia es un mecanismo de control social, y que, como mecanismo de control, su finalidad es, entre otras, evitar determinados comportamientos por sí perjudiciales para la sociedad, conforme a sus valores y principios sociales, la familia responderá, a través de sus responsables, los padres. Este es el motivo por el que el sistema de responsabilidad instaurado en materia de menores, cuando de ilícitos penales se trata, es más gravoso que cuando de ilícitos civiles hablamos”.

Por otra parte, resulta interesante el criterio de algunas Audiencias Provinciales cuando señalan que lo que pretende el legislador, en todo caso, es atender a las víctimas teniendo en cuenta que la mayoría de los menores responsables criminalmente carecen de los recursos necesarios para hacer frente a la responsabilidad civil. En el sistema de la LORPM, el fundamento de la responsabilidad de padres, tutores, acogedores y guardadores, radica en el deber de educación y en el adecuado uso de las facultades de corrección, más que en la culpa in vigilando (como ocurre en el sistema del Código civil), según la SAP de Jaén de 26 de septiembre de 2003⁷⁰. Esta idea es asumida, en general, por las Audiencias Provinciales. Pero en todo caso, debe partirse de la constatación de que existen importantes divergencias entre el sistema de la LORPM y el del Código civil.

La responsabilidad civil que regula la LORPM no recoge ninguna cláusula de exoneración, lo que sí está previsto en el artículo 1903 del Código civil cuando regula que la responsabilidad extracontractual de los padres respecto de los daños causados por los hijos bajo patria potestad, cesará cuando prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el

daño. Así pues, a diferencia del Código civil, la LORPM regula una responsabilidad de carácter cuasiobjetiva de los padres y demás representantes legales que responden siempre, al margen de la diligencia empleada. Eso sí, la prueba de dicha diligencia de los padres, sirve únicamente para moderar la cuantía de la indemnización—por ello se afirma que la responsabilidad es cuasiobjetiva y no objetiva—⁷¹. Pero ello no significa que la responsabilidad civil de los padres y representantes legales de los menores por actos delictivos cometidos por estos sea más severa que la responsabilidad por hechos no delictivos, lo que estaría en principio justificado por la mayor gravedad y reproche que entrañan los actos delictivos, sino que, en realidad, “en la práctica, el sistema del Código civil es a la postre más severo pues rara vez se exonera a los padres y en contadas ocasiones se modera su responsabilidad, mientras que en el sistema de la LORPM a veces—cuando concurre otro responsable— se exonera a los padres y en muchas ocasiones se modera su responsabilidad”. Resumiendo, podría decirse que el sistema de responsabilidad por hechos cometidos es, en el Código civil, “culpabilístico con matices objetivos—derivados de la presunción *iuris tantum* de culpa que consagra el Código civil—matices que han sido ampliados por la jurisprudencia hasta teñir de color a todo el sistema, mientras que el régimen de responsabilidad de la LO 5/2000 es un sistema objetivo teñido de matices culpabilísticos—con la facultad moderadora que consagra”. Debe también tenerse presente que la LORPM no prevé que los responsables solidarios (padres, tutores, acogedores o guardadores) puedan dirigirse por vía de regreso contra el menor por el que hayan respondido⁷². Así las cosas, habrá que analizar de forma diferenciada los distintos regímenes de responsabilidad previstos en el Código civil y en la LORPM.

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES DERIVADA DEL ARTÍCULO 1903 DEL CÓDIGO CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR SUS HIJOS MENORES

El artículo 1903.2 del Código civil establece claramente la responsabilidad extracontractual de los padres por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda. Este precepto es de aplicación cuando el hecho dañoso del menor no está tipificado penalmente como delito, o aquél tiene menos de catorce años, en caso contrario será de aplicación el artículo 61.3 de la LORPM, ya analizado. En tal sentido, es crítica la doctrina por la insistencia del legislador en regular de forma distinta la responsabilidad civil según el hecho tenga o no tipificación penal, cuando a los efectos civiles lo único realmente relevante es el daño. Como es sabido, la doctrina ha criticado esta duplicidad normativa que, en su momento, tuvo una explicación histórica que ya no se sostiene⁷³.

Pero tratándose de la aplicación del artículo 1903 del Código civil, esto se fundamenta tanto en la culpa *in vigilando* como en la culpa *in educando*. Ahora bien, la aplicación del precepto procede no del daño causado por el hecho propio del padre y/o la madre, sino que deriva de los hechos ajenos, de los actos dañosos de los hijos, luego el responsable debe responder aunque no haya intervenido en la causación del daño. Con este enfoque, los padres responden aunque no sean culpables. Sin embargo, si el legislador también exige que el padre/madre responsable haya contribuido con su conducta negligente a la causación del daño, no nos encontraríamos ante casos de auténtica responsabilidad por hecho ajeno porque el sujeto responsable (padre y/o madre, tutor...) responde de un daño a cuya producción él mismo ha contribuido con su conducta negligente y por una acción u omisión culpables propias. Como la aplicación del artículo 1903 del Código civil, se fundamenta tanto en la culpa *in vigilando*, como en la culpa *in educando* de los responsables que contribuyen con su propia negligencia (aunque ésta se presume) a que sus hijos, pupilos, causen el daño⁷⁴. Por tanto, la “auténtica” responsabilidad por hecho ajeno puede encontrarse en normas como el artículo 61.3 de la LORPM, que contempla la de los padres, tutores, acogedores y guardadores por los hechos dañosos penalmente tipificados de los menores, a partir de la edad de catorce años⁷⁵. ¿Entonces por qué partimos de la responsabilidad por “hecho ajeno”? Porque siempre un “hecho ajeno” (del hijo, del pupilo...) es el que origina la responsabilidad de este otro sujeto —haya o no contribuido él mismo a su causación—. Y éste es el sentido con el que se ha consolidado en nuestro Derecho, de tal suerte que normalmente se alude a la responsabilidad “por hecho ajeno”, como contrapuesta a la de “por hecho propio”, en atención únicamente a si el causante directo del daño coincide o no con el sujeto obligado a responder de él⁷⁶.

En todo caso, el fundamento del artículo 1903 del Código civil para atribuir responsabilidad a estos sujetos es el de su propia culpa, de manera que sólo en el caso de que consigan demostrar que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, cesará dicha responsabilidad (último párrafo del artículo 1903 CC). Y ello porque como señala acertadamente DE LA VÁLGOMA⁷⁷, se supone que el hijo no hubiera encontrado la ocasión de ejecutar el acto que lesionó el interés ajeno si el hijo hubiera estado bien educado y vigilado, es decir, si los padres hubieran actuado con la diligencia debida en su responsabilidad de educar personas y ciudadanos. Por ello, aunque sea el acto del hijo el que causa la lesión del tercero, se deriva la responsabilidad del mismo a los padres al considerárseles como la “causa eficiente” del comportamiento lesivo del hijo⁷⁸. En consecuencia, tampoco nos encontramos propiamente ante una responsabilidad por hecho ajeno, sino de responsabilidad por una culpa propia que obliga a estos sujetos a indemnizar el daño causado directa y materialmente por otros y

cuyo fundamento reside en la culpa propia (ya sea *in vigilando* o *in educando*)⁷⁹. Pese a lo antedicho, la doctrina señala reiteradamente que en el análisis y aplicación del artículo 1903 del Código civil debe distinguirse entre la letra de la ley y su aplicación práctica por parte de nuestros tribunales y su consiguiente objetivización jurisprudencial dimanante de la persistente doctrina de nuestro Tribunal Supremo de elevar los estándares de diligencia paterna exigidos, y que convierte en prácticamente imposible la prueba exculpatoria del artículo 1903 *in fine*⁸⁰.

Asimismo, mientras que el citado artículo 1903 del Código civil se apoya *lex lata* en la culpa (ya sea *in vigilando* o *in educando*), el comentado artículo 61 de la LORPM se basa en la responsabilidad cuasiobjetiva de los padres. No obstante, no es pacífica la doctrina en torno a la objetivización de la responsabilidad parental que ha transformado el entendimiento del artículo 1903 del Código civil.

A) *El cambio de paradigma y la objetivación de la culpa paterna*

La doctrina entiende que la tendencia hacia la objetivación del precepto hunde sus raíces en un cambio de paradigma del aforismo del sistema codificado que afirmaba que “no hay responsabilidad sin culpa”. No obstante, “la nueva realidad, con sus exigencias de defensa vigorosa de la persona, reclama una respuesta que tienda, no ya a castigar los comportamientos negligentes o reprobables, sino a que las víctimas encuentren a toda costa un patrimonio responsable: que todo daño quede reparado”⁸¹. En opinión de DE ÁNGEL, la responsabilidad de padres y tutores del 1903 del Código Civil si bien es cierto que constituye una obligación de garantía que surge *ex lege*, no se trata de una responsabilidad objetiva porque implícita o explícitamente, los tribunales han exigido siempre la culpa *in vigilando* o *in educando* de padres o tutores⁸². Luego, del párrafo final del artículo 1903 del Código civil se colige que el fundamento de la responsabilidad que quiso en su momento el legislador es la culpa *in vigilando* y la culpa *in educando*⁸³; culpa que, en todo caso, se presume, porque para el legislador, los daños causados por los hijos los son porque no se les ha educado o vigilado con la diligencia debida⁸⁴. Se trata de una responsabilidad por otros, los hijos, que es una responsabilidad directa y por culpa presunta⁸⁵. Por esta razón, los padres deben responder incluso de los daños y perjuicios causados por los hijos y derivados de la comisión de delitos (violación, etc.) u otras infracciones legales. Y si en estos casos, es más dificultosa la vigilancia del hijo menor, los padres deberán extremarla lo que sea menester⁸⁶ si no quieren responder. En esta línea se mueve, asimismo la jurisprudencia cuando atiende a si el menor causante del daño está realizando algún tipo de juego peligroso⁸⁷ o utilizando instrumentos peligrosos⁸⁸, que comportan un elevado riesgo de producción de daños o la mera práctica de

actividades lúdicas que no suponen en sí mismas ningún peligro⁸⁹. Ello supone, para algunos autores, que actualmente el sistema de responsabilidad parental lejos de ser un sistema culpabilista y, por tanto, basado en la culpa (ya sea *in vigilando* o *in educando*) como lo pretendió el legislador en su momento, se basa hoy en día, en la responsabilidad objetiva —o cuasiobjetiva para otros— de los padres⁹⁰. Es decir, el fundamento de la culpa civil ha virado hacia los fundamentos del artículo 61 de la LORPM.

Este cambio de paradigma al que parece que asistimos, es fácilmente defendible cuando la responsabilidad deriva de una actividad de riesgo como la explotación de energía nuclear, la caza o la conducción de vehículos, pero pierde su fundamento cuando se aplica en otros ámbitos como el familiar. Parece claro que los menores como fuentes de riesgo no pueden equipararse a los animales, los automóviles o las centrales nucleares pues como se ha expuesto⁹¹, es contrario al fundamento de ese tipo de responsabilidad “admitir la responsabilidad objetiva o vicaria de los padres por los hechos de sus hijos ... también es discutible que los hijos comporten un beneficio sólo para sus padres porque, a diferencia de los poseedores de animales y operadores de instalaciones peligrosas, es la sociedad la que en su conjunto se beneficia del mantenimiento de un ciclo reproductivo que corre a cargo de aquéllos que deciden tener hijos y asumir las tareas de su crianza”⁹².

Se puede admitir —de hecho se hace desde hace décadas—, que el legislador goza de libertad para establecer un régimen de responsabilidad sin culpa en atención a derechos o intereses que se juzgan superiores (por ejemplo si afectan a los consumidores) o cuando el causante del daño se aprovecha económicamente de una actividad por lo que debe responder de sus consecuencias. Por ello, la circunstancia de que de ordinario la responsabilidad objetiva esté acompañada de una fórmula de seguro obligatorio parece soslayar toda sospecha de inconstitucionalidad⁹³. Sin embargo, la jurisprudencia se sumó a este “cambio” y trastocó el sistema de culpa (presunta) que se convirtió en cuasiobjetiva. Así la STS de 11 de marzo de 2000⁹⁴ señaló que “resultan responsables los padres que ostentan la patria potestad, al ser el causante menor de edad y vivir en su compañía, tratándose de una responsabilidad por semi-riesgo, con proyección de cuasi-objetiva que procede aunque los padres no estén presentes en el momento de cometerse el hecho”⁹⁵. Asimismo, las SSTS de 10 de marzo de 1983, de 22 de enero de 1991 y de 7 de enero de 1992⁹⁶. Se trata de culpa propia de los progenitores por omisión de los necesarios deberes de vigilancia y control de sus hijos menores de edad (STS de 28 de mayo de 1996⁹⁶). Y las SSTS de 10 de noviembre de 2006 y de 8 de marzo de 2006⁹⁷ al señalar que “es doctrina de esta Sala la de que la responsabilidad declarada en el artículo 1.903, aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabi-

lidad y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, justificándose por la trasgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos sometidos a su potestad con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido ampararse en que la conducta del menor, debido a su escasa edad y falta de madurez, no puede calificarse de culposa, pues la responsabilidad dimana de la culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia⁹⁸. Pero téngase en cuenta que el hecho enjuiciado por la citada STS de 10 de noviembre de 2006⁹⁹, consideró, incluso, que los padres habían actuado negligentemente por no haber conseguido, aunque sí intentado, el ingreso del menor agresor en las instituciones públicas para el tratamiento de sus trastornos de conducta y de personalidad.

Por todo ello, se pronuncia críticamente parte de la doctrina desde hace algunos años en el sentido de que “la responsabilidad de los padres se ha convertido por obra de nuestro Tribunal Supremo en la más objetiva de las responsabilidades por hecho ajeno¹⁰⁰. Incluso habiéndose invocado por los padres “que la actividad que dio origen al daño le estaba terminantemente prohibida al menor... Sin embargo, consideraciones tales no han conmovido a nuestros tribunales... Ya no es que la diligencia exigible a los padres se entienda en tonos de marcada severidad, sino que de hecho en la práctica judicial española la prueba de aquella es imposible o lo que es igual, la responsabilidad de los padres se ha objetivado¹⁰¹. Así pues, en la práctica es difícil encontrar supuestos en los que los padres hayan conseguido exonerarse en base a un actuar diligente¹⁰². Es el caso extremo de la STS de 22 de septiembre de 1992¹⁰³ que señala que la exoneración sólo puede darse cuando se emplea “toda (toda, explícitamente, exige el artículo 1903 CC)” la diligencia exigible a un buen padre de familia. Otras muchas sentencias de nuestro Alto Tribunal avanzan algo más e incluso señalan que se trata de “una responsabilidad por riesgo, con matiz objetivista”, como las SSTS de 22 de enero de 1991; de 16 de mayo de 2000; de 10 de noviembre de 2006¹⁰⁴. Por ello, autores como YZQUIERDO, suponen que de esta doctrina jurisprudencial se puede colegir que tener un hijo menor es lo mismo que explotar reactores nucleares o fabricar ácido sulfúrico¹⁰⁵, porque tener un hijo parecer ser que implica introducir en la sociedad un “elemento de riesgo”. En consecuencia, los padres responden no sólo porque son unos malos padres (que no vigilaron o educaron adecuadamente a sus hijos) sino porque son padres¹⁰⁶. Es decir, son responsables aunque no sean culpables¹⁰⁷.

Otro sector doctrinal entiende que lo que adopta el Tribunal Supremo es una postura intermedia, al señalar que la responsabilidad del artículo 1903.2 del Código civil se basa tanto en la culpa, como en el riesgo según señala en la STS de

22 de enero de 1991; la STS de 7 de enero de 1992; o la STS de 16 de mayo de 2000¹⁰⁸. Por ello, algunos autores consideran que se ha transitado hacia un sistema mixto (entre la tradicional concepción de la responsabilidad por culpa de los padres, con inversión de la carga de la prueba y la responsabilidad por riesgo), más propio de la responsabilidad cuasiobjetiva que de la objetiva. CASAS PLANES mantiene que “son los padres y no otros sujetos, los que deben responder civilmente porque entre ellos y el menor hay una relación de dependencia basada en la patria potestad, y esto con la finalidad de garantizar los derechos de la víctima y sin derivar la mínima presunción de que quién responde está obligado a ello por no haber custodiado bien a su hijo, o, peor aún, por haber mostrado excesiva condescendencia frente a las aspiraciones de autonomía del sujeto. Desde el punto de vista del resarcimiento del daño, es un precio a pagar estadísticamente conexo al crecimiento del menor o a la personalidad del sujeto custodiado; precio asumido por los padres o guardadores de incapaces (sic) no porque lo merezcan, sino porque adosarlo a la víctima sería más injusto”¹⁰⁹.

Y así continuamos pese a la nueva redacción del artículo 1903 del Código civil dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se modifica la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021) pues se sigue incluyendo como responsables a los padres de menores no emancipados con independencia de la edad de los mismos. Y, esta circunstancia, la edad de los hijos, debería revisarse si tenemos en cuenta el creciente reconocimiento de la madurez de los niños a edades cada vez más tempranas. Recordemos, asimismo, que la reforma por la Ley 8/2021 hace desaparecer la figura de la patria potestad prorrogada, que se aplicaba a hijos mayores con discapacidad en la normativa anterior. Para estas personas, a partir de la mayoría de edad, únicamente sería de aplicación el artículo 1903 del Código civil cuando (excepcionalmente) se haya acordado una curatela con facultades de representación plena. Por tanto, la mayor parte de las personas mayores con discapacidad quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 1903 siendo pertinente la aplicación del artículo 299 del Código civil, que establece una responsabilidad personal de estos sujetos conforme a los artículos 1902 y siguientes del mismo cuerpo legal¹¹⁰. ¿Por qué, entonces, no se revisa el precepto comentado valorando la edad de estos hijos no emancipados, los grandes menores? Quizás porque como ya se ha apuntado, los hijos menores suelen ser menos solventes que sus progenitores (o insolventes en la mayoría de los casos), y ello no casa bien con la política de ofrecer a las víctimas la garantía de que alguien solvente les indemnizará si el menor, agente directo del daño, ha causado una lesión por la que un mayor de edad habría respondido¹¹¹. Se exige, entonces, una conducta jurídicamente imputable.

B) *La persistente mención, lex lata, de la culpa in vigilando*

Así las cosas, el artículo 1903 del Código civil señala todavía la responsabilidad de los padres por los daños ocasionados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Es decir, responden por sus hijos menores no emancipados. En relación con la guarda, el precepto no se refiere propiamente a la guarda material, a la guarda y custodia, sino a la patria potestad que en la mayoría de los casos compete a ambos y de la que ambos van a ser responsables en esta materia.

En todo caso, las obligaciones de vigilar y educar a los hijos exigibles a los padres, derivadas del ejercicio de la patria potestad, tienen un orden inverso en función del crecimiento y evolución de este: así las obligaciones in vigilando de los padres decrecen, en tanto el menor va teniendo derecho a mayores ámbitos de autonomía conforme vaya cumpliendo años. Por otro lado, la culpa in educando adquiere más relevancia a medida que el menor adquiere más edad, por cuanto el proceso educativo y de socialización del hijo debe haber irradiado más efectos en su conducta¹¹². Sin embargo, el artículo 1903 del Código civil no exige que los causantes del daño (hijos, pupilos, etc.) sean responsables del hecho conforme al artículo 1902 del Código civil. A mayor abundamiento, nuestra jurisprudencia señala que no es preciso que el menor causante directo del daño sea capaz de valorar las consecuencias sociales de su actuación para que se aplique el artículo 1903 del Código civil, no se requiere dolo o culpa en el menor pues “la responsabilidad dimana de culpa propia del padre, madre o tutor por omisión de vigilancia, sin relación con la culpabilidad psicológica del constituido en potestad y por lo tanto de su grado de discernimiento”¹¹³.

Así pues, respecto de la culpa *in vigilando*, que se establece de manera generalizada en todos los ordenamientos, y que se debe considerar como fundamento último de la responsabilidad de los representantes legales por los actos lesivos de los hijos que se encuentran bajo su guarda, se justifica tradicional y doctrinalmente por la trasgresión del deber de vigilancia que a los mismos incumbe, es decir, por la omisión de la obligada diligencia in custodiando o in vigilando que el legislador contempla. Y es esa falta de diligencia a la hora de vigilar al hijo debidamente, lo que constituye suficiente fundamento en que basar la responsabilidad paterna. Ahora bien, en opinión de ATIENZA, es incorrecto afirmar que “la omisión en la vigilancia” por parte de una persona es la causa del daño que otra ocasiona. No obstante, desde un punto de vista jurídico, sí puede imputarse objetivamente el daño a dicha omisión con base principalmente en el criterio del incremento del riesgo; para ello será necesario constatar con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza que el daño no habría tenido lugar si se hubiese educado/vigilado/elegido correctamente a su autor material”. En consecuencia, los sujetos contemplados en el artículo 1903.2 del Código civil sólo quedarán

exonerados cuando demuestren sin fisuras, con absoluta certeza, que cumplieron correctamente esos deberes de educar/vigilar o cuando acrediten que, a pesar del incumplimiento de esas obligaciones, el daño se habría producido igualmente¹¹⁴.

Por ello, si el fundamento de esta responsabilidad es la propia culpa, algunos autores defienden que “ateniéndonos a nuestros textos positivos no se puede llevar a cabo una interpretación objetivadora como la realizada por el Tribunal Supremo, que impide, de hecho, la posibilidad de exoneración por prueba de ausencia de culpa”¹¹⁵. Porque si *lex lata*, demostrando que se vigiló adecuadamente cabría, en principio (aunque muy difícilmente), la exoneración de los padres, no se entiende por qué, pese a la inversión de la carga probatoria —que obliga a los padres a acreditar que han empleado las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso— es prácticamente imposible exonerarse alegando una actuación diligente. Y por qué ello se ha convertido en una ordalía¹¹⁶. En todo caso, la doctrina mayoritaria no es partidaria de aplicar a padres, tutores y curadores un sistema objetivo de responsabilidad civil por hecho ajeno sino de mantener el elemento subjetivo de su culpabilidad como fundamento de su responsabilidad.

Ahora bien, si actualmente la vigilancia diligente debe ser entendida de forma amplia dado que, hoy en día, la observación directa del menor, cuando ya cumple cierta edad, es prácticamente imposible en todo momento y lo que se exige de los padres una cierta labor de tipo preventivo acerca de cuáles son las situaciones y actividades de riesgo o las inocuas, así como la prohibición de las que son peligrosas, con el fin de evitar que sus hijos menores causen daños¹¹⁷, ello más que vigilancia obedece a los deberes de educación que corresponden a los padres en el ejercicio de la patria potestad.

C) La culpa in educando por educación incorrecta de los hijos

Por ello, la cuestión más problemática en la atribución de responsabilidad a los padres, es la culpa *in educando*, que tiene su fundamento en la responsabilidad personal del padre y la madre por no haber educado adecuadamente a sus hijos, por no haber cumplido debidamente los deberes y facultades a que les obliga su función de padres en el ejercicio de la patria potestad, uno de los cuales es la educación “adecuada” de los hijos¹¹⁸. En esta línea se pronuncian algunas sentencias como la SAP de Burgos de 11 de noviembre de 2010¹¹⁹, que señala que el fundamento de la responsabilidad de los padres está “en la trasgresión del deber de vigilancia que a los padres y asimilados incumbe, en el desempeño de la patria potestad, y que comprende también los deberes de educación y formación integral del menor, en la tolerancia y respeto de los derechos individuales y propiedad de los demás, estimándose inadecuadas tanto las conductas de dejadez en

la educación, como las actitudes de protección y de justificación a ultranza de la conducta del menor”; o la SAP de León de 11 de julio de 2016¹²⁰.

Asimismo, PAÑOS PÉREZ¹²¹, entiende que si los padres no cumplen con la obligación de educar, inherente a la patria potestad, deberán responder de los daños que éstos causen, teniendo en cuenta que “la correcta educación de los menores no es sólo una obligación de los padres para con éstos sino que supone un deber respecto a la sociedad en la que sus hijos tendrán que integrarse como garantía de una convivencia pacífica y respetuosa” y se lamenta de que “la educación que se da actualmente a los menores adolece seriamente de una falta de valores y de autoridad. Debemos recordar que las relaciones paterno filiales necesariamente conllevan desigualdad y el artículo 155 del Código civil sigue diciendo que los hijos deben obedecer y respetar siempre a los padres mientras permanezcan bajo su potestad. Así pues, la supresión de la facultad de corrección de los padres ha amparado una grave crisis de la autoridad paterna. Frente a la reforma del artículo 154 del Código civil que anula la posibilidad de corregir razonable y moderadamente a los hijos, los padres deben disponer de algún elemento para imponer a los menores la disciplina imprescindible en una correcta educación”. Ya lo advertía YZQUIERDO, si se suprime la facultad de corrección razonable y moderada, queda suprimida también la obligación paterna de educar y socializar al niño¹²².

Sin embargo ¿dónde está la culpa *in educando* si no se puede corregir razonable y moderadamente a un hijo? Recordemos que la facultad de corregir al hijo —incluso moderadamente— fue suprimida hace años por nuestro legislador¹²³. ¿Cómo exonerarse de la culpa por la educación de los hijos? ¿cómo demostrar que el deber de educación se ha cumplido sin tacha? Imposible. Así, al parecer, los padres responden porque no han sido unos buenos padres sino unos malos padres¹²⁴.

Últimamente, nuestro Tribunal Supremo, en sus últimas sentencias, y como un mero obsequio formal a la tradición, porque no hay sentencias —ni antes ni ahora— que exoneren a los sujetos responsables con base en la prueba de su diligencia¹²⁵, “vuelve a destacar el fundamento subjetivo de la responsabilidad ex artículo 1903 del Código civil y a rechazar que se trate de una responsabilidad objetiva. Sin embargo, sigue existiendo una clara contradicción entre lo que realmente establece el artículo 1903 del Código civil y el Tribunal Supremo admite ya sin paliativos (una responsabilidad por culpa, aunque sea con inversión de la carga de la prueba) y la forma en que el mismo Tribunal lo aplica en la mayoría de sus supuestos (como una responsabilidad que en la práctica es claramente objetiva)”¹²⁶. Digamos que esta doctrina jurisprudencial prospera porque el legislador ha establecido un sistema en el que se presume la culpa *iuris tantum* pero se hace prácticamente imposible la prueba de la debida diligencia. Y ello

deriva la responsabilidad en los padres y tutores por ser tales o en palabras de YZQUIERDO “diríase que se trata de una auténtica obligación derivada de la patria potestad o de la tutela”¹²⁷. Patria potestad que ha quedado reducida a un cúmulo de deberes parentales sin posibilidad de corrección a los hijos que yerran, pero sí con obligación de reparar sus malas acciones.

Luego, para ser prácticos y coherentes y, como apunta YZQUIERDO, si la culpa paterna es el auténtico presupuesto de la responsabilidad tomémosla en serio, integrada en la sociedad de nuestros días y en sus circunstancias¹²⁸. No es lo mismo ser padre/madre/tutor o curador con facultades de representación plena que empresario, quien sí obtiene un beneficio de su actividad empresarial y al que quizás se deba aplicar la responsabilidad objetiva apoyándonos en la idea del riesgo económico de su actividad¹²⁹. Quizás fuera más adecuada una modificación del Código Civil en la que se afirme, sin ambages, la responsabilidad basada en la culpa de los padres por su mala vigilancia de las acciones de sus hijos o por no haberlos educado firmemente en el respeto a las leyes y a los derechos de las personas. De no ser así, es imposible la exoneración paterna y lo que teóricamente es responsabilidad por culpa, en la práctica (a causa de políticas legislativas no explicadas), se convierte en responsabilidad objetiva que atenta a la posibilidad de exoneración, porque la impide de facto, pese a que lo permite nuestro ordenamiento jurídico hasta la fecha¹³⁰. Y, a mayor abundamiento: en qué queda la seguridad jurídica —entendida, entre otras perspectivas—, como “previsibilidad” de las decisiones judiciales o en “saber” a qué atenerse en nuestras relaciones con los demás, que señala nuestra Constitución española, garantizando este principio en su artículo 9.3¹³¹.

VIII. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS *DE LEGE FERENDA*

I. La justificación histórica de la obligación de responder por los hijos basada en la idea de cohesión y solidaridad familiar derivada de los vínculos entre padres e hijos, debe ser revisada y reformulada a la luz de los nuevos modelos de convivencia familiar y considerando la trayectoria cada vez más independiente de los hijos adolescentes o grandes menores, del reconocimiento de su madurez, sin olvidar el cambio de paradigma en relación con el ejercicio de la patria potestad que va relegando el papel de los padres a un segundo plano y que deriva, asimismo, en la dificultad de procurar a los hijos esa educación y formación integral y la imposibilidad de vigilarlos convenientemente, lo que dificulta el cumplimiento de algunos deberes filiales poco o mal aprendidos y convierte el ejercicio de la patria potestad en una función compleja, ardua y, en ocasiones, “de riesgo”, que transforma la responsabilidad de los progenitores por los actos

dañosos de sus hijos en una responsabilidad alejada del concepto de culpa y más próxima a la responsabilidad cuasiobjetiva.

II. En los últimos años se aprecia una tendencia a legislar que discurre por una muy elevada protección los derechos del menor y la continua ampliación de su capacidad de obrar a edades muy tempranas para la adopción de decisiones de gran envergadura y trascendencia, incluso a nivel personal (asimilando al hijo menor y adolescente a un adulto no vulnerable en estos casos) sin contar con el consentimiento de sus padres. Debemos reconsiderar la idea de que los hijos han nacido en un marco de meros sujetos de derechos mientras que los padres son meros sujetos de deberes hacia sus hijos, al contrario, debemos exigir de los hijos menores todos esos deberes y obligaciones familiares, sociales y escolares que regula nuestro ordenamiento jurídico e imponer las consecuencias de su incumplimiento que actualmente son mucho menos gravosas que las obligaciones impuestas por el legislador a los padres.

III. Quizás debería replantearse un nuevo enfoque de mayor exigencia frente a los incumplimientos del menor “maduro”. La ausencia de consecuencias no fomenta, en ningún caso, el cumplimiento de los deberes sociales, escolares o familiares que se imponen a los menores. Educar a los menores en el cumplimiento de los deberes y en la exigencia de responsabilidades es una exigencia de los padres, la sociedad y los poderes públicos en la que estamos fracasando. Se requieren acciones eficaces para el caso de incumplimiento de estos deberes, ya sean sanciones u otras medidas a aplicar a los menores y no a sus padres.

IV. La conclusión general en relación con la responsabilidad penal o civil de los menores es que es prácticamente inexistente.

V. Ante el incumplimiento frecuente y lesivo de los deberes de respeto y en los graves casos de acoso escolar o “bullying” que se está incrementando en el entorno escolar, atendiendo a la inimputabilidad o reducción de la responsabilidad penal y civil de los menores en función de su edad (menores de 14 años o mayores de esa edad), los responsables de estas acciones de acoso tan dañinas y lesivas hacia otros menores dado que los menores de 14 años de edad son inimputables, y no tienen, por tanto, responsabilidad penal derivada de la comisión de delitos, serán sus padres quienes deberán hacer frente a una posible responsabilidad civil patrimonial. Asimismo, en los casos de acoso escolar y ciberacoso, es más factible establecer una culpa “in vigilando” de quien desempeña la labor docente con base en el contenido del artículo 1903 del Código civil y si el centro escolar es público, incluso, de la Administración educativa en base a la denominada “responsabilidad patrimonial de la Administración” por el mal funcionamiento de los servicios públicos, amén de reclamar a los padres los daños y perjuicios ocasionados por sus hijos como titulares de la patria potestad.

VI. El fundamento del nuevo modelo de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito, se encuentra no sólo en el deber de guarda sino también en el deber de educación y en el adecuado uso de las facultades de corrección que los padres o tutores, tienen sobre sus hijos pupilos, sometidos a su guarda por lo que cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él sus padres y tutores de manera objetiva, sin culpa; responsabilidad que podrá moderarse (pero no suprimirse) por el juez si los representantes legales no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave; así pues, se diferencia del fundamento del artículo 1903 del Código civil que descansa la propia culpa de los progenitores, de manera que sólo en el caso de que consigan demostrar que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, cesará dicha responsabilidad, aunque debemos constatar la dicotomía entre la letra de la ley y su aplicación práctica por parte de nuestros tribunales y su consiguiente objetivización jurisprudencial dimanante de la persistente doctrina de nuestro Tribunal Supremo de elevar los estándares de diligencia paterna exigidos, y que convierte en prácticamente imposible la prueba exculpatoria del art. 1903 *in fine*. Así pues, en esta cuestión se aprecia una tendencia hacia la objetivación del precepto que tiene por base un cambio de paradigma del aforismo del sistema codificado que afirmaba que “no hay responsabilidad sin culpa” y en cuya nueva visión se acentúa el resarcimiento de las víctimas, su reparación, a la condena de los responsables.

VII. Otra de las cuestiones que merecen una reconsideración es si debemos plantearnos exigir a los grandes menores y personas con discapacidad una responsabilidad basada en hechos propios en virtud del artículo 1902 del Código civil teniendo en cuenta el grado de madurez reconocido a los niños y adolescentes, pues en este precepto no se exige la capacidad de obrar para que el causante del daño sea obligado a repararlo sino únicamente que su conducta sea negligente, y estos menores, por su edad y madurez (por su mayor capacidad de entender y querer), se considera que ya son capaces de prever las consecuencias dañosas de sus actos; por tanto, a mayor grado de madurez y libertad debería exigirse mayor grado de responsabilidad.

VIII. En definitiva, la patria potestad que ha quedado reducida a un cúmulo de deberes parentales sin posibilidad de corrección a los hijos que yerran (una vez suprimida la facultad de corrección razonable y moderada, queda suprimida también la obligación —y la posibilidad— paterna de educar y socializar al niño), pero sí con obligación de reparar sus malas acciones, pero ¿dónde queda la culpa *in educando* si ya no se puede corregir al hijo ni siquiera razonablemente? ¿dónde queda la culpa *in vigilando* de los grandes menores cada vez más

independientes? ¿no son maduros? ¿o acaso sólo lo son para actuar pero no para responder?

IX. Así pues, es imposible la exoneración paterna y lo que teóricamente es responsabilidad por culpa, en la práctica (a causa de políticas legislativas no explicadas), se convierte en responsabilidad objetiva que atenta a la posibilidad de exoneración, porque la impide de facto, pese a que lo permite nuestro ordenamiento jurídico hasta la fecha.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- ATS de 23 de abril de 2013 (*Tol 3875433*)
- STS de 20 de octubre de 1981 (RJ 1981, 3814)
- STS de 22 de septiembre de 1984 (*Tol 1738765*)
- STS de 27 de febrero de 1987 (RJ 1987, 1000)
- STS de 1 de abril de 1990 (RJ 1990, 2684)
- STS de 10 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8538)
- STS de 22 de enero de 1991 (*Tol 1728173*)
- STS de 7 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1151)
- STS de 3 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 8910)
- STS de 7 de enero de 1992 (*Tol 7498546*)
- STS de 20 de enero de 1992 (RJ 1992, 191)
- STS de 22 de septiembre de 1992 (*Tol 1662323*)
- STS de 15 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9421)
- STS de 30 de junio de 1995 (RJ 1995, 5272)
- STS de 24 de mayo de 1996 (*Tol 1659357*)
- STS de 28 de mayo de 1996 (*Tol 3419357*)
- STS de 20 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6818)
- STS de 10 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8975)
- STS de 13 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8978)
- STS de 9 de julio de 1998 (*Tol 1894*)
- STS de 23 de febrero de 2000 (*Tol 2418*)
- STS de 11 de marzo de 2000 (*Tol 1481*)
- STS de 16 de mayo de 2000 (*Tol 169711*)
- STS de 28 de diciembre de 2001 (*Tol 4924518*)
- STS de 8 de marzo de 2002 (*Tol 155016*)
- STS de 23 de septiembre de 2002 (*Tol 225563*)
- STS de 11 de febrero de 2004 (*Tol 514214*)
- STS de 11 de octubre de 2004 (*Tol 51424*)
- STS de 23 de mayo de 2005 (*Tol 656547*)

- STS de 10 de noviembre de 2005 (*Tol 765860*)
- STS de 8 de marzo de 2006 (*Tol 856113*)
- STS de 10 de noviembre de 2006 (*Tol 1014475*)
- STS de 23 de febrero de 2010 (*Tol 1793031*)
- STS de 1 de abril de 2014 (*Tol 4230325*)
- STS de 6 de junio de 2014 (*Tol 4364744*)
- STS de 9 de noviembre de 2015 (*Tol 5551640*)
- STS de 5 de diciembre de 2016 (*Tol 5912521*)
- STS de 13 de enero de 2017 (*Tol 5934212*)
- STS de 7 de marzo de 2017 (*Tol 5990874*)
- STS de 23 de mayo de 2019 (*Tol 7260577*)
- STS de 1 de octubre de 2019 (*Tol 7520752*)
- STS de 26 septiembre de 2022 (*Tol 9246390*)
- SAP de Valencia (Penal) de 14 de octubre de 1999 (AC 1999, 7755)
- SAP de Jaén (Penal) de 5 de julio de 2000 (JUR 2000, 271261)
- SAP de Burgos de 2 noviembre de 2001 (*Tol 2289113*)
- SAP de Jaén de 26 de septiembre de 2003 (*Tol 318093*)
- SAP de Santander de 23 de diciembre de 2003 (*Tol 4689443*)
- SAP de Málaga de 9 de diciembre de 2004 (*Tol 1184550*)
- SAP de Badajoz de 25 de enero de 2005 (*Tol 579507*)
- SAP de Málaga de 23 de junio de 2005 (*Tol 728358*)
- SAP de Cáceres de 22 de marzo de 2007 (*Tol 1636866*)
- SAP de Sevilla de 26 de noviembre de 2007 (*Tol 1632503*)
- SAP de Pontevedra (Penal) de 3 de marzo de 2008 (JUR 2008, 191219)
- SAP de Castellón de 29 enero de 2009 (*Tol 6889029*)
- SAP de Soria de 23 de julio de 2010 (*Tol 1948403*)
- SAP de Burgos (Penal) de 11 de noviembre de 2010 (*Tol 2038698*)
- SAP de Les Illes Balears de 10 de julio de 2012 (*Tol 2617472*)
- SAP de Jaén de 16 de diciembre de 2013 (*Tol 5383813*)
- SAP de Pontevedra (Penal) de 3 de febrero de 2014 (*Tol 4188853*)
- SAP de Cáceres de 5 de febrero de 2014 (*Tol 4122353*)
- SAP de Valencia de 14 marzo de 2014 (*Tol 4406561*)
- SAP de Girona de 4 abril de 2014 (*Tol 4341660*)
- SAP de Jaén de 17 de septiembre de 2015 (*Tol 5571197*)
- SAP de Guipúzcoa de 10 de noviembre de 2015 (*Tol 5673602*)
- SAP de Castellón de 7 de marzo de 2016 (*Tol 5793372*)
- SAP de Alicante de 17 de junio de 2016 (*Tol 5867059*)
- SAP de León de 11 de julio de 2016 (*Tol 5834909*)
- SAP de Málaga (Penal) de 10 de mayo de 2018 (*Tol 6832053*)
- SAP de Vizcaya de 25 de enero de 2019 (*Tol 7140417*).

- SAP de Salamanca de 27 de julio de 2021 (Tol 8654174)
- SAP de Madrid de 18 octubre de 2021 (Tol 8722592)
- SAP de Salamanca de 13 de diciembre de 2021 (Tol 8874246)

X. BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CAMPOY, J. M. (2003). La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 675, 11-54.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. (2018). *Propuesta del Código civil. Artículo 5195.I*. Madrid: Tecnos.
- ATIENZA NAVARRO, M^a. L. (2021). La responsabilidad civil por hecho ajeno. En M. Clemente Meoro (dir.). *Derecho de Daños*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 531-563).
- (2021). La responsabilidad civil de los padres, de los tutores y de los curadores con facultades de representación plena. En M. Clemente Meoro (dir.). *Derecho de Daños*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 565-608).
- (2000). *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*. Granada: Comares.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2010). *Responsabilidad extracontractual*. Madrid: Civitas.
- BONILLA CORREA, J. A. (2009). *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor. Aspectos sustantivos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BUENO ARÚS, F. (2004). Delito, responsabilidad civil y ayuda a las víctimas. Evolución y situación actual. *Estudios Jurídicos*. núm. 2004.
- (2005). La responsabilidad Penal del Menor. *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 25, 283-338.
- CASAS PLANES, M^a. D. (2006). La responsabilidad civil de los padres (I). *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 35, 51-63.
- (2005). Los deberes inherentes a la patria potestad como criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres. En F. Yáñez Vivero et al. (coord.). *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del s. XXI* (Jornadas Internacionales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y comunicaciones. Madrid, 27, 28 y 29 junio 2005), Madrid: UNED-IDADFE-El Derecho (pp. 587-594).
- CLEMENTE MEORO, M. (2021). Responsabilidad civil por ilícito civil y por ilícito penal y dualidad de jurisdicciones. En M. Clemente Meoro (dir.). *Derecho de Daños*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 95-191).
- CUESTA MERINO, J. L. (2002). La responsabilidad civil en el nuevo proceso penal de menores. Especial examen de la pieza separada de responsabilidad civil., En J. M: Tamarit et al. (coord.). *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)* Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 311-346).
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (2008). *Tratado de responsabilidad civil*, t. I. Barcelona: Bosch.
- (2007). Constitución y Derecho de daños. *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, vol. 55/1, enero-junio, pp. 123-172.

- (2002). Sobre las palabras responder, responsable y responsabilidad. *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, vol. 50, núm. 1, pp. 11-44.
- (1993). Comentario al artículo 1903 del Código civil. En R. De Ángel *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia, Madrid: Civitas, 2.ª edición (pp. 2003-2030).
- (1993). *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: Civitas.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M. (2012). *La responsabilidad civil por daños causados por los menores. Aspectos sustantivos y procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE LA VÁLGOMA, M. (2013). *Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la infancia*. Barcelona: Ariel.
- DEL OLMO GARCÍA, P. (2023). Comentario al artículo 1.903 CC. En A. Cañizares Laso (dir.). *Comentario al Código Civil*, t. 5, Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 8465-8489).
- DIAZ ALABART, S. (2015). Obligaciones de los hijos mayores para con sus padres respeto y contribución al levantamiento de las cargas familiares. *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, septiembre-octubre, 35-68.
- DOLZ LAGO, M. J. (2000). La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero). *Revista General de Derecho*, núm. 668, 5647-5684.
- ELZO IMAZ, J. (2000). *El silencio de los adolescentes*. Barcelona: Temas de hoy.
- ESTELLÉS PERALTA, P. M^a. (2022). La injerencia desbordada de lo público en las relaciones familiares como causa de su debilitamiento. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, bis, 1132-1157.
- (2022). La patria potestad en las situaciones de crisis familiar”. En J.R. De Verda y Beamonte (dir.). *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 147-176).
- FUENTES ABRIL, J. (2009). La Responsabilidad patrimonial de la Administración (análisis jurisprudencial). *Noticias Jurídicas*. [En línea] disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4458-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-analisis-jurisprudencial/>
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2009). Responsabilidad civil de los padres y tutores por daños causados por menores y personas incapacitadas. En D. Bello Janerio (coord.). *Cuestiones actuales de responsabilidad civil*. Madrid: Reus (pp. 113-43).
- GARCÍA VICENTE, F. (1984). La responsabilidad civil de los padres por actos del hijo menor. Causas de exoneración, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 37, núm. 4, 1033-1052.
- GÓMEZ CALLE, E. (2014). Responsabilidad civil de padres y centros docentes. En L. F. Reglero Campos y J. M. Bustos Lago (coord.). *Tratado de responsabilidad civil*, t. 2, 5ª edición, Pamplona: Aranzadi (pp. 1198-1363).
- (2008). Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad civil por hecho ajeno. En L. F. Reglero Campos (coord.). *Tratado de responsabilidad civil*. t. I, parte general, 4ª edición, Pamplona: Aranzadi (pp. 931-1066).
- (1999). 4 de junio de 1999. Responsabilidad por culpa del titular de un centro docente. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1999, núm. 51, 1187-1196.
- (1997). Comentario a la STS de 10 de diciembre de 1996. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 43, 385-400.

- (1995). La responsabilidad civil del menor. *Derecho privado y Constitución*, núm. 7, 87-134.
- (1992). *La responsabilidad civil de los padres*. Madrid: Montecorvo.
- (1991). Responsabilidad civil extracontractual. Reforma de los Códigos civil y penal en materia de responsabilidad civil del profesorado Ley 1/1991, de 7 de enero, BOE, 8 de enero. *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, 269 a 288.
- LLAMAS POMBO, E. (2022). La responsabilidad civil de las personas con discapacidad. En N. Álvarez Lata (coord.). *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, (pp 277-300).
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (1988). *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*. Madrid: Tecnos.
- LÓPEZ PELÁEZ, P. (2009). La responsabilidad civil de los daños causados por los menores de edad: criterios de atribución: En M. P. Pous de la Flor, et al. (coord.). *La capacidad de obrar del menor*. Madrid: UNED.
- LUNA SERRANO, A. (2014). Unas breves reflexiones para una reforma del derecho sucesorio en el contexto de la realidad actual. En F. Lledó Yagüe (dir.). *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*. Madrid: Dykinson.
- MAPELLI CAFFARENA, B., GONZÁLEZ CANO, M.^a I. y AGUADO CORREA, T. (2002). *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- MORENO MARTÍNEZ, J.A. (2000). Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (al amparo de la Ley penal del menor y últimas reformas administrativas). En J.A. Moreno Martínez (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson.
- NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A. (2001). La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor. *Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* [En línea], núm. 53, disponible en <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/6461?show=full>
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1996). *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Madrid: Civitas.
- (1995). Responsabilidad por hecho ajeno. En A.F. PANTALEÓN PRIETO (dir.). *Enciclopedia jurídica básica*, vol. IV. Madrid: Civitas (pp. 5955 y ss.).
- PAÑOS PÉREZ, A. (2010). *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*. Barcelona: Atelier.
- POLO RODRÍGUEZ, J. J. y HUELAMO BUENDÍA, A. J. (2000). *La nueva Ley penal del menor*. Madrid: Colex.
- RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, C. (2007). *La responsabilidad civil derivada del bullying y otros delitos de los menores de edad*. Madrid: Laberinto.
- SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C. I. (2002). Respondeat Superior II: De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización, *InDret* [En línea], núm. 3, julio, disponible en https://indret.com/wp-content/uploads/2007/05/088_es.pdf

- VARELA GARCÍA, C. (1997). Comentarios a la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: Principios programáticos y normas de conflicto. *Actualidad Civil*, núm. 12/17, 261-282.
- VENTURA Y PELAEZ, V. (2001). *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Madrid: Colex.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2021). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*. Madrid: Dykinson.
- (2016). ¿Por fin menores civilmente responsables? Reflexiones a propósito de las reformas de 2015. *Foro Nueva época*, vol. 19, núm. 2, 31-55.
- (2009). *Escritos sueltos sobre legisladores, abogados y jueces*. Madrid: Dykinson.
- (2008). El cachetito al niño es ilegal, *Tribuna del Derecho* [En línea], disponible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/civil/el-cachetito-al-ni-no-es-ilegal-2010-02-24/>
- (2001). *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson.

NOTAS

¹ En el mismo sentido, YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). ¿Por fin menores civilmente responsables? Reflexiones a propósito de las reformas de 2015. *Foro Nueva época*, vol. 19, núm. 2, 31-55, en p. 34.

² PANTALEÓN PRIETO, F. (1996). *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Madrid: Civitas, pp. 16 y ss.

³ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2002). Sobre las palabras responder, responsable y responsabilidad. *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, vol. 50, núm. 1, 11-44, en pp. 15-16.

⁴ En el mismo sentido, YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson, pp. 255 y ss.

⁵ *Vid.*, STS de 23 de febrero de 2000 (*Tol 2418*) y la STS de 7 de marzo de 2017 (*Tol 5990874*) que dispone que con el artículo 93.2 CC “se daba respuesta a una necesidad social acuciante, que era proteger al hijo que, aun siendo mayor de edad, no era independiente económicamente y habría de convivir con alguno de los progenitores” y las SSAP de Salamanca de 27 de julio de 2021 (*Tol 8654174*) y de 13 de diciembre de 2021 (*Tol 8874246*), entre otras.

⁶ En este sentido, *vid.*, CASAS PLANES, M^a. D. (2006). La responsabilidad civil de los padres (I). *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 35, 51-63, señala que en el Derecho romano clásico, el paterfamilias debía responder en virtud de las acciones noxales o *actio noxalis*, de las obligaciones derivadas de los delitos cometidos por algunos de sus *alieni iuris*, entre ellos sus hijos. La noxalidad otorgaba al paterfamilias la posibilidad de optar, entre indemnizar por el daño que la persona sometida a su potestas pudiera ocasionar o abandonar al autor del daño en manos de la víctima. Y, dada la “auctoritas” del paterfamilias como base de la responsabilidad por los hechos de los *fili familia*, cabe concluir que el padre no respondía como consecuencia de la obligación de guarda y custodia de los hijos, sino en razón de la cohesión de la estructura familiar romana o de los deberes que constituían el ejercicio de la patria potestad. No obstante, se debe matizar que la responsabilidad noxal era aplicable cuando el hijo actuaba sin el conocimiento y sin la anuencia de su padre, porque, de lo contrario, éste debería ser responsable directo de los daños ocasionados a terceros.

⁷ *Vid.* en este sentido, GARCÍA VICENTE, F. (1984). La responsabilidad civil de los padres por actos del hijo menor. Causas de exoneración, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 37, núm. 4, 1033-1052, en p. 1034.

⁸ *Vid.* al respecto, LUNA SERRANO, A. (2014). Unas breves reflexiones para una reforma del derecho sucesorio en el contexto de la realidad actual. En F. Lledó Yagüe (dir.). *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*. Madrid: Dykinson, en p. 7.

⁹ *Vid.*, al respecto, ESTELLÉS PERALTA, P. M^a. (2022). La patria potestad en las situaciones de crisis familiar”. En J.R. De Verda y Beamonte (dir.). *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 147-176).

¹⁰ STS de 9 de noviembre de 2015 (*Tol 5551640*); STS de 13 de enero de 2017 (*Tol 5934212*); y SAP de Madrid de 18 octubre de 2021 (*Tol 8722592*).

¹¹ ESTELLÉS PERALTA, P. M^a. (2022). La injerencia desbordada de lo público en las relaciones familiares como causa de su debilitamiento. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, bis, 1132-1157, en pp. 1134-1135.

¹² STS de 26 septiembre de 2022 (*Tol 9246390*).

¹³ *Vid.*, VARELA GARCÍA, C. (1997). Comentarios a la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: Principios programáticos y normas de conflicto. *Actualidad Civil*, núm. 12/17, 261-282, especialmente p. 264.

¹⁴ Las SSTs de 11 de octubre de 2004 (*Tol 51424*), de 6 de junio de 2014 (*Tol 4364744*), de 9 de noviembre de 2015 (*Tol 5551640*), de 23 de mayo de 2019 (*Tol 7260577*) y de 1 de octubre de 2019 (*Tol 7520752*).

¹⁵ STS de 1 de octubre de 2019 (*Tol 7520752*) y STS de 23 de mayo de 2019 (*Tol 7260577*).

¹⁶ STS de 9 de noviembre de 2015 (*Tol 5551640*).

¹⁷ Téngase en cuenta, asimismo, que la privación de la patria potestad no es tanto una medida sancionadora (que lo es) como una medida orientada a preservar el interés prevalente del niño y dirigida a la protección de sus derechos fundamentales y, especialmente, de su bienestar e integridad material y moral [STS de 23 de mayo de 2019 (*Tol 7260577*), entre otras]. La privación de la patria potestad en tanto medida sancionadora, es de carácter excepcional por lo que el artículo 170 Código civil debe ser objeto de interpretación restrictiva, [SSTs de 11 de febrero de 2004 (*Tol 514214*); de 23 de mayo de 2005 (*Tol 656547*) y de 10 de noviembre de 2005 (*Tol 765860*)].

¹⁸ ELZO IMAZ, J. (2000). *El silencio de los adolescentes*. Barcelona: Temas de hoy, p. 211.

¹⁹ En tal sentido, y para los casos en que existe un mal ejercicio de la patria potestad ya señaló la STS de 23 de septiembre de 2002 (*Tol 225563*) la desestructuración familiar y las actitudes de desidia, negligencia y apatía de los recurrentes en orden al cuidado de sus hijas, así como las particulares necesidades de estimulación y control de hábitos de higiene y alimentación de las mismas son las razones que han aconsejado en su momento la suspensión de la guarda paterna. Igualmente, la STS de 1 de abril de 2014 (*Tol 4230325*) señala que las desavenencias entre los progenitores, junto con la despreocupación en el ámbito organizativo familiar, evidencian una dejación y abandono de ese primordial deber de protección hacia los menores, generando ese incumplimiento, una privación de la necesaria asistencia moral y material, por la inestabilidad psíquica y emocional que esta situación genera en los menores colocándoles en situación de desamparo.

²⁰ DIAZ ALABART, S. (2015). Obligaciones de los hijos mayores para con sus padres respeto y contribución al levantamiento de las cargas familiares. *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, septiembre-octubre, 35-68, en p. 39.

²¹ *Vid.*, DIAZ ALABART, S. (2015). Obligaciones de los hijos mayores para con sus padres respeto y contribución al levantamiento de las cargas familiares, cit., p. 37.

²² Este artículo fue modificado por la LMSPIA.

²³ La actual redacción del artículo 154 del Código civil no contempla la corrección pedagógica y educativa que tras la reforma de 1981 quiso el legislador que fuera moderada y razonable y que posteriormente suprimió totalmente en 2007. Antes de ello la facultad de corregir ya era una facultad excepcional, pero tras la reforma mencionada quedó únicamente vigente que “los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad”.

²⁴ *Vid.* al respecto el interesante libro de DE LA VÁLGOMA, M. (2013). *Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la infancia*. Barcelona: Ariel.

²⁵ Véase la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante LOMLOE), que modifica a su vez la redacción de, entre otras, las letras b) y e), del apartado 1 y 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE).

²⁶ Aunque no podamos propiamente encuadrar estas conductas en el Código Penal pues no existe ningún tipo penal que específicamente tipifique el “bullying”, en estos casos, dentro del “acoso” del artículo 172. ter del Código penal, aunque sí podría recurrirse a otros delitos tipificados como el delito de amenazas (de los arts. 169 a 171 CP), las coacciones (del artículo 172 CP), trato degradante (artículo 173.1 CP) injurias (artículo 205 y 207 CP), calumnias (artí-

culo 208 y 210 del CP), agresiones y abusos sexuales (arts. 178 y siguientes CP) o la inducción al suicidio del artículo 143.1 del Código penal.

²⁷ FUENTES ABRIL, J. (2009). La Responsabilidad patrimonial de la Administración (análisis jurisprudencial). *Noticias Jurídicas*. [En línea] disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4458-laresponsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-analisis-jurisprudencial/>

²⁸ SAP de Valencia de 14 marzo de 2014 (*Tol 4406561*).

²⁹ STS (Civil) de 10 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8538); STS (Civil) de 3 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 8910); STS (Civil) de 15 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9421); STS (Civil) de 10 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8975); SAP de Valencia (Penal) de 14 de octubre de 1999 (AC 1999, 7755); SAP de Jaén (Penal) de 5 de julio de 2000 (JUR 2000, 271261) y SAP de Pontevedra (Penal) de 3 de marzo de 2008 (JUR 2008, 191219).

³⁰ SAP de Vizcaya de 25 de enero de 2019 (*Tol 7140417*).

³¹ *Vid.* CLEMENTE MEORO, M. (2021). Responsabilidad civil por ilícito civil y por ilícito penal y dualidad de jurisdicciones. En M. Clemente Meoro (dir.). *Derecho de Daños*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 95-191), p. 105.

³² STS de 8 de marzo de 2002 (*Tol 155016*). Asimismo, la SAP de Jaén de 16 de diciembre de 2013 (*Tol 5383813*), la SAP de Girona de 4 abril de 2014 (*Tol 4341660*) y la SAP de León de 11 de julio de 2016 (*Tol 5834909*).

³³ No obstante, téngase en cuenta que la responsabilidad que aquí se establece es independiente de la que se pueda basar en el título de imputación que se pueda atribuir —en su caso— al sujeto materialmente causante del daño, lo que abre la posibilidad a demandar a uno a otro o a ambos a la vez. En el mismo sentido, DEL OLMO GARCÍA, P. (2023). Comentario al artículo 1.903 CC. En A. Cañizares Laso (dir.). *Comentario al Código Civil*, t. 5, Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 8465-8489), p. 8468.

³⁴ *Vid.* en tal sentido YZQUIERDO TOLSADA, M. (2021). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*, Madrid: Dykinson, p. 284.

³⁵ GÓMEZ CALLE, (1995). E. La responsabilidad civil del menor. *Derecho privado y Constitución*, núm. 7, 87-134, p. 95.

³⁶ Así DE LA ROSA CORTINA, J. M. (2012). *La responsabilidad civil por daños causados por los menores. Aspectos sustantivos y procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 69.

³⁷ GÓMEZ CALLE, E. (1995). La responsabilidad civil del menor, cit., p. 95.

³⁸ DE LA ROSA CORTINA, J. M. (2012). *La responsabilidad civil por daños causados por los menores. Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 70.

³⁹ NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A. (2001). La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor. *Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* [En línea], núm. 53, disponible en <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/6461?show=full>, concretamente, p. 12.

⁴⁰ En este sentido, *vid.* GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2009). Responsabilidad civil de los padres y tutores por daños causados por menores y personas incapacitadas. En D. Bello Janerio (coord.). *Cuestiones actuales de responsabilidad civil*. Madrid: Reus (pp. 113-43), p. 19.

⁴¹ SAP de León de 11 de julio de 2016 (*Tol 5834909*).

⁴² SAP de Jaén de 16 de diciembre de 2013 (*Tol 5383813*).

⁴³ ATIENZA NAVARRO, M^a. L. (2021). La responsabilidad civil de los padres, de los tutores y de los curadores con facultades de representación plena. En M. Clemente Meoro (dir.). *Derecho de Daños*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 565-608), p. 584.

⁴⁴ SAP de Castellón de 7 de marzo de 2016 (*Tol 5793372*).

⁴⁵ SAP de Jaén de 17 de septiembre de 2015 (*Tol 5571197*).

⁴⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (2008). *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, Barcelona: Bosch, p. 305.

⁴⁷ *Vid.*, ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. (2018). *Propuesta del Código civil. Artículo 5195.1*. Madrid: Tecnos.

⁴⁸ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). ¿Por fin menores civilmente responsables? Reflexiones a propósito de las reformas de 2015, cit., p. 33.

⁴⁹ La determinación de la edad penal es un criterio discutible y discutido en la doctrina. En opinión de BUENO ARÚS, F. (2005). La responsabilidad Penal del Menor. *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 25, 283-338, “el límite mínimo no responde, claro es, a criterios científicos incontrovertibles, pero parece conforme con la opinión predominante entre los profesionales del sector”.

⁵⁰ DE LA ROSA CORTINA, J. M. (2012). *La responsabilidad civil por daños causados por los menores. Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 56.

⁵¹ *Vid.*, al efecto las SSTs (Sala 1.ª) de 20 de octubre de 1981 (RJ 1981, 3814), de 27 de febrero de 1987 (RJ 1987, 1000), de 1 de abril de 1990 (RJ 1990, 2684), de 7 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1151), de 20 de enero de 1992 (RJ 1992, 191), de 20 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6818), de 13 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8978).

⁵² *Vid.*, ATIENZA NAVARRO, Mª. L. (2021). La responsabilidad civil de los padres, de los tutores y de los curadores con facultades de representación plena, cit., p. 602 y ss.

⁵³ Se posicionan en favor del fundamento objetivo de esta responsabilidad, entre otros, ABRIL CAMPOY, J. M. (2003). La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 675, 11-54, en pp. 42 y 43; DOLZ LAGO, M. J. (2000). La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero). *Revista General de Derecho*, núm. 668, 5647-5684, p. 239; GÓMEZ CALLE, E. (2014). Responsabilidad civil de padres y centros docentes. En L. F. Reglero Campos y J. M. Bustos Lago (coord.). *Tratado de responsabilidad civil*, t. 2, 5ª edición, Pamplona: Aranzadi (pp. 1198-1363); GÓMEZ CALLE, E. (2008). Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad civil por hecho ajeno. En L. F. Reglero Campos (coord.). *Tratado de responsabilidad civil*. t. I, parte general, 4ª edición, Pamplona: Aranzadi (pp. 931-1066); GÓMEZ CALLE, E. (1999). 4 de junio de 1999. Responsabilidad por culpa del titular de un centro docente. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1999, núm. 51, 1187-1196; MORENO MARTÍNEZ, J.A. (2000). Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (al amparo de la Ley penal del menor y últimas reformas administrativas). En J.A. Moreno Martínez (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, pp. 421 y 422; PAÑOS PÉREZ, A. (2010). *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*. Barcelona: Atelier, pp. 150 y 151; POLO RODRÍGUEZ, J. J. y HUELAMO BUENDÍA, A. J. (2000). *La nueva Ley penal del menor*. Madrid: Colex, p. 201.

⁵⁴ SAP de Guipúzcoa de 10 de noviembre de 2015 (*Tol 5673602*); asimismo, la SAP de Pontevedra (Penal) de 3 de febrero de 2014 (*Tol 4188853*); SAP de Málaga (Penal) de 10 de mayo de 2018 (*Tol 6832053*).

⁵⁵ SAP de Cáceres de 22 de marzo de 2007 (*Tol 1636866*).

⁵⁶ DE LA ROSA CORTINA, J. M. (2012). *La responsabilidad civil por daños causados por los menores. Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 42.

⁵⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., GONZÁLEZ CANO, M.ª I. y AGUADO CORREA, T. (2002). *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Respon-*

bilidad Penal de los Menores. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, p. 347; VENTURA Y PELAEZ, V. (2001). *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Madrid: Colex.

⁵⁸ CUESTA MERINO, J. L. (2002). La responsabilidad civil en el nuevo proceso penal de menores. Especial examen de la pieza separada de responsabilidad civil., En J. M: Tamarit et al. (coord.). *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)* Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 311-346).

⁵⁹ *Vid.*, SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C. I. (2002). Respondeat Superior II: De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización, *InDret* [En línea], núm. 3, julio, disponible en https://indret.com/wp-content/uploads/2007/05/088_es.pdf, p. 5.

⁶⁰ SAP de Santander de 23 de diciembre de 2003 (*Tol 4689443*).

⁶¹ BUENO ARÚS, F. (2004). Delito, responsabilidad civil y ayuda a las víctimas. Evolución y situación actual. *Estudios Jurídicos*. núm. 2004, p. 851.

⁶² DE LA ROSA CORTINA, J. M. (2012). *La responsabilidad civil por daños causados por los menores. Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 57-59 para quien cuando concurren personas pertenecientes a las distintas categorías enumeradas en la norma, si responden todos los mencionados solidariamente ¿qué sentido tiene la referencia al orden? Si no responden todos, ¿debe ser el criterio de selección el orden riguroso por el que se les menciona? Es ésta la *vexata quaestio* por excelencia de la regulación de la responsabilidad civil en la LORPM. El autor cita la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2007, que sobre los criterios interpretativos tras la Reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006 constató que “ciertamente el sistema que ha sido doctrinalmente denominado de responsabilidad solidaria en cascada conforme al que responden solidariamente con el menor... por este orden sigue siendo objeto de controversia, sin que la dispersa jurisprudencia menor haya llegado a una solución uniforme en su alcance e interpretación”. Asimismo, cita la conclusión séptima de las adoptadas por los Jueces de Menores en abril de 2010 declara que “consideramos necesario hacer constar que el legislador en sucesivas reformas procesales aborde la necesidad de depurar la redacción del actual artículo 61.3 de la LORPM sobre las personas que han de responder conjunta y solidariamente de los daños y perjuicios causados por un menor infractor dada la existencia de interpretaciones jurisprudenciales distintas que se observan en la práctica diaria respecto fundamentalmente a la expresión “por este orden” que recoge el mencionado artículo”; y las Conclusiones de las Jornadas de Magistrados de Menores de octubre de 2010 (SP/DOCT/11405) que proponen que el legislador aclare el concepto “por este orden”, así como las personas enumeradas en el precepto que deben responder de forma conjunta y solidaria. Propone, asimismo el autor que deberían establecerse cuotas entre los distintos responsables citados en el artículo 61.3 y, en su caso, los menores de edad.

⁶³ DE LA ROSA CORTINA, J. M. (2012). *La responsabilidad civil por daños causados por los menores. Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 68.

⁶⁴ SAP de Castellón de 29 enero de 2009 (*Tol 6889029*).

⁶⁵ SAP de Badajoz de 25 de enero de 2005 (*Tol 579507*).

⁶⁶ SAP de Soria de 23 de julio de 2010 (*Tol 1948403*).

⁶⁷ DE LA ROSA, J. M. (2012). *La responsabilidad civil por daños causados por los menores. Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 46.

⁶⁸ SAP de Sevilla de 26 de noviembre de 2007 (*Tol 1632503*).

⁶⁹ BONILLA CORREA, J. A. (2009). *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor. Aspectos sustantivos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 195-280.

⁷⁰ SAP de Jaén de 26 de septiembre de 2003 (*Tol 318093*).

⁷¹ En el mismo sentido, DE LA ROSA, J. M. (2012). *La responsabilidad civil por daños causados por los menores. Aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 51-52. Por otra parte, RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, C. (2007). *La responsabilidad civil derivada del bullying y otros delitos de los menores de edad*. Madrid: Laberinto, p. 25, ha considerado que estamos ante una responsabilidad objetiva “en la que el factor culpa tiene especial incidencia: si no hay negligencia o esta es levisima o leve el guardador podrá ver moderada su responsabilidad de tal manera que acrecerá la del menor que será el mayor responsable y si hay dolo o culpa grave la responsabilidad del guardador será mayor, pero en todos estos casos habrá responsabilidad solidaria de todos ellos”.

⁷² DE LA ROSA, J. M. (2012). *La responsabilidad civil por daños causados por los menores. Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 52-54.

⁷³ *Vid.* ATIENZA NAVARRO, M^a. L. (2021). La responsabilidad civil de los padres, de los tutores y de los curadores con facultades de representación plena, cit., pp. 565 y ss.

⁷⁴ *Vid.*, en ese sentido, Pantaleón Prieto, A.F. (1995). Responsabilidad por hecho ajeno. En A.F. PANTALEÓN PRIETO (dir.). *Enciclopedia jurídica básica*, vol. IV. Madrid: Civitas, p. 5955.

⁷⁵ ATIENZA NAVARRO, M^a. L. (2021). La responsabilidad civil por hecho ajeno. En M. Clemente Meoro (dir.). *Derecho de Daños*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 531-563), p. 532.

⁷⁶ ATIENZA NAVARRO, M^a. L. (2021). La responsabilidad civil por hecho ajeno, cit., p. 532.

⁷⁷ DE LA VÁLGOMA, M. (2013). *Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la infancia*, cit., p. 35.

⁷⁸ Así lo señaló LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (1988). *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*. Madrid: Tecnos, p. 47.

⁷⁹ *Vid.*, al respecto, GÓMEZ CALLE, E. (2008). Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad civil por hecho ajeno, cit., pp. 1018 y ss.

⁸⁰ Con la excepción de los titulares de centros docentes a quienes les es más fácil su exculpación por aplicación de la doctrina jurisprudencial, según evidencia ATIENZA NAVARRO, M^a. L. (2000). *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*. Granada: Comares, pp. 119 y ss., y GÓMEZ CALLE, E. (2008). Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad civil por hecho ajeno, cit., pp. 1018 y ss., entre otros.

⁸¹ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2021). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*, cit., p. 219.

⁸² DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2002). Sobre las palabras responder, responsable y responsabilidad, cit., p.1051.

⁸³ Así lo entienden las SSAP de Les Illes Balears de 10 de julio de 2012 (*Tol 2617472*), de Burgos de 2 noviembre de 2001 (*Tol 2289113*), de Málaga de 23 de junio de 2005 (*Tol 728358*), entre otras.

⁸⁴ En el mismo sentido, YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). ¿Por fin menores civilmente responsables? Reflexiones a propósito de las reformas de 2015, cit., p. 35.

⁸⁵ Asimismo, DEL OLMO GARCÍA, P. (2023). Comentario al artículo 1.903 CC, cit., p. 8471.

⁸⁶ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2002). Sobre las palabras responder, responsable y responsabilidad, cit., p.1052.

⁸⁷ Como ejemplo, la SAP de Alicante de 17 de junio de 2016 (*Tol 5867059*), entendió que no fue un daño fortuito sino un acto negligente, por falta de diligencia y condenó a la madre

de un niño al que se le escapó la pelota de la acera causando una lesión a un motorista tropezó con ella, porque en dicho lugar existía la posibilidad —como así ocurrió— de que la pelota se saliese a la calzada con el consiguiente peligro y daño a la víctima.

⁸⁸ Es el caso del empleo de armas por los menores, para los que existe una abundante jurisprudencia: desde las más recientes como STS de 5 de diciembre de 2016 (*Tol 5912521*), la STS de 23 de febrero de 2010 (*Tol 1793031*) a otras más antiguas como la STS de 24 de mayo de 1996 (*Tol 1659357*); STS de 9 de julio de 1998 (*Tol 1894*); el ATS de 23 de abril de 2013 (*Tol 3875433*), la SAP de Cáceres de 5 de febrero de 2014 (*Tol 4122353*) o la SAP de Jaén de 17 de septiembre de 2015 (*Tol 5571197*).

⁸⁹ Es el caso de la STS de 28 de diciembre de 2001 (*Tol 4924518*), que enjuiciaba el juego de la comba, con ocasión del que se lesionó una menor de cinco años.

⁹⁰ Así lo ha determinado la jurisprudencia en numerosas sentencias como las SAP de Málaga de 23 de junio de 2005 (*Tol 728358*) y de Málaga de 9 de diciembre de 2004 (*Tol 1184550*), y la mayoría de la doctrina con el argumento de que la “responsabilidad por hecho ilícito ajeno que en relación con los padres respecto de los hijos que se encuentren bajo su guarda tiene su fundamento en una culpa “in vigilando”, responsabilidad ésta que, según la jurisprudencia, aunque se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad, y por ello puede afirmarse que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasiobjetiva, justificándose por la transgresión del deber de vigilancia, sin que se exonere de la responsabilidad exigida bien por el hecho de no hallarse presentes los padres cuando se cometa el hecho ilícito o que tengan que trabajar o no puedan, por razones de las circunstancias familiares o sociales, estar siempre junto a sus hijos menores, ya que de seguirse otro criterio se llegaría a la total falta de responsabilidad civil de los hechos realizados por los menores de edad”. Así, LÓPEZ PELÁEZ, P. (2009). La responsabilidad civil de los daños causados por los menores de edad: criterios de atribución: En M. P. Pous de la Flor, et al. (coord.). *La capacidad de obrar del menor*. Madrid: UNED.

⁹¹ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 255; DE LA ROSA, J. M. (2012). *La responsabilidad civil por daños causados por los menores. Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 95.

⁹² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2010). *Responsabilidad extracontractual*. Madrid: Civitas, p. 805.

⁹³ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2007). Constitución y Derecho de daños. *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, vol. 55/1, enero-junio, pp. 123-172, en p. 145.

⁹⁴ STS de 11 de marzo de 2000 (*Tol 1481*).

⁹⁵ STS de 10 de marzo de 1983 (*Tol 1738765*); STS de 22 de enero de 1991 (*Tol 1728173*) y la STS de 7 de enero de 1992 (*Tol 7498546*).

⁹⁶ STS de 28 de mayo de 1996 (*Tol 3419357*).

⁹⁷ STS de 10 de noviembre de 2006 (*Tol 1014475*) y STS de 8 de marzo de 2006 (*Tol 856113*).

⁹⁸ Por su parte, otras sentencias como las SSAP de León de 11 de julio de 2016 (*Tol 5834909*) o de Jaén de 16 de diciembre de 2013 (*Tol 5383813*), señalan que es necesaria la “culpa o negligencia del hijo, pues sólo entonces, por culpa in vigilando o in educando, es atribuible en forma directa la responsabilidad a los padres, ya que en ningún caso es posible prescindir del principio culpabilístico, de manera que sólo cuando hay culpa en los hijos surge la responsabilidad directa de los padres”.

⁹⁹ STS de 10 de noviembre de 2006 (*Tol 1014475*).

¹⁰⁰ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (1988). *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, cit., p. 105. En general, la doctrina critica que el Tribunal Supremo impute a los padres la culpa del comportamiento del hijo problemático por el simple resultado infructuoso de sus gestiones, haciéndoles asumir el riesgo del funcionamiento anormal de los servicios públicos.

¹⁰¹ GÓMEZ CALLE, E. (1991). Responsabilidad civil extracontractual. Reforma de los Códigos civil y penal en materia de responsabilidad civil del profesorado Ley 1/1991, de 7 de enero, BOE, 8 de enero. *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, 269 a 288, en p. 347.

¹⁰² DE LA ROSA, J. M. (2012). *La responsabilidad civil por daños causados por los menores. Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 95.

¹⁰³ STS de 22 de septiembre de 1992 (*Tol 1662323*).

¹⁰⁴ STS de 22 de enero de 1991 (*Tol 1728173*); STS de 16 de mayo de 2000 (*Tol 169711*) y STS de 10 de noviembre de 2006 (*Tol 1014475*).

¹⁰⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 255. Asimismo, en (2016). *¿Por fin menores civilmente responsables? Reflexiones a propósito de las reformas de 2015*, cit., p. 35.

¹⁰⁶ En opinión de DEL OLMO GARCÍA, P. (2023). Comentario al artículo 1.903 CC, cit., p. 8470, se trata de responsabilidad por otros, que es una responsabilidad directa y por culpa presunta.

¹⁰⁷ DE LA VÁLGOMA, M. (2013). *Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la infancia*, cit., p. 38. Igualmente, LLAMAS POMBO, E. (2022). La responsabilidad civil de las personas con discapacidad. En N. Álvarez Lata (coord.). *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, (pp. 277-300), concretamente, p. 282, señala que la jurisprudencia a este respecto está poco consolidada porque rara vez se demanda directamente al hijo menor o con discapacidad (pero sí a sus padres en base al artículo 1903 CC) lo que impide hallar pronunciamientos al respecto.

¹⁰⁸ STS de 22 de enero de 1991 (*Tol 1728173*); STS de 7 de enero de 1992 (*Tol 7498546*) y STS de 16 de mayo de 2000 (*Tol 169711*).

¹⁰⁹ CASAS PLANES, M^a. D. (2005). Los deberes inherentes a la patria potestad como criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres. En F. Yáñez Vivero et al. (coord.), *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del s. XXI* (Jornadas Internacionales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y comunicaciones. Madrid, 27, 28 y 29 junio 2005), Madrid: UNED-IDADFE-El Derecho (pp. 587-594).

¹¹⁰ *Id.*, al respecto, DEL OLMO GARCÍA, P. (2023). Comentario al artículo 1.903 CC, cit., p. 8471.

¹¹¹ Así, DEL OLMO GARCÍA, P. (2023). Comentario al artículo 1.903 CC, cit., p. 8471, para quien esta justificación de la norma es más propia de una responsabilidad civil objetiva por los actos dañosos del menor. La misma línea de argumentación sigue nuestra jurisprudencia desde la STS de 22 de septiembre de 1984 (*Tol 1738765*) hasta la STS de 10 de noviembre de 2006 (*Tol 1014475*).

¹¹² DE LA ROSA, J. M. (2012). *La responsabilidad civil por daños causados por los menores. Aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 95.

¹¹³ Así las SSTS de 10 de marzo de 1983 (*Tol 1738765*), STS de 30 de junio de 1995 (RJ 1995, 5272), STS de 16 de mayo de 2000 (*Tol 169711*) y STS de 10 de noviembre de 2006 (*Tol 1014475*).

¹¹⁴ ATIENZA NAVARRO, M^a. L. (2021). La responsabilidad civil por hecho ajeno, cit., p. 545-546.

¹¹⁵ GÓMEZ CALLE, E. (1992). *La responsabilidad civil de los padres*. Madrid: Montecorvo, p. 435.

¹¹⁶ La doctrina es muy crítica con esta postura jurisprudencial, según manifiestan DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993). Comentario al artículo 1903 del Código civil. En R. De Ángel *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia, Madrid: Civitas, 2.^a edición (pp. 2003-2030), p. 2030; y en (1993). *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: Civitas, p. 534; GÓMEZ CALLE, E. (1997). Comentario a la STS de 10 de diciembre de 1996. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 43, 385-400 y en (1999). 4 de junio de 1999. Responsabilidad por culpa del titular de un centro docente, cit., pp. 1.190 y 1.191; así como en (2008). Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad civil por hecho ajeno, cit., p. 1020; MORENO MARTÍNEZ, J.A. (2000). Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (al amparo de la Ley penal del menor y últimas reformas administrativas), cit., p. 405; PANTALEÓN PRIETO, A.F. (1995). Responsabilidad por hecho ajeno, cit., p. 5957.

¹¹⁷ En este sentido, ATIENZA NAVARRO, M^a. L. (2021). La responsabilidad civil de los padres, de los tutores y de los curadores con facultades de representación plena, cit., pp. 587-588, para quien “es difícil establecer una relación de causalidad entre una educación incorrecta y los daños que causan los menores en una época como la actual en la que son tantos y diversos los factores y circunstancias que influyen en la educación de los menores (redes sociales, entornos virtuales, etc.). En ese contexto es muy complicado aislar y delimitar cuál ha sido realmente la educación que han dado los padres a sus hijos. Por todo ello es preferible entender que la culpa in educando no es un criterio de imputación autónomo de la responsabilidad y que sólo sirve para modular la obligación de vigilancia por cuanto, insisto, cuanto menos educado esté el menor, con mayor intensidad ha de ser vigilado”.

¹¹⁸ En el mismo sentido, GARCÍA VICENTE, F. (1984). La responsabilidad civil de los padres por actos del hijo menor. Causas de exoneración, cit., p. 1035.

¹¹⁹ SAP de Burgos (Penal) de 11 de noviembre de 2010 (*Tol 2038698*).

¹²⁰ SAP de León de 11 de julio de 2016 (*Tol 5834909*).

¹²¹ PAÑOS PÉREZ, A. (2010). *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, cit.

¹²² YZQUIERDO TOLSADA, M. (2009). *Escritos sueltos sobre legisladores, abogados y jueces*. Madrid: Dykinson y en (2008). El cachetito al niño es ilegal, *Tribuna del Derecho* [En línea], disponible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/civil/el-cachetito-al-nino-es-ilegal-2010-02-24/>.

¹²³ Según señala YZQUIERDO TOLSADA, M. (2008). El cachetito al niño es ilegal, cit., la barbaridad se explicaba muy bien, en la fracasada enmienda n^o 14 del Grupo Parlamentario Vasco (apoyada por CiU y PP, y en su sentido último, por la propia Fiscalía General del Estado): si se suprime la facultad de corrección razonable y moderada, queda suprimida también la obligación paterna de educar y socializar al niño. Como contaba el singular juez Calatayud en un ejemplar videoclip que viajaba por Internet, hasta ahora, al niño que no quería tomarse la sopa al mediodía, se le daba la sopa de merienda o de cena. Si no le gustaba la cucharada de jarabe para el catarro, se le suministraba con jeringuilla y tapándole la nariz para que lo tragara. Pero eso ya no vale. Si no quiere la sopa, se debe negociar con él (“transar”, esa horrible palabra del léxico forense) una solución equilibrada, que comúnmente concluirá con el padre friéndole una hamburguesa o la madre haciendo una pizza. Si el niño insiste por séptima vez en

meter los deditos en el enchufe, darle un cachete es una fascistada retrógada que puede violar la Convención: lo que hay que hacer es explicarle los efectos nocivos de la energía eléctrica, y que si la energía parece magia, en realidad es calor, movimiento, trabajo y potencia, es algo que está en todas partes, en todo lo que se mueve. Hay que explicarle al niño, cuando vuelve a hacer su octavo intento de suicidio, que el julio es una unidad de trabajo, de energía y de cantidad de calor desprendido, y que equivale al trabajo producido por una fuerza de un newton cuando el objeto al que se aplica dicha fuerza se desplaza un metro. Hay que contarle también quiénes eran Lord Kelvin, Isaac Newton y James Prescott Joule.

¹²⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 255. Asimismo, en (2016). *¿Por fin menores civilmente responsables? Reflexiones a propósito de las reformas de 2015*, cit., p. 35

¹²⁵ *Vid.* asimismo, ATIENZA NAVARRO, M^a. L. (2021). La responsabilidad civil de los padres, de los tutores y de los curadores con facultades de representación plena, cit., p. 537.

¹²⁶ GÓMEZ CALLE, E. (2008). Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad civil por hecho ajeno, cit., p. 1020.

¹²⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). *¿Por fin menores civilmente responsables? Reflexiones a propósito de las reformas de 2015*, cit., p. 37.

¹²⁸ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). *¿Por fin menores civilmente responsables? Reflexiones a propósito de las reformas de 2015*, cit., p. 39-40.

¹²⁹ ATIENZA NAVARRO, M^a. L. (2000). *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*. Granada: Comares, p. 127. En este sentido, entiende, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2007). Constitución y Derecho de daños, cit., p. 145, que “más peliaguda es la cuestión de la constitucionalidad de la inversión de la carga de la prueba (correlato procesal de un principio de presunción de culpa), hoy firmemente asentada en la jurisprudencia —si no en la propia legislación— en ámbitos de responsabilidad gobernados por el criterio de imputación por culpa (la llamada «subjetivista»). Tal principio de presunción de culpa en el causante del daño se encuentra hoy, y desde hace décadas, sólidamente arraigado en la jurisprudencia civil española. Muy pocos casos quedan fuera de su radio de acción; casi exclusivamente los derivados de actividades no inspiradas por el ánimo de lucro”.

¹³⁰ *Vid.* asimismo, GARCÍA VICENTE, F. (1984). La responsabilidad civil de los padres por actos del hijo menor. Causas de exoneración, cit., p. 1035.

¹³¹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2007). Constitución y Derecho de daños, cit., en p. 127.

Trabajo recibido el 29 de noviembre de 2023 y aceptado para su publicación el 11 de marzo de 2024

ESTUDIO LEGISLATIVO

El bienestar de los animales
o *animalium* como bien jurídico
protegido: De su consideración
como *res* a seres vivos dotados
de sensibilidad

*The well-being of animals
or animalium as a protected legal
good: From their consideration
as a res to living beings endowed
with sensitivity*

por

ELISA MUÑOZ CATALÁN

PDI

Universidad Internacional de la Rioja

RESUMEN: Mediante el presente trabajo de investigación pretendemos ofrecer un análisis de la reciente legislación en aras a conocer cuál es hoy la protección jurídico-civil de los animales en España, mediante distintos mecanismos e instrumentos novedosos que en los últimos años se han implementado. Pues bien, en primer lugar, veremos cómo tras la reforma operada por la Ley 17/2021, ya se ha reconocido expresamente a los animales como seres vivos dotados de sensibilidad; alejándose, por tanto, del tradicional concepto que los identificaba como cosas. Lo anterior nos servirá para, en un segundo momento de nuestro estudio, poder examinar la más reciente Ley 7/2023, norma cuya finalidad no es tanto garantizar el bienestar de los animales sino también regular el

reconocimiento y la protección de la dignidad de estos por parte de la sociedad; entendidos ya en nuestro ordenamiento jurídico español como seres vivos dentro de nuestro entorno de convivencia (Preámbulo I).

ABSTRACT: Through this research work we intend to offer an analysis of recent legislation in order to know what is today the legal-civil protection of animals in Spain, through various mechanisms and innovative instruments that have been implemented in recent years. Well, first of all, we will see how after the reform operated by Law 17/2021, animals have already been expressly recognized as living beings endowed with sensibility; moving away, therefore, from the traditional concept that identified them as things. The above will help us, in a second part of our study, to examine the most recent Law 7/2023, a regulation whose purpose is not only to guarantee the welfare of animals but also to regulate the recognition and protection of their dignity by society; already understood in our spanish legal system as living beings within our environment of coexistence (Preamble I).

PALABRAS CLAVES: Animales, bienestar, protección, sensibilidad, seres vivos.

KEY WORDS: Animals, welfare, protection, sensitivity, living beings.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL BIENESTAR ANIMAL TRAS LAS RECIENTES REFORMAS LEGISLATIVAS EN ESPAÑA.—II.1. LA CONSIDERACIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES COMO SERES VIVOS DOTADOS DE SENSIBILIDAD. II.2. EL BIENESTAR ANIMAL ANTE LA RECIENTE LEY 7/2023 PARA SU PROTECCIÓN. 2.A. *Justificación.* 2.B. *Análisis jurídico-civil de la ley de bienestar animal desde una perspectiva global.*—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y/O RECURSOS ELECTRÓNICOS.—VI. FUENTES LEGISLATIVAS.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Con la elaboración del presente trabajo pretendemos investigar cómo el bienestar animal se conforma hoy en España como un bien jurídico protegido, al entenderse que los animales ya no son cosas ni bienes muebles —como *si lo fueron en el Derecho Romano (del latín, animalium: animales y res: cosa) e incluso hasta hace bien poco en España*—, sino que ahora tienen la consideración legal de seres vivos dotados de sensibilidad.

En este sentido, a lo largo de nuestro estudio analizaremos las últimas reformas legislativas al respecto partiendo, de un lado, de la modificación que se hizo

del régimen jurídico de los animales, a la luz de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre (Ley 17/2021¹), puesto que dicho texto normativo cambió nuestro Código Civil español (CC²), la Ley Hipotecaria³, y también la Ley de Enjuiciamiento Civil (ley 1/2000)⁴; de otro, de los cambios implementados por la aún más reciente y popular Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales (Ley 7/2023 o Ley de bienestar animal)⁵.

A tal efecto, en un primer momento de nuestro estudio, examinaremos las reformas implementadas sobre el CC a través de la mencionada Ley 17/2021 para abandonar el concepto de animal —*entendido como cosa y bien mueble*—, para ahora concebirlo como un ser vivo dotado de sensibilidad; incidiendo, muy especialmente, en cómo se incorporan limitaciones a la guarda y custodia en casos de antecedentes por maltrato animal ejercido como forma de violencia o maltrato psicológico contra aquellos.

Asimismo, se añaden una serie de instrumentos para proteger el bienestar animal en caso de fallecimiento del propietario, de modo que en ausencia de voluntad expresa del causante (por ejemplo, mediante disposiciones expresas en un testamento), se atenderán a las recientes previsiones en base al criterio del bienestar animal y, por ello, se añade un nuevo artículo 914 bis al CC, que tendremos ocasión de abordar; y, finalmente, observaremos que igualmente se implementan instrucciones en caso de crisis matrimonial y, en ese sentido, se contempla el pacto sobre los animales domésticos y se sientan los criterios sobre los que los tribunales deben tomar la decisión de a quién entregar el cuidado del animal atendiendo, en todo caso, a su bienestar.

Sin olvidar, el análisis crítico recibido desde distintos sectores (ASOCIACIÓN AEDEPAC, 2023, 14-15) —*y que solo el paso del tiempo verá los avances reales en esta materia*—, lo expuesto hasta ahora en nuestro análisis legal nos llevará, a continuación, a centrar nuestro objetivo en las claves y mecanismos de protección del bienestar animal introducidos por la Ley 7/2023. Resaltando, por ejemplo, cómo la misma surge con la finalidad de dotar de mecanismos e instrumentos que garanticen su pleno desarrollo, ya como seres vivos dotados de sensibilidad y no como bienes muebles o cosas.

Configurando expresamente lo que debemos entender por “derechos de los animales”, esto es, aquellos derechos relacionados con el buen trato, respeto y protección, inherentes y derivados de su naturaleza de seres sintientes, y con las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone a las personas, en particular a aquellas que mantienen contacto o relación con ellos (artículo 1). Así como lo que se debe interpretar por “bienestar animal”, conformado por la propia Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE), como el estado físico y mental de un animal en relación con las condiciones en las que vive y muere.

Y todo ello nos servirá para, al final del estudio del articulado que compone la reciente Ley de bienestar animal, comprender mejor su finalidad última encaminada expresamente a disponer de un marco normativo que permita alcanzar la máxima protección de los derechos y el bienestar de los animales; así como de una serie de acciones en aras precisamente a lograr dicho objetivo, como son entre otras, luchar contra el maltrato y el abandono de los mismos, impulsar la protección de los derechos y el bienestar de los animales, o fomentar la tenencia y convivencia responsable, la adopción y el acogimiento de los animales (artículo 2).

Tras lo anterior, en suma, entendemos que lograremos conocer mejor el espíritu de dichas reformas en aras a proteger a los animales en nuestro vigente sistema jurídico español⁶. Puesto que lo anterior es un requerimiento internacional desde hace décadas (RIECHMANN, J., 2003), pues ya el propio artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁷ impuso a los Estados que respetasen las exigencias en materia de bienestar de los animales como “seres sensibles”.

II. EL BIENESTAR ANIMAL TRAS LAS RECIENTES REFORMAS LEGISLATIVAS EN ESPAÑA

1. LA CONSIDERACIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES COMO SERES VIVOS DOTADOS DE SENSIBILIDAD

Comenzamos este primer epígrafe del trabajo, partiendo de la premisa general contenida en el propio Preámbulo (II) de la mencionada Ley 17/2021 donde expresamente se admite que hasta dicha norma, el CC dotaba a los animales del estatuto jurídico de cosas con la condición de bienes muebles y continuaba sin reconocer que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad mientras que, por ejemplo, ya el Código Penal⁸ tanto en el año 2003 como posteriormente en el año 2015, se modificó para protegerlos y los tribunales han ido desde entonces preservando a los animales en distintos casos⁹.

Asimismo, la doctrina avanzó hace unos años la necesidad de proteger a los animales legalmente (DE MIGUEL BERIAIN, I., 2009, 15-31) y, por dicho motivo y, tal y como se recoge en el mencionado texto legal, se incorporaron interesantes mecanismos de protección en aras a salvaguardar el bienestar animal, concretándose en los siguientes¹⁰:

- 1º Atendiendo al vínculo existente y la concurrencia entre los malos tratos a animales y la violencia doméstica y de género y el maltrato y abuso sexual infantil: Se añaden limitaciones a la guarda y custodia en casos de antecedentes por maltrato animal, ejercido como forma de violencia o maltrato psicológico contra aquellos.

- 2º Se incorporan disposiciones en materia de Derecho de Sucesiones en cuanto al destino de los animales en caso de fallecimiento de su propietario: De la misma se deriva que, en ausencia de voluntad expresa del causante, también se deberán articular previsiones en base al criterio del bienestar animal y, a tal efecto, se añade un nuevo artículo 914 bis al CC cuyo contenido esencial, pasamos a reproducir para una mejor comprensión del precepto: a) A falta de disposición testamentaria relativa a los animales de compañía propiedad del causante, estos se entregarán a los herederos o legatarios que los reclamen. Y, si no fuera posible hacerlo de inmediato, para garantizar el cuidado del animal de compañía y solo cuando sea necesario por falta de previsiones sobre su atención, se entregará al órgano administrativo o centro que tenga encomendada la recogida de animales abandonados; b) si más de un heredero reclama el animal y no hay acuerdo unánime, la autoridad judicial decidirá su destino teniendo en cuenta el bienestar del animal. Sin embargo, si ninguno de los sucesores quiere hacerse cargo del animal de compañía, el órgano administrativo competente podrá cederlo a un tercero para su cuidado y protección.
- 3º Se introducen en las normas relativas a las crisis matrimoniales, preceptos destinados a concretar el régimen de convivencia y cuidado de los animales de compañía: Se contempla el pacto sobre los animales domésticos y se sientan los criterios sobre los que los tribunales deben tomar la decisión de a quién entregar el cuidado del animal, atendiendo a su bienestar; concretando lo anterior, se introduce en el apartado 1 del artículo 90 una nueva letra b) bis CC y se modifican los apartados 2 y 3, se modifica el artículo 91 CC, también el apartado 7 del artículo 92 CC, se introduce un nuevo artículo 94 bis CC, así como se da una nueva medida 1.ª bis en el artículo 103 CC. De dichos cambios legales, textualmente podemos extraer lo siguiente:
- a) Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el juez, si fueran gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, la autoridad judicial ordenará las medidas a adoptar, sin perjuicio del convenio aprobado.
 - b) En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, la autoridad judicial, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, el destino de los animales de compañía, las cargas del matri-

- monio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan.
- c) No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por, entre otros, por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas.
 - d) La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal; todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal; y, esta circunstancia, se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales.
 - e) Se dispondrá, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, si los animales se confían a uno o a ambos cónyuges, la forma en que el cónyuge al que no se hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.

A ello cabe añadir, entre otros preceptos, la nueva redacción del artículo 333 CC donde textualmente se reconoce que:

“Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles. También pueden ser objeto de apropiación los animales, con las limitaciones que se establezcan en las leyes”.

Para matizar seguidamente y, mediante el artículo 333 bis CC y tal y como hemos adelantado desde el comienzo de nuestra exposición, que ahora y a diferencia de antes (DE LORA, P., 2003), los animales son seres vivos dotados de sensibilidad y solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección.

En cuanto a qué entendemos por “bienestar animal”, Espinosa Velázquez nos ofrece un enfoque pluridisciplinar sobre ello basado en estas libertades de los animales, al admitir literalmente que:

“Las directrices que guían a la OIE en materia de bienestar de los animales terrestres incluyen también las «cinco libertades», enunciadas en 1965 y universalmente reconocidas, para describir los derechos que son responsabilidad del hombre, es decir, vivir: libre de hambre, de sed y de desnutrición; libre de temor

y de angustia; libre de molestias físicas y térmicas; libre de dolor; de lesión y de enfermedad; libre de manifestar un comportamiento natural” (2022, p. 143, 145 ss.).

De la misma manera, resulta interesante cómo el citado autor destaca que los Países Miembros de la OIE adoptaron la primera estrategia mundial de bienestar animal que se había presentado en el marco de la 4ª Conferencia mundial de la OIE sobre bienestar animal (Guadalajara, México, 2017)¹¹; basada dicha estrategia en los siguientes cuatro pilares, esto son, el desarrollo de normas de bienestar animal, el refuerzo de competencias y educación, la comunicación de gobiernos, organizaciones y el público, así como la implementación de normas y políticas de bienestar animal:



Fuente: Estrategia Mundial de bienestar animal de la OIE (mayo, 2017)

Pues bien, bajo las premisas expuestas podemos deducir que, tras la reforma implementada por esta Ley 17/2021, debe tenerse presente como se indica al final del precepto (artículo 333 bis CC), que: El propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal debe ejercer sus derechos sobre él y sus deberes de cuidado respetando su cualidad de ser sintiente, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie y respetando las limitaciones establecidas en ésta y las demás normas vigentes. Igualmente, sostiene que los gastos destinados a la curación y al cuidado de un animal herido o abandonado son recuperables por quien los haya pagado mediante el ejercicio de acción de repetición contra el propietario del animal o, en su caso, contra la persona a la que se le hubiera atribuido su cuidado en la medida en que hayan sido proporcionados y aun cuando hayan sido superiores al valor económico de éste; y que, en el caso de que la lesión a un animal de compañía haya provocado su muerte o un menoscabo grave de su salud física o psíquica, tanto su propietario como quienes

convivan con el animal, tienen derecho a que la indemnización comprenda la reparación del daño moral causado.

Para acabar este apartado, cabe añadir que mediante la reforma operada por la Ley 17/2021, se ha introducido un nuevo apartado primero en el artículo 111 de la Ley Hipotecaria pasando el actual apartado primero a ser primero bis, aclarándose literalmente ahora que se impide que se extienda la hipoteca a los animales colocados o destinados en una finca dedicada a la explotación ganadera, industrial o de recreo y se prohíbe, asimismo, el pacto de extensión de la hipoteca a los animales de compañía. A lo que se suma, finalmente, la reforma de la Ley 1/2000, de tal modo que se introduce un nuevo numeral 1.º en el artículo 605, pasando a ser 1.º bis y aclarándose literalmente que: *“Los animales de compañía, sin perjuicio de la embargabilidad de las rentas que los mismos puedan generar”*, así como se modifica el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 771 y el apartado 4 del artículo 774, a los cuales nos remitimos, para no excedernos del objeto de nuestro análisis.

2. EL BIENESTAR ANIMAL ANTE LA RECIENTE LEY 7/2023 PARA SU PROTECCIÓN

2.A Justificación

Tal y como adelantábamos, no cabe duda que la entrada en vigor hace poco tiempo de la Ley 7/2023 ha supuesto un cambio en cuanto a la protección de los derechos y el bienestar de los animales en España (VVAA, 2023 a.), puesto que la misma surge con la intención de dotar de mecanismos e instrumentos que garanticen su pleno desarrollo ya como seres vivos dotados de sensibilidad y no como bienes muebles o cosas.

Pues bien, partiendo de su propio Preámbulo (I) cabe destacar la definición que la Organización Mundial de Sanidad Animal nos aporta sobre qué debes entender por “bienestar animal”, esto es, el estado físico y mental de un animal en relación con las condiciones en las que vive y muere. Y sobre dicha base, la finalidad principal de esta norma publicada en el año 2023, se fundamenta en lo siguiente:

“No es tanto el garantizar el bienestar de los animales evaluando las condiciones que se les ofrecen, sino el regular el reconocimiento y la protección de la dignidad de los animales por parte de la sociedad. Por tanto, no regula a los animales como un elemento más dentro de nuestra actividad económica a los que se deban unas condiciones por su capacidad de sentir, sino que regula nuestro comportamiento hacia ellos como seres vivos dentro de nuestro entorno de convivencia”.

En cuanto a la estructura, la Ley de bienestar animal contiene un título preliminar, seis títulos, cinco disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias,

una disposición derogatoria y nueve disposiciones finales; de todos ellos vamos a extraer la esencia y siguiendo fielmente dicho orden, es decir, a lo largo de nuestro análisis jurídico, observaremos los preceptos que consideramos esenciales para comprender mejor la necesidad de velar por el bienestar animal, así como las garantías e instrumentos que la reciente norma prevé al respecto; sin olvidar, sin duda, la repercusión que esta ley ya ha tenido hasta la fecha dado que, aunque nuestro estudio es legal, no podemos olvidar que la relevancia de esta normativa no solo ha sido en el ámbito jurídico y social —*como hemos tenido ocasión de señalar*—, sino que desde sectores como la sanidad y, en concreto los veterinarios, han valorado la presente ley (REDACCIÓN ARGOS, 2023 b., 12-13).

Con fines didácticos y al objeto de ahondar mejor en dicha estructura, en primer lugar, hemos elaborado la presente Tabla nº 1. *Claves jurídicas de la Ley 7/2023 ante el necesario bienestar animal* para, posteriormente, pasar a detallar dicho articulado:

Tabla nº 1. Claves jurídicas de la Ley 7/2023 ante el necesario bienestar animal

LEY 7/2023 Y EL NECESARIO BIENESTAR ANIMAL	
TÍTULO PRELIMINAR	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación. • Artículo 2. Finalidad. • Artículo 3. Definiciones.
SEIS TÍTULOS	<ul style="list-style-type: none"> • Título I (8 Capítulos): Artículo 4-23. Fomento de la protección animal. • Título II (7 Capítulos): Artículo 24-50. Tenencia y convivencia responsable con animales. • Título III (2 Capítulos): Artículo 51-61. Cría, comercio, identificación, transmisión y transporte. • Título IV: Artículo 62-65. Empleo de animales en actividades culturales y festivas. • Título V (8 Capítulos): Artículo 66-68. Inspección y vigilancia. • Título VI (2 Capítulos): Artículo 69-81. Régimen sancionador.
DISPOSICIONES	<ul style="list-style-type: none"> • Cinco disposiciones adicionales. • Seis disposiciones transitorias. • Una disposición derogatoria. • Nueve disposiciones finales.

Fuente: Elaboración propia

2.B. Análisis jurídico-civil de la ley de bienestar animal desde una perspectiva global

Comenzamos este epígrafe de nuestro estudio con el objeto y finalidad de profundizar en cuáles son las claves de la reciente Ley 7/2023, puesto que la misma ha sido publicada en nuestro sistema con la intención expresa de establecer el régimen jurídico básico en todo el territorio español para la protección, garantía de los derechos y bienestar de los animales de compañía y silvestres en cautividad; así como definir qué se entiende por “derechos de los animales”, esto es, derecho al buen trato, respeto y protección, inherentes y derivados de su naturaleza de seres sintientes, y con las obligaciones que el ordenamiento impone a las personas y, más en particular, a aquellas personas que mantienen contacto o relación con ellos (artículo 1).

De modo que la finalidad última de la citada norma es, sin duda, el tratar de definir el marco normativo que permita alcanzar la máxima protección de los derechos y el bienestar de los animales y, tal y como se dispone textualmente en el apartado 2 del artículo 2, las acciones encaminadas a lograr dicha finalidad serán: 1º Impulsar la protección de los derechos y el bienestar de los animales, así como luchar contra el maltrato y el abandono de los mismos, 2º fomentar la tenencia y convivencia responsable, la adopción y el acogimiento de los animales; y 3º establecer un marco de obligaciones, tanto para las administraciones públicas como para la ciudadanía, en materia de protección de los derechos y el bienestar de los animales. Y, en ese sentido, desarrollar actividades formativas en materia de protección animal, campañas de identificación, vacunación, esterilización, cría y venta responsable.

Interesante nos resulta, en este punto, las definiciones legales que se ofrecen en el denso artículo 3 de la Ley de bienestar animal, dentro de las cuales —y *al objeto de no excedernos demasiado en este trabajo*—, reparamos únicamente en las cinco siguientes por entender que se trata del eje central de la norma:

a) Animal de compañía: La ley los define textualmente como:

“Aquel animal doméstico o silvestre en cautividad, mantenido por el ser humano, principalmente en el hogar; siempre que se pueda tener en buenas condiciones de bienestar que respeten sus necesidades etológicas, pueda adaptarse a la cautividad y que su tenencia no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones o cualquier uso industrial o cualquier otro fin comercial o lucrativo y que, en el caso de los animales silvestres su especie esté incluida en el listado positivo de animales de compañía.

En todo caso perros, gatos y hurones, independientemente del fin al que se destinen o del lugar en el que habiten o del que procedan, serán con-

siderados animales de compañía. Los animales de producción sólo se considerarán animales de compañía en el supuesto de que, perdiendo su fin productivo, el propietario decidiera inscribirlo como animal de compañía en el Registro de Animales de Compañía”.

- b) Bienestar animal: Como avanzábamos, se alude al estado físico y mental de un animal en relación con las condiciones en que vive y muere, en los términos fijados por la Organización Mundial de Sanidad Animal.
- c) Eutanasia: Se refiere a la muerte provocada a un animal por medio de valoración e intervención veterinaria y métodos clínicos no crueles e indoloros, con el objetivo de evitarle un sufrimiento inútil que es consecuencia de un padecimiento severo y continuado sin posibilidad de cura, certificado por veterinarios. Por lo que, tal y como han tenido ya ocasión de señalar los expertos, en cuanto a la eutanasia la norma general es que se prohíbe, a excepción de motivos de seguridad en las personas o animales, o de riesgo para la salud pública (REDACCIÓN ARGOS, 2023 a., 4-5).
- d) Tenencia responsable: Es el conjunto de obligaciones y condiciones que debe asumir la persona titular (la que figure como tal en los registros oficiales constituidos para las distintas especies) o responsable de un animal, para asegurar la protección y bienestar de los animales conforme a sus necesidades etológicas y fisiológicas.
- e) Protección animal: Se entiende, legalmente, el conjunto de normas y actuaciones orientadas a amparar, favorecer y defender a los animales.

Pues bien, el fomento de la protección animal es el objeto de los siguientes preceptos. Así el artículo 4 prevé abiertamente que sea el departamento ministerial el competente para la formulación e impulso de las políticas de protección, bienestar y defensa de los derechos de los animales a nivel estatal; de igual modo que se crean en virtud de los artículos 5, 6 y 9:

De un lado, el Consejo Estatal de Protección Animal: Entendido como el órgano colegiado de naturaleza interministerial e interterritorial y de carácter consultivo y de cooperación en el ámbito de la protección, derechos y bienestar de los animales objeto de esta ley, adscrito al departamento ministerial competente.

De otro, el Comité Científico y Técnico para la Protección y Derechos de los Animales, como órgano colegiado consultivo y de asesoramiento dependiente del Consejo Estatal de Protección Animal: Cuyas funciones esenciales son, entre otras, asesorar al Consejo Estatal de Protección Animal en cuantas cuestiones les sean consultadas y resolver las solicitudes de inclusión, exclusión o revisión del listado positivo de animales de compañía.

Y el Sistema Central de Registros para la Protección Animal, que estará adscrito al departamento ministerial correspondiente: Cuya finalidad última es

la coordinación entre los diferentes registros dependientes de las comunidades autónomas.

A lo anterior se suma la regulación que la Ley de bienestar animal de 2023 hace sobre los siguientes aspectos que indicamos en la Tabla nº 2. *Mecanismos de protección de los animales a la luz de la Ley 7/2023*, que hemos elaborado en aras a ordenar dichos instrumentos legales para el fomento del bienestar animal:

Tabla nº 2. Mecanismos de protección de los animales a la luz de la Ley 7/2023

EL BIENESTAR ANIMAL Y SUS MECANISMOS LEGALES TÍTULO I (ARTÍCULO 4-23): FOMENTO DE LA PROTECCIÓN ANIMAL	
ESTADÍSTICA DE PROTECCIÓN ANIMAL	<ul style="list-style-type: none">• Artículo 13. Objeto de la Estadística de Protección Animal.• Artículo 14. Contenido de la Estadística de Protección Animal.• Artículo 15. Publicación de la Estadística de Protección Animal.
PLANIFICACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTECCIÓN ANIMAL	<ul style="list-style-type: none">• Artículo 16. Plan Estatal de Protección Animal.• Artículo 17. Elaboración y aprobación del Plan Estatal de Protección Animal.• Artículo 18. Programas territoriales de protección animal.
PROMOCIÓN DE LA PROTECCIÓN ANIMAL Y DOTACIÓN DE MEDIOS	<ul style="list-style-type: none">• Artículo 19. Promoción de la Protección Animal y dotación de medios.
COLABORACIÓN ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	<ul style="list-style-type: none">• Artículo 20. Colaboración institucional.
PROTOCOLOS EN SITUACIONES DE EMERGENCIA	<ul style="list-style-type: none">• Artículo 21. Planes de protección civil.
CENTROS PÚBLICOS DE PROTECCIÓN ANIMAL	<ul style="list-style-type: none">• Artículo 22. Recogida y atención de animales.• Artículo 23. Obligaciones de los Centros públicos de protección animal.

Fuente: Elaboración propia

En cuanto a lo primero, esto es, la estadística de protección animal cabe señalar que la ley indica textualmente que la misma contendrá, al menos, datos y estadísticas procedentes del:

- a) Sistema Central de Registros para la Protección Animal y, en su caso, otros archivos y registros obrantes en los ministerios implicados en la aplicación de la presente ley.
- b) Listado positivo de animales de compañía.
- c) Las comunidades autónomas, ciudades de Ceuta y Melilla y entidades locales, en el ámbito de sus competencias de protección y bienestar animal.
- d) Entidades inscritas en el Registro de entidades de protección animal.
- e) Colegios Oficiales Veterinarios.
- f) Fiscalía Coordinadora de Medio Ambiente y Urbanismo.
- g) Sistema de Estadística Nacional de Criminalidad.

Así como se matiza que será el departamento ministerial competente el que coordine con los demás órganos competentes de la Administración General del Estado, las comunidades autónomas, ciudades de Ceuta y Melilla y entidades locales, la elaboración de la Estadística de Protección Animal en aras a conocer el estado de la protección animal en el conjunto de la sociedad española y, por ende, poder tomar decisiones para su evaluación y mejora. Para, posteriormente, ser dicho departamento ministerial competente el que elabore, publique y ponga toda la información contenida en la Estadística de Protección Animal a disposición de los entes antes citados.

Por lo que se refiera a la planificación de las políticas públicas de protección animal, en segundo término, la norma comienza detallando las claves del “Plan Estatal de Protección Animal”, identificándolo expresamente como un instrumento de planificación básico para el establecimiento y la definición de objetivos, acciones y criterios encaminados a erradicar de nuestra sociedad el maltrato animal en todas sus vertientes y promover la acción coordinada de las administraciones públicas para la adopción de medidas que promuevan la protección animal. Dicho plan será elaborado por el departamento ministerial competente, en colaboración con el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, en lo que respecta a conservación de la biodiversidad; y con el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, en lo que se refiere a la sanidad animal, así como al bienestar y protección de los animales de producción,

De modo que ya el apartado 2 del artículo 16 contiene el contenido mínimo del mencionado Plan Estatal de Protección Animal incluirá, señalando los siguientes ítems: 1º Un diagnóstico de la situación de los animales de compañía y de centros de protección animal; 2º los objetivos cuantitativos y cualitativos que se deban alcanzar durante su periodo de vigencia; 3º las medidas para

luchar contra el maltrato y el abandono animal, que incluirá un diagnóstico de la situación del maltrato y el abandono animal en España, objetivos a alcanzar durante su periodo de vigencia y medidas específicas a adoptar para la consecución de los objetivos marcados; 4º las estimaciones presupuestarias necesarias para su ejecución, dentro de las disponibilidades presupuestarias existentes; 5º y, finalmente, otras acciones a desarrollar por la Administración General del Estado.

Asimismo, el artículo 18 regula los “Programas territoriales de protección animal” que deberán ser aprobados por las administraciones públicas competentes y que deberán contener, en esencia, los siguientes aspectos: a) Difusión de campañas públicas de promoción de la esterilización, prevención de enfermedades e identificación de animales; b) concienciación ciudadana, en particular de las personas responsables de animales, en el respeto a los animales, así como contra su abandono o maltrato; c) Potenciación de la adopción de animales de compañía; d) implementación de programas de gestión de colonias felinas; e) desarrollo de medidas educativas, formativas y de sensibilización ciudadana contra el maltrato animal y el abandono; y f) desarrollo de programas de control de identificación y cría autorizada.

Prosiguiendo con nuestro examen de la más reciente norma de 2023, nos encontramos con todo un precepto 19 dedicado a la necesaria promoción de la protección animal y dotación de medios. Del estudio de dicho artículo se deduce, en suma, que es obligación del departamento ministerial competente que contará con dotación económica, y que dicha promoción consistirá textualmente en lo siguiente:

- 1º Promover, a través de los incentivos adecuados, la inversión, gestión y ordenación de la protección animal, en particular, la elaboración de planes, instrumentos y proyectos de gestión de centros de protección animal.
- 2º Desarrollar otras acciones y crear otros instrumentos adicionales que contribuyan a la defensa de los derechos de los animales de compañía.
- 3º Contribuir a la ejecución de las medidas incluidas en los programas territoriales de protección animal.
- 4º Promover, a través de los incentivos adecuados, la inversión en la adopción de medidas para la protección animal.
- 5º Impulsar la implantación de modelos de gestión sostenible de colonias felinas.
- 6º Promover e impulsar iniciativas o estudios de protección animal mediante la educación y la sensibilización social.
- 7º Financiar y desarrollar acciones específicas relacionadas con la protección animal.

En este punto reparamos en la necesaria colaboración entre administraciones públicas que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 20, se traduce en la importancia de que la información transmitida entre las instituciones públicas sobre las denuncias, diligencias y resoluciones, forme parte de la Estadística de Protección Animal.

Por ello, el apartado 2º de dicho precepto matiza expresamente que tanto el Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil como los órganos competentes del Cuerpo de la Policía Nacional, Cuerpos de Policías autonómicas y de las Policías locales, así como los agentes forestales y agentes medioambientales llevarán a cabo, en su ámbito competencial respectivo, cuantas actuaciones relativas al control, inspección y demás medidas incluidas en la presente ley sean precisas, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla. Y, para acabar con esa colaboración, se indica literalmente que el departamento ministerial competente, respetando el ámbito competencial establecido por la legislación vigente:

“Impulsará la elaboración de convenios con otras administraciones públicas orientados a la sensibilización de la sociedad contra cualquier forma de maltrato animal, y en particular en los siguientes ámbitos:

- a) Formación y sensibilización del personal de las distintas administraciones públicas que ejerzan funciones relacionadas con la protección y los derechos de los animales.*
- b) Organización de programas formativos destinados a personas sancionadas o condenadas por infracciones o delitos contra la protección de la fauna y los animales.*
- c) Educación de los menores de edad en valores relativos al cuidado y protección de los animales.*
- d) Educación en tenencia responsable de animales para titulares o futuros titulares de cualquier animal de compañía”.*

En línea con lo anterior, la Ley 7/2023 aclara abiertamente que los Planes de protección civil contendrán medidas de protección de los animales, adecuadas a las disposiciones de dicha norma (artículo 21). Y, en cuanto a los Centros públicos de protección animal, la ley prevé dos preceptos dedicados exclusivamente a ello, los cuales, hemos reunido en esta Tabla nº 3. *Funciones de los Centros públicos de protección animal según la Ley 7/2023*, que hemos elaborado para mayor claridad de las funciones de dichos Centros:

Tabla nº 3. Funciones de los Centros públicos de protección animal según la Ley 7/2023

LOS CENTROS PÚBLICOS DE PROTECCIÓN ANIMAL	
Artículo 22. Recogida y atención de animales	<p>Corresponderá a los ayuntamientos la recogida de animales extraviados y abandonados y su alojamiento en un centro de protección animal.</p> <p>Para ello deberán contar con un servicio de urgencia para la recogida y atención veterinaria de estos animales, disponible las veinticuatro horas del día.</p> <p>Para llevar a cabo esta gestión y cuidados, los municipios deberán de contar con un servicio propio, mancomunado o concertado, en los términos establecidos en el siguiente precepto. En ausencia de otra previsión en la legislación autonómica, corresponde a la Administración local y, subsidiariamente, a la autonómica la gestión y cuidados de los animales desamparados o cuyos titulares no puedan atenderlos debido a situaciones de vulnerabilidad, sin perjuicio de que puedan contar con la colaboración de entidades de protección animal debidamente registradas.</p> <p>Las entidades locales antepondrán el control poblacional no letal de la fauna urbana en sus planes de actuación en materia de protección animal garantizando los derechos de los animales.</p>
Artículo 23. Obligaciones de los Centros públicos de protección animal.	<p>Estarán obligados a alojar y mantener, dentro de los límites de las capacidades para ello de cada centro, los animales para los cuales se instruya cuarentenas sanitarias obligatorias por parte de la autoridad competente en sanidad animal o de salud pública.</p> <p>Sin perjuicio de las sanciones previstas en el título VI, los Centros públicos de protección animal serán responsables directos del incumplimiento de lo dispuesto en la letra a) del artículo 27.</p> <p>Las obligaciones se concretan en las siguientes:</p> <p>a) Tratándose de perros, gatos y hurones, esterilizar al animal con carácter previo a su entrega en adopción o suscribir un compromiso de esterilización o no reproducción si no tuvieran la edad o las condiciones suficientes para realizar la cirugía, según criterios veterinarios. También estarán obligados a esterilizar animales de otras especies, siempre que ello sea viable según criterio veterinario.</p>

LOS CENTROS PÚBLICOS DE PROTECCIÓN ANIMAL	
	<ul style="list-style-type: none">b) Cumplir con los requisitos mínimos veterinarios para la entrega de los animales y los correspondientes tratamientos mínimos estipulados que se establecerán reglamentariamente.c) Entregar los animales con un contrato de adopción e identificados según normativa vigente.d) Velar por las condiciones adecuadas de bienestar y condiciones higiénico-sanitarias de los animales alojados, adecuación de los espacios, medidas de seguridad, capacitación del personal, registro de animales y atención veterinaria.e) Poseer la correspondiente autorización o licencia para constituir núcleo zoológico legalmente establecido.f) Contar con programas de voluntariado y/o colaboración con entidades de protección animal, acorde con la legislación vigente sobre voluntariado y asociacionismo.g) Participar en los programas de sensibilización previstos en el artículo 18.h) Fomentar la adopción responsable de los animales.i) Disponer de espacios adecuados para el alojamiento de gatos comunitarios que, por circunstancias excepcionales, no hayan podido ser retornados a su ubicación original. Las características de estos espacios y las condiciones de excepcionalidad se desarrollarán reglamentariamente.j) Identificar y registrar, en el mismo momento de su entrada en el centro, a todos aquellos animales que sean recogidos sin portar identificación.k) Hacer un seguimiento de los animales entregados en adopción o acogimiento comprobando que se cumplen las condiciones de bienestar y condiciones higiénico-sanitarias de los animales.l) Disponer de un servicio de recogida de animales con plena disponibilidad horaria.

Fuente: Elaboración propia

Seguidamente, nos interesa ahondar en el Título II en cuanto a la regulación que la Ley 7/2023 hace sobre la tenencia y convivencia responsable con animales (artículos 24 a 50). De todos esos preceptos, sin duda, los más conocidos y que consideramos que deben ser tenidos muy presentes por la ciudadanía en general son:

Los artículos relativos a las disposiciones comunes en cuanto a obligaciones generales, y prohibiciones generales con respecto a los animales de compañía y silvestres en cautividad. Y dentro de todas ellas, siguiendo fielmente los artículos 24 y 25, destaca por ejemplo, la necesidad de que todas las personas traten a los animales conforme a su condición de seres sintientes, manteniéndolos en unas condiciones de vida dignas que garanticen su bienestar, derechos y desarrollo saludable, prohibiéndose expresamente maltratarlos o agredirlos físicamente, así como someterlos a trato negligente o cualquier práctica que les pueda producir sufrimientos, daños físicos o psicológicos u ocasionar su muerte.

Aquellos preceptos sobre el conocido como “listado positivo de animales de compañía” (artículos 34-37). A modo de ejemplo, el artículo 34 dispone el listado de especies de animales que pueden ser objeto de tenencia como animal de compañía¹²; así como el artículo 35.1 establece expresamente que se crea el listado de especies silvestres que pueden ser objeto de tenencia como animales de compañía, en adelante listado positivo de animales de compañía.

En línea con lo anterior, seguidamente se añaden previsiones en cuanto a las colonias felinas (artículos 38-42¹³), y el marco jurídico sobre la inscripción de las Entidades de Protección Animal en el registro competente (artículos 43-50).

Para acabar, con un Título III dedicado a la regulación completa de la cría, comercio, identificación, transmisión y transporte de animales (artículos 51-61), el Título IV sobre empleo de animales en actividades culturales y festivas (artículos 62-65). Y, finalmente, desde los artículos 66 a 81 todo lo relativo a la inspección, vigilancia y el régimen sancionador, infracciones y sanciones en esta materia¹⁴.

IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, finalizamos este análisis legal de la reciente norma exponiendo cuales son los resultados generales a los que hemos llegado. En este sentido, consideramos que el propio título de nuestro trabajo resume la esencia de esta investigación, esto es: “*El bienestar de los animales o animalium como bien jurídico protegido: De su consideración como res a seres vivos dotados de sensibilidad*”; pues, a lo largo de en nuestro estudio, se analiza cómo de lo que se trata es de avanzar en la protección jurídica de los animales en España, mediante distintos mecanismos e instrumentos novedosos:

I. Sobre la premisa general de que era necesaria una reforma legal en aras a proteger el bienestar animal, hemos tenido ocasión de ver cómo desde el mismo Preámbulo (II) de la Ley 17/2021, abiertamente se admite que hasta la entrada en vigor de dicha norma, nuestro CC dotaba a los animales del estatuto jurídico de cosas con la condición de bienes muebles, mientras que, por ejemplo, ya el

Código Penal en el año 2003 se modificó para protegerlos y de nuevo en el año 2015 se reformó con dicha finalidad.

II. En el mismo sentido, a continuación, hemos resaltado algunas de las novedades que se introducen. Llamando la atención el hecho de que, tras la reforma operada por la Ley 17/2021 —y, *más en particular, en las previsiones del analizado artículo 333 bis del CC*— se ha fijado explícitamente que el propietario de un animal debe ejercer sus derechos sobre él y sus deberes de cuidado respetando su cualidad de ser sintiente, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie y respetando las limitaciones establecidas en ésta y las demás normas vigentes.

En cuanto a los gastos destinados a la curación y al cuidado de un animal herido o abandonado, se advierte que son recuperables por quien los haya pagado mediante el ejercicio de acción de repetición contra el propietario del animal o, en su caso, contra la persona a la que se le hubiera atribuido su cuidado en la medida en que hayan sido proporcionados y aun cuando hayan sido superiores al valor económico de éste. Y, en el caso de que la lesión a un animal de compañía haya provocado su muerte o un menoscabo grave de su salud física o psíquica, tanto su propietario como quienes convivan con el animal tienen derecho a que la indemnización comprenda la reparación del daño moral causado.

III. Asimismo, después del examen de la Ley 7/2023, hemos concluido que la finalidad de esta norma no es tanto garantizar el bienestar de los animales sino regular el reconocimiento y la protección de la dignidad de los animales por parte de la sociedad, entendidos ya en nuestro ordenamiento jurídico español como seres vivos dentro de nuestro entorno de convivencia (Preámbulo I).

IV. Lo que nos ha servido para, posteriormente, comprender mejor el alcance del listado de especies de animales que pueden ser objeto de tenencia como animal de compañía (artículo 34), el listado de especies silvestres que pueden ser objeto de tenencia como animales de compañía, en adelante listado positivo de animales de compañía (artículo 35). O las previsiones en cuanto a las colonias felinas (artículos 38-42), y el marco jurídico sobre la inscripción de las Entidades de Protección Animal en el registro competente (artículos 43-50). Y, en último término, la regulación que se hace en dicha Ley de bienestar animal en lo relativo a la cría, comercio, identificación, transmisión y transporte de animales, el empleo de animales en actividades culturales y festivas, y todo lo que respecta a la inspección, vigilancia y el régimen sancionador, infracciones y sanciones.

En suma, damos por finalizado este trabajo resaltando la importancia de estas dos normas, es decir, la Ley 17/2021 y la más reciente Ley 7/2023, por ser las primeras que expresamente tratan a los animales como seres vivos dotados de sensibilidad e incorporan mecanismos para hacer efectivo el necesario bienestar

animal; y solo el paso del tiempo, nos dará a conocer si se ha logrado dicho ansiado objetivo en nuestro sistema jurídico español.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y/O RECURSOS ELECTRÓNICOS (RECUPERADOS: ENERO, 2024)

- DE LORA, P. (2003). *Justicia para los animales. La ética más allá de la humanidad*. Madrid: Alianza.
- DE MIGUEL BERIAIN, I. (2009). ¿Derechos para los animales?. *Dilemata*. Nº 1, pp. 15-31.
- ESPINOSA VELÁZQUEZ, E. (2022). Enfoque pluridisciplinar sobre bienestar animal. *Anales de la Real Academia de Doctores*. Vol. 7, Nº 1, pp. 133-156.
- RIECHMANN, J. (2003). *Todos los animales somos hermanos*. Granada: Universidad de Granada.
- ASOCIACIÓN AEDEPAC (2023). Afectaciones de la Ley de Bienestar Animal. *Argos: Informativo Veterinario*, Nº 253, pp. 14-15.
- BOE. *Código de Protección y Bienestar Animal*. Gobierno de España [En línea], disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=204&modo=2¬a=0&tab=2
- REDACCIÓN ARGOS (2023 a.). Algunos aspectos clave de la “Ley de bienestar animal” para la clínica veterinaria. *Argos: Informativo Veterinario*, Nº 249, pp. 4-5 [En línea], disponible en: https://www.portalveterinaria.com/pdfjs/web/viewer.php?file=%2Fupload%2Ffriviste%2FArgos249_MR.pdf
- REDACCIÓN ARGOS (2023 b.). La ley de Bienestar Animal protagoniza el II Congreso Internacional de Sanidad y Bienestar Animal. *Argos: Informativo Veterinario*, Nº 253, pp. 12-13.
- VVAA (2023 a.). Entrada en vigor de la Ley de bienestar animal. *Actualidad administrativa*, Nº 10.
- VVAA (2023 b.). *Resoluciones de la OIE*. Organización Mundial de Sanidad Animal [En línea], disponible en: <https://www.woah.org/es/que-hacemos/sanidad-y-bienestar-animal/bienestar-animal/normas-de-la-oie-sobre-el-bienestar-animal/>

VI. FUENTES LEGISLATIVAS (RECUPERADOS: ENERO, 2024)

- Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (DOUE, nº C 83/74, de 30/03/2010) [En línea]: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (BOE-A-1889-4763) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, nº 281, de 24/11/1995) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>
- Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales (BOE, nº 75, de 29/03/2023) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/l/2023/03/28/7>
- Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales (BOE nº 300, de 16/12/2021) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/12/15/17>
- Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal (BOE, nº 99, de 25/04/2003) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/04/24/8/con>
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 08/01/2000) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=-BOE-A-2000-323>
- Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE, nº 58, de 27/02/1946) [En línea]: [https://www.boe.es/eli/es/d/1946/02/08/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/d/1946/02/08/(1)/con)

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 20 de mayo de 2020.
- STS de 13 de marzo de 2012.
- SSAP de Cádiz de 2 de septiembre de 2015.
- SSAP de Burgos de 6 de abril de 2015.
- SSAP de Santander de 7 de mayo de 2013.

NOTAS

¹ Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales (BOE nº 300, de 16/12/2021) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/12/15/17>.

² Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (BOE-A-1889-4763) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

³ Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE, nº 58, de 27/02/1946) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/d/1946/02/08/1/con>

⁴ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 08/01/2000) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

⁵ Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales (BOE, nº 75, de 29/03/2023) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/l/2023/03/28/7>

⁶ En lo que respecta al marco jurídico de Referencia, vid. BOE. Código de Protección y Bienestar Animal. Gobierno de España. Recuperado de: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=204&modo=2¬a=0&tab=2

Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (DOUE, nº C 83/74, de 30/03/2010) [En línea]: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

⁷ Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (DOUE, nº C 83/74, de 30/03/2010) [En línea]: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, nº 281, de 24/11/1995) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

⁹ En este punto, destacan algunas sentencias como las siguientes: STS (Sala Penal), núm. 183/2012, de 13 de marzo. Y, en otra línea jurisprudencial más actual, STS (Sala Penal), núm. 186/2020, de 20 de mayo de 2020; SSAP de Santander (Sección 3ª), 199/2013 de 7 de mayo; SSAP de Burgos (Sección 1ª), 115/2015 de 6 de abril; SSAP de Cádiz (sección 3ª), 238/2015 de 2 de septiembre.

¹⁰ En cuanto a la protección sanitaria de los animales, vid. Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal (BOE, nº 99, de 25/04/2003) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/04/24/8/con>

¹¹ VVAA (2023 b.). *Resoluciones de la OIE*. Organización Mundial de Sanidad Animal. Recuperado de: <https://www.woah.org/es/que-hacemos/sanidad-y-bienestar-animal/bienestar-animal/normas-de-la-oie-sobre-el-bienestar-animal/>

¹² Sobre lo que debemos entender por tal, expresamente el mencionado precepto prevé que: “*Solamente estará permitida la tenencia como animal de compañía de los siguientes animales: a) Perros, gatos y hurones. b) Aquellos pertenecientes a especies que tengan la consideración de animales domésticos tal como se definen en la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal. Para ello, el departamento ministerial competente, tras informe del Comité Científico y Técnico para la Protección y Derechos de los Animales, determinará el listado de especies domésticas de compañía. c) Animales pertenecientes a especies silvestres contenidas en el listado positivo de animales de compañía. d) Aquellos animales de producción que, perteneciendo a especies no silvestres y que, tal y como contempla el apartado a) del artículo 3, perdiendo su fin productivo se inscriban como animales de compañía por decisión de su titular. e) Las aves de cetrería y los animales de acuariofilia no incluidos en el catálogo de especies exóticas invasoras ni de especies silvestres protegidas, tanto en el ámbito estatal como auto-*

nómico, o especies silvestres de fauna no presentes de forma natural en España protegidas por el Derecho de la Unión Europea y/o los tratados internacionales ratificados por España”.

¹³. De entre las obligaciones de los ciudadanos, cabe destacar el artículo 41 que concreta expresamente que: “1. Las personas, en su convivencia natural con las colonias felinas, deberán respetar la integridad, seguridad y calidad de vida de los gatos comunitarios que las integran, así como las instalaciones de comida, y refugio propias del programa de gestión de gatos comunitarios. 2. Las personas titulares o responsables de perros deberán adoptar las medidas para evitar que la presencia de éstos pueda alterar o poner en riesgo la integridad de las colonias felinas y de los gatos comunitarios, así como de los recursos destinados a los mismos”.

¹⁴. A modo de ejemplo se considera explícitamente en la Ley 7/2023 como infracción leve (artículo 73): “Toda conducta que, por acción u omisión y sin provocar daños físicos ni alteraciones de su comportamiento al animal, conlleve la inobservancia de prohibiciones, cuidados u obligaciones establecidas legalmente o las derivadas del incumplimiento de responsabilidades administrativas por parte de los titulares o responsables del animal”; infracción grave (artículo 74): “Toda conducta que por acción u omisión y derivada del incumplimiento de las obligaciones o de la realización de conductas prohibidas impliquen daño o sufrimiento para el animal, siempre que no les causen la muerte o secuelas graves”; y muy grave, entre otras, las que indicamos textualmente (artículo 75): “a) El incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones exigidas por esta ley cuando se produzca la muerte del animal, siempre que no sea constitutivo de delito, así como el sacrificio de animales no autorizado. b) La eutanasia de animales con medios inadecuados o por personal no cualificado”.

*Trabajo recibido el 24 de noviembre de 2023 y aceptado
para su publicación el 11 de marzo de 2024*

DICTÁMENES Y NOTAS

Elementos del contrato de *factoring*

Elements of the factoring contract

por

BLANCA TORRUBIA CHALMETA
Profesora Agregada de Derecho Mercantil
Universitat Oberta de Catalunya

RESUMEN: El *factoring* es un contrato utilizado por las empresas, principalmente PYMES, como instrumento de financiación, dado que les permite contar con el anticipo de los créditos frente a sus clientes que les proporciona una sociedad de *factoring* (factor). El *factoring* también puede proporcionar la garantía del cobro de todos o parte de tales créditos por el factor o ambas cosas a la vez. Son muchas las ventajas que proporciona este contrato a los empresarios, de ahí su expansión creciente. El presente trabajo analiza los elementos de este contrato atípico.

ABSTRACT: *Factoring is a type of contract used by companies, mainly SMEs, as a financing instrument. Factoring allows companies to receive their client's payment in advance, with financing provided by a factoring company ("factor"). Factoring can also provide the guarantee of collection of all or part of such credits by the factor, or both, at the same time. There are many advantages that this type of contract can provide to entrepreneurs, hence its growing expansion. This work analyzes the elements of this atypical contract.*

PALABRAS CLAVE: *Factoring*, cesión de créditos, anticipo, cobertura de la insolvencia, establecimiento financiero de crédito (EFC), *factoring* con recurso, *factoring* sin recurso.

KEYWORDS: *Factoring*, assignment of credits, advance payment, insolvency risk cover, financial credit establishment (FCE), Recourse Factoring, Non-Recourse Factoring.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PARTES DEL CONTRATO. 1. EL FACTOR DEBE SER UN ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO (EFC). 2. EL EMPRESARIO CON-

TRATANTE DEBE REALIZAR UNA ACTIVIDAD ECONÓMICA (EMPRESARIAL O PROFESIONAL).—III. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA. 1. CONCEPTO. 2. PLAZO DE PAGO DE LAS FACTURAS. 3. NATURALEZA JURÍDICA.—IV. CLASES DE *FACTORING*: CON RECURSO Y SIN RECURSO. 1. EL ANTICIPO. 2. LA COBERTURA DE LA INSOLVENCIA. 3. CESIÓN GLOBAL DE CRÉDITOS Y SU EFICACIA TRASLATIVA. A) *Modos de configurar la cesión de créditos*. B) *Ámbito de la cesión*. C) *Eficacia traslativa plena de la cesión*. 4. DIFERENCIAS CON EL *CONFIRMING*.—V. OBLIGACIONES DE LAS PARTES. 1. OBLIGACIONES DEL FACTOR. 2. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO CONTRATANTE.—VI. EXTINCIÓN DEL CONTRATO.—VII. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. INDICE DE RESOLUCIONES JURISPRUDENCIALES.

I. INTRODUCCIÓN.

El factoraje, conocido por su nombre en inglés *factoring*, es un contrato utilizado por las empresas para lograr financiación a corto plazo mediante el anticipo por una entidad de *factoring* (factor) de los créditos que ostentan frente a sus clientes. Con este anticipo logran la entrada de dinero en caja (líquido)¹, que contribuye a su estabilidad y a la mejora de las oportunidades de crecimiento. El *factoring* también puede proporcionar la garantía del cobro de esos créditos por el factor o ambas cosas a la vez.

Muy extendido entre las PYMES, que son las que mayoritariamente lo contratan² por lo útil que les resulta³, además de la gran ventaja que les supone el anticipo de los créditos comerciales, el *factoring* les ofrece otras:

- a) la reducción de gastos administrativos y de personal, dado que es el factor quien se encarga de la gestión de los créditos,
- b) la obtención de información periódica, regular y actualizada de los deudores,
- c) la flexibilidad, puesto que se puede contar con el anticipo de los créditos a medida que se factura y disponer de solo un porcentaje o de toda la facturación, según las necesidades financieras de cada momento y el máximo pactado, sin especiales exigencias de garantía,
- d) su no reflejo en la CIRBE⁴, lo que reduce el nivel de endeudamiento y facilita la obtención de otro tipo de financiación,
- e) la posibilidad de que el factor cubra el riesgo de impago de los clientes, lo que permite planificar la tesorería,
- f) la reducción en el balance del saldo pendiente de la partida de clientes, que mejora determinados indicadores de la situación financiera de la empresa, circunstancia que es importante de cara a terceros,
- g) la versatilidad, que permite su empleo en el comercio internacional, y

- h) la sencillez y rapidez de su operativa de modo que, una vez establecidos los términos del contrato, basta con enviar un fichero en formato SEPA⁵ con las facturas que se quieren incluir para obtener el anticipo de los créditos.

Estas ventajas han hecho incrementar progresivamente la contratación de los servicios de *factoring* en los últimos años, sin que la crisis económica provocada por la pandemia haya impactado en ella tanto como era de esperar. Así, si bien en el año 2020 su contratación disminuyó en relación con el 2019 (-8,33%), lo hizo en menor medida que los indicadores macroeconómicos (en 2020 el PIB se situó en -11,3%). Los años 2021 y 2022 fueron de recuperación económica general. Así, incrementó la facturación, el recurso al *factoring* (un 4,29% el 2021, y un 33,11% el 2022), y el PIB (un 5,5% en 2021 y un 5,5% en 2022)⁶. El PIB refleja el incremento de ventas y servicios de las empresas, que constituyen la base sobre la que descansa el *factoring*.

Las siguientes tablas muestran la evolución nacional e internacional del *factoring* en los últimos cinco años:

a) *Factoring* nacional

Año/ Modalidad	2018	2019	2020	2021	2022
<i>Factoring</i> con recurso	19.081	23.917	21.183	25.075	34.704 (38%)
<i>Factoring</i> sin recurso	46.537	49.093	45.745	44.726	58.211 (30%)
Total	65.617 (10,68%)	73.010 (11, 27%)	66.928 (-8,33%)	69.801 (4,29%)	92.915 (33,11%)

Tabla 1: Evolución del *factoring* en España (en millones de euros)⁷

b) *Factoring* internacional

Año/ Modalidad	2018	2019	2020	2021	2022
<i>Factoring</i> exportación	16.442	20.411	18.918	26.268	32.532
<i>Factoring</i> importación	2.987	2.675	2.878	2.909	2.184
Total	19.429 (21, 36%)	23.086 (18,82%)	21.796 (-5,59%)	29.177 (33,86%)	34.716 (18,98%, el 94% de exportación)

Tabla 2: Evolución del *factoring* internacional (en millones de euros)⁸

El *factoring* también tiene sus desventajas⁹, entre las que cabe destacar: a) lo elevado de las comisiones que las entidades de *factoring* acostumbran a cobrar; b) el peligro que supone contratar el *factoring* con recurso dado que, si la entidad de *factoring* devuelve las facturas, cobrando la correspondiente comisión, se corre el riesgo de perder más dinero del que se pensaba recuperar, con lo que hubiera sido menos perjudicial dejar de cobrar la factura, c) la pérdida de autonomía en la gestión de la empresa, y c) la posible afectación de la imagen de la empresa dado que para sus clientes el hecho de que una entidad de *factoring* reclame las facturas puede afectar a la confianza en aquélla por generar inseguridad sobre su situación económica real. No obstante, este inconveniente se puede evitar recurriendo al *factoring* secreto, de modo que los clientes del empresario no conozcan su existencia.

II. PARTES DEL CONTRATO.

El elemento personal es uno de los que caracterizan el contrato de *factoring*, atendida la especial condición de las partes que intervienen en él. Así, de una parte, está la sociedad de *factoring* o factor, que se halla sujeta a un estatuto jurídico especial, y de la otra, el empresario contratante, que ha de ser una persona física o jurídica que realice una actividad de carácter económico lo que, como seguidamente se expone, incluye la actividad profesional.

1. EL FACTOR DEBE SER UN ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO (EFC).

La sociedad o entidad de *factoring* (factor) debe tener la condición de establecimiento financiero de crédito (EFC), que se rige por un estatuto jurídico propio.

Los EFC son entidades cuya finalidad es ofrecer crédito a través de un amplio conjunto de operaciones financieras de activo¹⁰. Su actual régimen jurídico se contiene en el título II de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. Estos establecimientos se hallan sometidos a la supervisión y regulación financiera y a la exigencia de unos niveles de solvencia y gobernanza equivalentes a los de las entidades de crédito, lo que supone una garantía para los empresarios que contratan sus servicios. La Ley 5/2015, de 27 de abril busca, con carácter general, mantener el régimen jurídico previamente aplicable, con las adaptaciones oportunas. Esta norma introdujo la figura híbrida de la “entidad que realiza actividades propias de los establecimientos financieros de créditos y servicios de pagos o emisión de dinero electrónico”¹¹.

El Real Decreto 309/2020, de 11 de febrero de 2020 sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito¹², cuyo objetivo es mejorar la

protección del cliente financiero y la competencia en la concesión de préstamos, ha desarrollado el título II de la Ley 5/2015 concretando el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito y el de los grupos o subgrupos consolidables de establecimientos financieros de crédito con matriz en España en materia de acceso a la actividad, requisitos de solvencia y régimen de supervisión¹³. Así, el artículo 3 aclara, siguiendo lo ya previsto en el artículo 7 de la Ley 5/2015, que para todo lo no previsto en la normativa específica de los EFC serán de aplicación las normas que con carácter general regulan la actividad de las entidades de crédito. Por su parte, el artículo 4 permite constituirse como establecimientos financieros de crédito a *“aquellas empresas que, sin tener la consideración de entidad de crédito y previa autorización de la persona titular del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se dediquen con carácter profesional a ejercer una o varias de las actividades previstas en el artículo 6 de la Ley 5/2015, de 27 de abril”*. Entre estas actividades se encuentra la del *factoring*, con o sin recurso, y las actividades complementarias de esta actividad, tales como las de investigación y clasificación de la clientela, contabilización de deudores, y en general, cualquier otra actividad que tienda a favorecer la administración, evaluación, seguridad y financiación de los créditos que les sean cedidos (art. 6.1.b) Ley 5/2015).

El artículo 6 del real decreto recoge la forma de financiación, de modo que no pueden captar fondos reembolsables del público, lo que los diferencia de las entidades de crédito, y establece la aplicación del régimen jurídico de las emisiones de valores de las entidades de crédito, en consonancia con el principio general de aplicación de las normas que regulan la actividad de las entidades de crédito, de acuerdo con el artículo 119.5 del Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012¹⁴.

Una novedad destacable que introduce el Real Decreto 309/2020, de 11 de febrero es el nuevo régimen de autorización de las entidades híbridas. Estas entidades se configuran como entidades de pago o de dinero electrónico que realizan actividades propias de los establecimientos financieros de crédito y para las que se ha diseñado una autorización única¹⁵.

Una vez autorizadas, las entidades de pago híbridas o de dinero electrónico híbridas se rigen conforme a su normativa específica, sin perjuicio de lo previsto expresamente en el real decreto. Asimismo, se aplica a estas entidades la normativa aplicable a los establecimientos financieros de crédito. Con la autorización como entidad híbrida y tras su constitución e inscripción en el Registro Mercantil deben, antes de iniciar sus actividades, quedar inscritas tanto en el Registro especial de establecimientos financieros de crédito del Banco de España, así como

en el de entidades de pago o de dinero electrónico, según el caso (art. 21.6 RD 309/2020).

2. EL EMPRESARIO/CLIENTE CONTRATANTE DEBE REALIZAR UNA ACTIVIDAD ECONÓMICA (EMPRESARIAL O PROFESIONAL).

En la doctrina se ha señalado que la contraparte del factor debe tener la condición de empresario sin que quepa incluir dentro de este concepto a quien realiza una actividad profesional¹⁶. Y se ha justificado por el tenor de lo establecido en la Disposición Adicional Tercera (Régimen de determinadas cesiones de crédito) de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras, de aplicación al *factoring*, que en el apartado 1 señala¹⁷:

Esta disposición se aplicará a las cesiones de créditos que se efectúen al amparo de un contrato de cesión que cumpla las siguientes condiciones y con independencia de que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato tengan o no por deudor a una Administración Pública:

- 1.^a *Que el cedente sea un empresario y los créditos cedidos procedan de su actividad empresarial.*
- 2.^a *Que el cesionario sea una entidad de crédito o un Fondo de titulización.*
- 3.^a *Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato existan ya en la fecha del contrato de cesión, o nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha, o que conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores.*
- 4.^a *Que el cesionario pague al cedente, al contado o a plazo, el importe de los créditos cedidos con la deducción del coste del servicio prestado.*
- 5.^a *Que en el caso de que no se pacte que el cesionario responda frente al cedente de la solvencia del deudor cedido, se acredite que dicho cesionario ha abonado al cedente, en todo o en parte, el importe del crédito cedido antes de su vencimiento¹⁸.*

No obstante, algún autor también ha defendido la inclusión de quienes realizan una actividad profesional dentro del concepto de empresario¹⁹. Y hay quien ha señalado que, sea como fuere, las propias características del contrato y las funciones que desarrolla hacen que sean empresarios los sujetos que de hecho recurran al contrato de *factoring*²⁰.

A favor de la inclusión de la actividad profesional dentro del concepto de empresa cabe invocar el Reglamento (UE) N° 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas com-

patibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado. Este Reglamento vincula el concepto de empresa al desarrollo de una actividad económica al margen de la forma jurídica adoptada para desarrollarla y del carácter empresarial o profesional de ésta. Así, en el artículo 1 (Empresa) del Anexo I (Definición de PYME) señala: “*Se considerará empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán empresas las entidades que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar, así como las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular*”²¹.

Lo anterior significa que, en el ámbito de la Unión Europea, cualquier persona física o jurídica que realice una actividad económica será considerada empresa y que, dentro de la actividad económica se incluye tanto la actividad empresarial como la profesional.

En España, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, que introduce un Libro Tercero regulando un procedimiento de insolvencia especial para microempresas, se alinea con esta idea. Así, dentro de la regulación de este nuevo procedimiento, que es único en el doble sentido de encauzar las situaciones concursales (insolvencia actual o inminente) y preconcursales (probabilidad de insolvencia), y de ser de aplicación obligatoria a todos los deudores que entren dentro del concepto legal de microempresa²², se determina el ámbito de aplicación en el artículo 685 TRLC. Y este precepto, en su apartado 1 señala ahora que “*El procedimiento especial para microempresas será aplicable a los deudores que sean personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional*” y que reúnan determinadas características²³.

Parece razonable, por tanto, concluir que, al amparo de las recientes normas europeas y españolas, dentro del concepto de empresa debe incluirse la actividad profesional, con la consecuencia de que los profesionales deberán tener acceso al *factoring* sin que quepa una negativa del establecimiento financiero de crédito invocando esta razón. El *factoring* puede resultar de utilidad a los profesionales autónomos²⁴.

III. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.

1. CONCEPTO.

El *factoring* puede definirse como contrato celebrado entre el titular de una actividad económica (empresario contratante) y un establecimiento de *factoring* (factor) por el que éste se obliga, a cambio de una comisión o precio, a gestionar

el cobro del conjunto de los créditos que el empresario ostenta frente a sus clientes y a prestarle una serie de servicios, por regla general, el anticipo del importe de los créditos, a lo que se puede añadir la garantía del cobro de una parte o de la totalidad de dichos créditos en caso de impago o insolvencia de los clientes, pero también puede comprender sólo la garantía²⁵.

De origen anglosajón, como su denominación indica, el nacimiento del *factoring* se vincula a la práctica norteamericana²⁶ extendiéndose luego a Europa para llegar a España en la década de los 60 donde se desarrollará y consolidará a finales de la década de los 80. Sin acuerdo en la doctrina sobre el momento preciso de su aparición²⁷, hay quien lo sitúa en el siglo XVII cuando las dificultades para cobrar las manufacturas que Inglaterra exportaba a Estados Unidos hicieron que las empresas inglesas comenzaran a delegar la tarea de venta y cobro a empresarios norteamericanos, evitando así el desplazamiento a otro continente, lo que encarecía la operación comercial²⁸. También se ha señalado que en España estas dificultades se presentaron igualmente a la hora de importar productos ingleses, donde a la distancia se añadían otras como la diferencia idiomática, cultural, legal, y la imposibilidad de contacto con la clientela. Y que lo mismo ocurrió en el comercio con las Indias, donde adquirió especial relevancia la figura de intermediación conocida como *Factoría o Factoraje*. El factor de las indias, que actuaba por cuenta del empresario principal a cambio de una remuneración (factoría) quedaba unido a éste por una relación estable y, en ocasiones, actuaba en nombre propio llegando a estar facultado para elegir a los compradores y para vender a crédito²⁹.

2. PLAZO DE PAGO DE LAS FACTURAS.

En el *factoring* el plazo de pago de las facturas juega un papel esencial puesto que permite determinar el momento en que el factor puede exigir los créditos cedidos. Este plazo es el pactado por el empresario con cada cliente y, a falta de pacto, 30 días naturales después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, que puede extenderse, por acuerdo de las partes, hasta un máximo de 60 días naturales (art. 4 de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales)³⁰.

El Tribunal Supremo ha interpretado el apartado 1 del artículo 8 (Indemnización por costes de cobro) de la Ley 3/2004 que señala:

“Cuando el deudor incurra en mora, el acreedor tendrá derecho a cobrar del deudor una cantidad fija de 40 euros, que se añadirá en todo caso y sin necesidad de petición expresa a la deuda principal.

Además, el acreedor tendrá derecho a reclamar al deudor una indemnización por todos los costes de cobro debidamente acreditados que haya sufrido a causa de la mora de éste y que superen la cantidad indicada en el párrafo anterior.”

Así, considera que es presupuesto de aplicación de este precepto la mora y que ésta se produce cuando se ha presentado al cobro la factura y no ha resultado pagada en el plazo contractual o legalmente establecido, puesto que el artículo 2 de la Ley 3/2004 define la morosidad como “el incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago”. Y que el artículo 8 establece una cantidad mínima, que opera como suelo, consistente en un importe fijo y asegurado de 40 euros que se paga con carácter automático “sin necesidad de recordatorio”. Además, el acreedor tiene derecho a obtener del deudor una compensación razonable por todos los demás costes de cobro que superen la cantidad fija y que haya sufrido a causa de la morosidad de este. Esta compensación puede incluir, entre otros, los gastos que el acreedor haya debido sufragar para la contratación de un abogado o una agencia de gestión de cobro. Por “cantidad adeudada” se ha de entender, a tenor del artículo 2 de la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecían medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, “el importe principal que debe pagarse en el plazo contractual o legal establecido, incluidos los impuestos, tasas, derechos o costes especificados en la factura o en la solicitud de pago equivalente”. El Tribunal Supremo concluye que es la falta de pago, una vez expirado el plazo de pago, lo que determina que se incurra en mora, y el momento en que debe abonarse la cantidad de 40 euros que, como gasto de cobro, tiene un carácter automático, según señala la Sentencia del TJUE de 13 de septiembre de 2018 (asunto C-287/17), sobre la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal comarcal de la República Checa³¹. Finalmente aclara que, tanto la Ley, como la Directiva se refieren a cada factura que ha resultado impagada en el plazo previsto legal o contractualmente. (SSTS C-A 1820/2021, de 4 de mayo de 2021, y 2343/2021, 8 de junio de 2021 en relación con los recursos de apelación presentados contra la administración por BFF Finance Iberia SAU (antes Farmafactoring España, S.A.)³².

3. NATURALEZA JURÍDICA.

La naturaleza jurídica del contrato de *factoring* ha sido una de las cuestiones más controvertidas en la doctrina, que lo ha considerado desde una compraventa a un mandato, pasando por un préstamo con cesión en garantía³³. En lo que sí hay acuerdo es en su clasificación sistemática como contrato de colaboración entre

empresarios basado, por ello, en la confianza entre las partes. El carácter *intuitu personae* ha tenido reflejo práctico en la frecuencia con la que, hasta hace no mucho, se incluía en los formularios la cláusula de extinción del contrato por el concurso del empresario, cláusula que ahora, como veremos, se debe tener por no puesta³⁴.

El *factoring* es un contrato atípico y mixto³⁵ (SSTS 195/2003 de 28 de febrero de 2003, que habla de “contrato atípico, mixto y complejo”³⁶ y 67/2001 de 2 de febrero de 2001, que se refiere a su carácter mixto y complejo). Por ser atípico, el régimen jurídico aplicable (obligaciones de las partes, supuestos de incumplimiento, extinción, etc.) será el que libremente determinen las partes sobre la base del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Y, por ser mixto, esto es, que combina prestaciones propias de diferentes contratos típicos, a falta de pacto, deberá aplicarse combinadamente el régimen de los contratos típicos de los que toma las prestaciones³⁷. Las distintas modalidades del contrato de *factoring* (con o sin recurso y/o, con o sin garantía) harán que prevalezca en la aplicación uno u otro régimen jurídico típico. Se podría decir que el *factoring* es un contrato mixto “modulable” dado que puede combinar distintas prestaciones (módulos) y, en función de las que combine, surgirá una determinada variedad contractual a la que le será aplicable un determinado régimen jurídico.

El hecho de que sea un contrato atípico no significa que no cuente con regulación de ningún tipo, pero la existente no regula detalladamente su contenido, sino que recoge únicamente aspectos administrativos o cuestiones particulares. Ahora bien, aunque es un contrato legalmente atípico, socialmente es típico atendido su desarrollo en la práctica empresarial donde se emplean de manera generalizada formularios con condiciones estandarizadas adecuadas a las distintas modalidades de *factoring*³⁸.

Sentado su carácter atípico y mixto “modulable”, la causa del contrato, entendida esta, desde el punto de vista objetivo, como función o valor económico-social que cumple el contrato en el tráfico jurídico, y desde el punto de vista subjetivo, como el motivo práctico por el que las partes celebran un determinado contrato³⁹, variará en función de las prestaciones que las partes acuerden incluir en el contrato, en especial, las del factor⁴⁰. Además, como el *factoring* se articula sobre la base de la cesión de los créditos que el empresario realiza al factor, la causa condiona, a su vez, el carácter con el que se realiza la cesión⁴¹.

Por lo anterior, si el factor se obliga a anticipar el pago los créditos cedidos sin asumir el riesgo de la insolvencia de los clientes del empresario, la causa del contrato será de financiación, aproximándose a la figura del descuento, idea que, como señala la doctrina, la refuerza el elemento remuneratorio⁴². En este supuesto, la cesión tendrá carácter *pro solvendo*, lo que supone la plena transmisión del crédito cedido desde el acuerdo y la sujeción de dicha cesión a condición reso-

lutoria, no suspensiva (STS 1086/2006 de 6 de noviembre de 2006). Y cuando el factor asume también el riesgo de insolvencia de dichos clientes (*factoring* sin recurso), la causa será mixta: de financiación y de garantía, equiparándose, por lo que atañe a la causa de garantía, a la figura del seguro de crédito⁴³. La cesión en este caso tendrá carácter *pro soluto*, al igual que si únicamente se acuerda la cobertura de la insolvencia sin obligación de anticipo.

El Tribunal Supremo define la cesión de bienes para pago o cesión *pro solvendo*, como negocio jurídico “por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquéllos al pago de las deudas contraídas por el cedente, sin extinción del crédito en su totalidad, puesto que, salvo pacto en contrario, el deudor sigue siéndolo del adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien o bienes cedidos en adjudicación” (STS 613/2008, 2 de julio de 2008)⁴⁴. Y la diferencia de la cesión *pro soluto* señalando que, a diferencia de lo que ocurre con el pago por cesión de bienes («datio pro solvendo») por el que, de conformidad con el artículo 1175 CC, el deudor cede sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas y que, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos; en la dación en pago («datio pro soluto») “se busca la satisfacción del débito pendiente, el acreedor acepta recibir del deudor determinados bienes de su propiedad, cuyo dominio pleno se le transmite para aplicarlo a la extinción total del crédito, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa” (STS 94/2019, 31 de enero de 2019)⁴⁵.

IV. CLASES DE *FACTORING*: CON RECURSO Y SIN RECURSO.

Dejando a un lado el supuesto en que el factor no se obliga a anticipar el importe ni a garantizar los créditos cedidos por el empresario, limitándose a actuar como gestor de cobro de los créditos, en cuyo caso la cesión cumple una simple función legitimadora⁴⁶, la prestación o no del servicio de cobertura de insolvencia por el factor determina la clasificación más importante de este contrato. Así, se distingue entre el *factoring* simple o con recurso (también llamado *factoring* impropio) en el que el factor anticipa el importe de los créditos del empresario, y el *factoring* de garantía o sin recurso (también llamado *factoring* propio) en el que el factor, además de anticipar el importe de los créditos, garantiza al empresario el cobro a su vencimiento. La nomenclatura “con recurso” y “sin recurso”

para designar estas clases de *factoring*, al margen de su corrección jurídica⁴⁷, es la que se ha impuesto en la práctica y la que utiliza la jurisprudencia.

En España, la contratación del *factoring* sin recurso es mucho más frecuente que la del *factoring* con recurso. Así, de acuerdo con los datos que figuran en la tabla 1, en el año 2022 un 37,35% del total de contratos de *factoring* celebrados lo fueron con recurso y un 62,65% sin recurso. Estos datos muestran que, para las PYMES, la cobertura del riesgo de insolvencia es una ventaja apreciada.

El Tribunal Supremo reconoce estas dos modalidades de *factoring* distinguiendo el *factoring* con recurso, “en que los servicios prestados por el factor consisten en la administración y gestión de los créditos cedidos por el cliente al que puede ir unido o no un servicio de financiación, modalidad ésta en que la cesión de los créditos cumple la misma función económica que el contrato de descuento, considerándose la cesión como una gestión de cobro”; y el *factoring* sin recurso “en que, a los servicios que caracterizan al factoring con recurso, incluido el de financiación al cliente, se añade un servicio de garantía por el que se produce un traspaso del riesgo de insolvencia del deudor cedido, del empresario al factor, de forma que, producida la insolvencia, en los términos pactados en el contrato de factoring, ésta no recae sobre el cliente cedente, sino sobre el factor cesionario, sin que éste pueda reclamar del cliente el importe de los créditos impagados; es decir, en el *factoring* propio o sin recurso, se produce una transmisión plena del crédito al cesionario, cesión que tiene una causa onerosa, como es el pago al cedente del importe del crédito cedido, con las deducciones prestadas y en el plazo contractualmente previsto” (entre otras, SSTS 957/2004 de 6 de octubre de 2004, 8 de mayo de 2004, 24 de enero de 2003 y 18 de enero de 2001).

1. EL ANTICIPO.

Los formularios prevén que el anticipo se produzca en los supuestos previstos contractualmente y en el momento en que el empresario lo reclame. Es decir, el anticipo no se proporciona por el factor de manera automática, sino que opera de manera similar a la apertura de crédito. Esto permite al empresario requerir o no el anticipo en función de su situación financiera y evitar, si no lo necesita, el pago de los intereses aplicables.

El importe del anticipo se pacta en cada contrato y, en ocasiones, atendiendo al tipo de deudor, si bien, no suele ser del total importe del crédito, sino que lo habitual es que no supere un 90% del importe total del crédito cedido⁴⁸. También es frecuente que los contratos prevean, junto al contrato de *factoring*, la apertura de una línea de crédito en cuenta corriente para disponer, por la vía de los anticipos, del importe del crédito cedido por el empresario a la entidad (STS 957/2004

de 6 de octubre de 2004). Esta cuenta es, además, el instrumento contable para establecer los movimientos de cargo y abono entre las partes de modo ágil. En cualquier caso, la apertura de crédito es un contrato instrumental del *factoring* pero independiente de él⁴⁹.

2. LA COBERTURA DE LA INSOLVENCIA.

El factor, como se ha señalado, puede obligarse a asumir el riesgo de insolvencia de los clientes del empresario cuyos créditos han sido cedidos, si así se pacta en el contrato expresamente. Esta obligación comporta el establecimiento de límites de cobertura para cada deudor dentro de los cuales asume la garantía de insolvencia (SAP Madrid 10 de julio de 1998). Garantía que asegura al empresario la continuidad de su actividad sin preocupaciones por los posibles impagos de sus clientes y le permite hacer una mejor selección de estos clientes, merced a los estudios de solvencia que realiza el factor⁵⁰.

Si se pacta esta cobertura de riesgo, el empresario contratante no se verá afectado por el incumplimiento de la obligación de pago de sus clientes, de modo que no tendrá que devolver al factor el anticipo recibido. El factor responde, de este modo, del buen fin de la operación, de modo similar al comisionista de garantía, y recibe por ello, al igual que éste, un plus de retribución en concepto de riesgo asumido⁵¹.

Ahora bien, la responsabilidad por el buen fin de la operación no exime al empresario de responder de la validez y exigibilidad de los créditos cedidos (arts. 1529 CC y 348 CCom). De este modo, si el deudor cedido justifica que el empresario no cumplió o cumplió defectuosamente su obligación, el factor podrá retroceder la cesión y exigir al empresario la devolución del anticipo con los oportunos recargos.

El contenido de la cobertura de la insolvencia depende de la voluntad de las partes. Estas pueden incluir los supuestos que consideren oportunos, si bien, en la práctica quedan siempre circunscritos a la insolvencia del deudor cedido⁵². Los formularios suelen recoger tanto la declaración judicial de concurso, como los hechos externos reveladores del estado de insolvencia (que pueden incluir, tanto los clásicos supuestos de cierre del establecimiento o de deudor ilocalizable, hasta los modernos supuestos previstos en el artículo 2.4 TRLC para que un acreedor pueda fundamentar la solicitud de declaración de concurso⁵³). El factor puede modificar la lista de clientes deudores cuyos créditos son objeto de garantía (desclasificación) si estos dejan de cumplir las condiciones prefijadas. El Tribunal Supremo ha señalado que esta facultad no se puede atacar sobre la base de la prohibición contenida en los artículos 1115 y 1256 CC⁵⁴ porque su ejercicio

no condiciona, de modo absoluto la eficacia de la cesión del crédito, sino sólo de un modo relativo, al afectar únicamente a una de las prestaciones del factor: la de garantía por la *bonitas nominis* o asunción del riesgo de insolvencia (STS de 8 de marzo de 2005).

Cabe señalar que, a pesar de estar incluida la función de garantía, las limitaciones derivadas del contrato de *factoring* pueden hacer que la cobertura resulte insuficiente. Ello puede deberse a que el número de deudores incluidos sea menor del querido, o a que el límite de cobertura sea reducido. Por este motivo, en ocasiones se contrata, además, un seguro de crédito para que cubra lo que no alcanza el *factoring*⁵⁵.

3. LA CESIÓN DE CRÉDITOS Y SU EFICACIA TRASLATIVA.

A) Modos de configurar la cesión de créditos.

El *factoring* es un contrato que, como se ha señalado, se articula sobre la base de la cesión al factor de los créditos que el empresario ostenta frente a sus clientes, en las condiciones pactadas. Esta cesión se puede configurar de dos modos diferentes: a) haciendo que el *factoring* opere como un mero contrato preliminar o preparatorio de cesiones posteriores, que se irán formalizando caso por caso⁵⁶, o b) haciendo que el *factoring* opere como una cesión global anticipada de créditos futuros.

En el primer caso, que ha sido el más empleado en Derecho español⁵⁷, el *factoring* actúa como un contrato marco que produce efectos meramente obligacionales: el empresario se compromete a ceder los créditos afectados según vayan surgiendo, sin que el contrato suponga de por sí la cesión, y el factor se compromete a aceptar esas cesiones y, en su caso, a anticipar el importe. Aquí, cada cesión, que deberá cumplir las exigencias legales de validez y eficacia⁵⁸, requiere una posterior declaración de voluntad de las partes.

El segundo modelo es más acorde con la finalidad y funciones del *factoring*, pero tropieza con el escaso desarrollo de la institución de la cesión de créditos⁵⁹, con lo que se debe abordar como contrato atípico, de modo que serán las partes quienes diseñen la operación de acuerdo con sus conveniencias (STS 80/2003 de 11 de febrero de 2003). En cualquier caso, es válida y eficaz en Derecho y, en tanto cesión global y anticipada de créditos futuros, la transmisión de todos ellos se acuerda con la perfección del contrato afectando también a los créditos que todavía no han nacido⁶⁰. La transmisión de los créditos se producirá de manera automática una vez producido el hecho (nacimiento del crédito) o la condición (v. gr. la aprobación del factor) a la que se sujeta el efecto traslativo⁶¹.

Esta opción es más práctica (permite el tratamiento unitario de la operación) y económica. También refuerza la posición del factor frente a terceros dado que los créditos nacen directamente en su patrimonio sin necesidad del posterior acuerdo de las partes para transmitir cada uno de los créditos⁶², siendo suficiente la mera notificación, dado que se trata de la ejecución del contrato⁶³.

B) *Ámbito de la cesión.*

La cesión de créditos puede ser plena o limitada a parte de ellos. En la práctica, tanto la financiación, como la garantía se limitan a los créditos aprobados por el factor, de manera singular o, como es habitual, a través de la previa concesión de “líneas de riesgo” en relación con los distintos clientes del empresario⁶⁴.

La DA Tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras contiene un régimen especial que adapta el régimen jurídico de la cesión de créditos a las peculiaridades del *factoring*. Para ello, se deben cumplir los presupuestos que establece, con independencia de que los créditos objeto de cesión tengan o no por deudor a una Administración Pública, que son los siguientes: a) el cedente ha de ser un empresario y los créditos cedidos proceder de su actividad empresarial; b) el cesionario ha de ser una entidad autorizada; c) los créditos objeto de cesión al amparo del contrato deben existir ya en la fecha del contrato de cesión, o nacer de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha, o constar el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores; el cesionario debe pagar al cedente, al contado o a plazo, el importe de los créditos cedidos con la deducción del coste del servicio prestado; y, d) en caso de que no se pacte que el cesionario responda frente al cedente de la solvencia del deudor cedido, se debe acreditar que dicho cesionario ha abonado al cedente, en todo o en parte, el importe del crédito cedido antes de su vencimiento (DA Tercera apartado 1).

Cumplidos los anteriores presupuestos, las cesiones de créditos tendrán eficacia frente a terceros desde la fecha de celebración del contrato de cesión, siempre que se justifique la certeza de la fecha por alguno de los medios establecidos en los artículos 1.218 y 1.227 del Código Civil o por cualquier otro medio admitido en derecho (DA Tercera apartado 2). Por tanto, si el factor pretende prevalecer sobre los acreedores del empresario cedente o sobre otros posibles cesionarios del mismo crédito deberá acreditar la prioridad en el tiempo de su derecho mediante escritura pública o, tratándose de un documento privado, mediante la fecha de éste, si queda suficientemente acreditada, o a través de cualquier otro medio de prueba⁶⁵.

C) *Eficacia traslativa plena de la cesión.*

A excepción del supuesto en que el factor no se obliga a anticipar el importe, ni a garantizar los créditos cedidos por el empresario, limitándose a actuar como gestor de cobro de los créditos, donde la cesión cumple una simple función de legitimación⁶⁶, la cesión de créditos tiene plena eficacia traslativa en ambas modalidades de *factoring*. Esto es, al margen de que sea *pro soluto* o *pro solvendo*, transmite en todo caso la plena titularidad de los créditos cedidos⁶⁷.

Ambas modalidades de cesión cumplen la función de pago de una obligación preexistente (anticipo del importe en el marco del contrato de *factoring*), que es la que justifica la plena transmisión del crédito. La diferencia radica en el momento en que se produce la extinción de la obligación preexistente. Así, en la cesión *pro soluto* ocurre simultáneamente a la cesión del crédito, y en la *pro solvendo* se produce con la realización del crédito cedido (art. 1170, pfo 2 CC). Esto repercute en la asunción del riesgo de insolvencia del titular del crédito cedido, que en la cesión *pro soluto* corresponde al cesionario (factor) y en la cesión *pro solvendo* al cedente (empresario). En este último caso, mientras la obligación preexistente no se extinga por realización del crédito cedido, subsisten ambas obligaciones, quedando en suspenso la acción derivada de la obligación primitiva (art. 1170 pfo. 3 CC).

El Tribunal Supremo ha reconocido que la eficacia traslativa de la cesión de créditos opera, no sólo cuando haya sido realizada *pro soluto*, sino también cuando lo es *pro solvendo*, porque “la distribución del riesgo de insolvencia no tiene por qué afectar al efecto traslativo” (STS 650/2013, de 6 de noviembre⁶⁸, que cita las anteriores SSTS 80/2003, de 11 de febrero; 957/2004, de 6 de octubre, y 1086/2006, de 6 de noviembre). Y que en los supuestos en que la cesión de créditos se hace en un *factoring* sin recurso “es más clara todavía la transmisión plena de la titularidad del crédito” (SSTS 895/2017 de 8 de marzo, y 62/2014, de 25 de febrero)⁶⁹. Además, considera que “por más que se pretenda destacar su singularidad respecto de la unidad lógica que presenta el fenómeno jurídico de la cesión del crédito, como si solo fueran objeto de esta las propias facturas o los créditos comerciales del cedente, lo cierto es que su función negocial solo cobra sentido si se tiene en cuenta su nota de instrumentalidad respecto del derecho de crédito precedente”. Esta consideración la justifica, tanto por su conexión causal con la cesión del crédito, como cesión con función de financiación, como por su dependencia respecto de la señalada estructura y unidad que presenta el propio fenómeno de la cesión de crédito. Y señala: “En esta línea, si en el presente caso observamos la tipicidad implícita en el contrato de *factoring* sin recurso, se concluye que es la propia estructura jurídica de la cesión quien gobierna y vertebrada la función negocial de este contrato. En esta línea, concorde con la naturaleza y estructura de la cesión con función de financiación, el contrato de *factoring*

permite tanto que el cesionario conserve la facultad de retornar el crédito cedido al cedente, recuperando la cantidad facilitada, si el crédito no es satisfecho por el deudor cedido (cláusula octava), como su posibilidad (autorización) para solicitar directamente del deudor cedido su conformidad expresa a la cesión y proceder al cobro proyectado (cláusula séptima)” (STS 4275/2015 de 2 de septiembre, que considera el *factoring* sin recurso una figura instrumental).

El carácter de la cesión de créditos⁷⁰ supone que el deudor cedido podrá oponer al cesionario las excepciones de carácter objetivo que derivan de la relación obligatoria⁷¹. Entre estas se encuentran las que condicionan el pago de la deuda, como ocurre con la cláusula de indemnidad patrimonial (STS 4275/2015 de 2 de septiembre de 2015).

La eficacia traslativa plena de la cesión opera, tanto en el caso de las cesiones aisladas, sucesivas y concretas, como en el de la cesión única, global y anticipada⁷².

Y sin necesidad del consentimiento del deudor cedido, ni siquiera de su conocimiento, sin perjuicio de que el pago hecho al cedente antes de tener conocimiento de la cesión le libere de la obligación -art. 1527 CC- (STS 1084/2021, de 25 de marzo de 2021). La notificación no es, por tanto, necesaria para la validez de la cesión, sino únicamente una exigencia para que la cesión sea oponible al deudor. El conocimiento de la cesión excluye la legitimidad del pago hecho al cedente, de modo que si el deudor le paga antes de tener conocimiento de la cesión ese pago le libera y puede hacerlo valer frente al cesionario (STS 581/2023, de 20 de abril de 2023).

4. DIFERENCIAS CON EL *CONFIRMING*.

El *confirming* es un instrumento financiero de gestión de pagos y no de cobros como es el *factoring*. El *confirming* busca facilitar al empresario cliente la gestión de los pagos debidos a sus proveedores, y, a éstos, les ofrece la posibilidad de cobrar las facturas con anterioridad a la fecha de vencimiento⁷³. Con ello, se simplifican los trámites administrativos, comerciales y financieros requeridos para pagos en el mercado nacional y también internacional (pagos en la exportación y/o en la importación). *Factoring* y *confirming* son, por lo tanto, actividades complementarias para empresario y factor (gestión de pago y gestión de cobro)⁷⁴.

El funcionamiento del *confirming* es el siguiente: el empresario envía a la entidad *financiadora* (normalmente una sociedad de *factoring*) las órdenes de pago confirmadas antes de su vencimiento y ésta informa a los proveedores del importe y la fecha de pago y les comunica las condiciones del *confirming*. El proveedor elige si cobra anticipadamente la factura o espera a su vencimiento. En función de quién asuma el riesgo de impago, también puede contratarse el *confirming* “con o sin recurso”. Si es con recurso, el proveedor asumirá el ries-

go de impago del cliente y se cargará en su cuenta el importe del nominal más los gastos y, si es sin recurso, el proveedor no asumirá este riesgo. La entidad financiadora cobra por la gestión del pago el interés de la cantidad adelantada y además otro interés en los supuestos en que el cliente abona el importe de las facturas con posterioridad a su vencimiento.

El *confirming* ofrece también importantes ventajas: a) mejora las relaciones comerciales entre los proveedores y sus clientes al tener aquéllos garantía de cobro de sus facturas si se pacta el *confirming* sin recurso; financia las operaciones comerciales: al poderse cobrar las facturas antes de la fecha de vencimiento; reduce la gestión administrativa en los pagos de facturas; las condiciones de la financiación pueden —no siempre— ser más ventajosas que con otro tipo de financiación bancaria; alarga el periodo de pago a proveedores, si bien, teniendo en cuenta el plazo legal de pago de una factura; y, al igual que ocurre con el *factoring*, mejora los ratios financieros y elimina riesgos de la CIRBE.

Ahora bien, mientras que en el *factoring* el empresario cliente mantiene el control de la financiación de las facturas pendientes de cobro, en el *confirming* debe esperar a que a sus proveedores se les facilite la opción de anticipar el cobro de las facturas y aceptar las condiciones de la financiación, que no puede negociar⁷⁵.

Año/ Modalidad	2018	2019	2020	2021	2022
<i>Confirming</i>	80.896 (14,28%)	89.463 (10,59%)	93.540 (4,56%)	100.385 (7,32%)	130.005 (29,51%, que representa el 50,2% del total de las cesiones)
Órdenes de pago	148.657 (10,18%)	160.831 (8,19%)	162.608 (1,11%)	187.065 (15,04%)	232.248 (24,15%, el 90% son órdenes nacionales)

Tabla de evolución del *confirming* y de las órdenes de pago en España
(en millones de euros)⁷⁶

V. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

1. OBLIGACIONES DEL FACTOR.

El factor se obliga, como es natural, a abonar al empresario el importe de los créditos cobrados, una vez deducidos los anticipos, los intereses y los eventuales

cargos por las demoras en los cobros⁷⁷. Para ello necesita asumir la obligación de gestión del cobro de los créditos cedidos, a la que los formularios no suelen hacer referencia.

La gestión de cobro conlleva, a su vez, otras obligaciones asociadas a ella, como la de proporcionar la información necesaria para la adecuada gestión del cobro que compete al empresario, y la de actuar con la diligencia requerida en el cobro de dichos créditos, haciendo seguimiento de éstos, realizando su ordenada contabilización e informando puntualmente al empresario, que corresponde al factor⁷⁸.

Ahora bien, lo habitual y característico del contrato es que el factor se obligue también a financiar los créditos que se le transmiten anticipando su importe antes del vencimiento, con la correspondiente deducción de intereses. Además, se suele acordar la cobertura del riesgo de insolvencia de los clientes del empresario abonándole el factor el importe de los créditos cedidos que resulten impagados (*factoring* sin recurso). Si el empresario no cuenta con el servicio de garantía (*factoring* con recurso), en caso de que un cliente no atienda el pago, el factor cargará al empresario el nominal y los gastos de devolución. La gestión de cobros distingue el *factoring* del simple descuento.

En este contexto, cabe señalar que el análisis y clasificación de los clientes deudores que realiza el factor, que facilita al empresario información sobre su nivel de solvencia, representa una gran ventaja para éste⁷⁹. Esta tarea, necesaria para delimitar el contenido del contrato, es previa a su celebración, pero se desarrolla también en el tiempo de cara a ajustar las previsiones iniciales a las incidencias que vayan acaeciendo. El factor se obliga así a analizar y seleccionar los clientes del empresario para determinar los créditos que se incluirán en el futuro contrato y el contexto de los anticipos y de la cobertura del riesgo de insolvencia de los clientes⁸⁰.

2. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO CONTRATANTE.

La primera obligación del empresario, que tiene carácter precontractual, es proporcionar al factor toda la información pertinente para la correcta evaluación del riesgo por éste⁸¹.

Aunque el contrato de *factoring* se articula sobre la base de la cesión de los créditos del empresario al factor, ésta no incluye todos los créditos. En la práctica es muy común que el factor, una vez hecha la selección previa, excluya del contrato determinados créditos por diversas razones, como las características de los deudores o el elevado importe de los créditos. Además, hay créditos excluidos por ley de la cesión, como los que no proceden de la actividad del empresario y aquéllos que no pueden ser objeto de cesión⁸². La cesión tiene carácter exclusivo,

lo que también implica para el empresario la obligación de no celebrar ningún otro contrato de *factoring* en relación con los mismos créditos ni de cederlos individualmente⁸³.

El régimen de la cesión de créditos será el dispuesto por las partes en el contrato. En defecto de pacto, se aplicarán las normas del Código de comercio —por ser mercantil— y del Código civil, normas similares en lo esencial. En cualquier caso, la cesión lleva aparejada la de todos sus derechos accesorios como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio (art. 1528 CC), efecto este que puede resultar problemático y que en ocasiones omiten los formularios⁸⁴.

Como el *factoring* es un contrato oneroso, el empresario deberá satisfacer el precio de las prestaciones asumidas por el factor. La determinación es libre, pero está sujeta a las normas de transparencia bancaria⁸⁵. El precio variará en función del número y tipo de tales prestaciones (gestión, financiación y/o garantía), del tiempo por el que se soliciten y del volumen de créditos afectados.

La obligación de pago incluye dos conceptos: las comisiones inherentes al contrato (tarifa) y los intereses por la financiación otorgada. Las comisiones son: a) la comisión general por la gestión de los créditos y que se fija normalmente, en un tanto por ciento de cada crédito o, en ocasiones, del global de los créditos cedidos dentro de un período determinado de tiempo. Su cobro suele realizarse mediante el correspondiente descuento en la cantidad satisfecha por el factor. La comisión, una vez satisfecha, no puede ser reclamada por el empresario si el crédito no se cobra, salvo prestación defectuosa por parte del factor; b) la comisión para el caso de que el factor asuma el riesgo de insolvencia, que se satisface en los mismos términos que la anterior. Y, en ocasiones, c) la comisión por la labor de clasificación de los deudores.

Los intereses, que pueden pactarse fijos o variables, se deben por la financiación proporcionada y se descuentan en el momento en que el factor pone a disposición del cliente el importe del crédito. Por regla general, se devengan por el tiempo transcurrido entre el momento en que el anticipo se pone a disposición del empresario y la fecha de vencimiento del crédito. El empresario puede verse obligado a pagar más intereses si, llegado el vencimiento, el deudor se retrasa en el pago. Esos intereses remuneran la disposición del importe del crédito por un tiempo superior al inicialmente previsto⁸⁶.

Al tratarse de un contrato de carácter duradero o de tracto sucesivo, los formularios reservan al factor la posibilidad de modificar unilateralmente, tanto la tarifa, como los intereses cuando cambien sustancialmente las condiciones tenidas en cuenta para su cálculo otorgando al empresario, en tal caso, la posibilidad de resolver el contrato durante un plazo determinado a contar desde la comunicación de dichos cambios⁸⁷.

Los formularios también suelen incorporar la obligación del empresario de comunicar al factor cualquier circunstancia que afecte a los créditos cedidos o a los deudores incluidos en el contrato, como las reclamaciones de los clientes por la prestación objeto del crédito cedido, o el envío de la documentación que acredite el cumplimiento por parte del empresario, lo que se explica por la posible oponibilidad de estos hechos al cesionario al exigir el pago de dichos créditos⁸⁸. También se puede prever el acceso a la contabilidad del cliente⁸⁹, punto este que algún autor ha criticado⁹⁰.

VI. EXTINCIÓN DEL CONTRATO.

El *factoring* se extingue por las causas generales de extinción del contrato, esto es, mutuo acuerdo, transcurso del plazo pactado sin prórroga, o la denuncia con preaviso prudencial, cuando se pacta por tiempo indefinido, imposibilidad sobrevenida, y la muerte o declaración de fallecimiento del empresario —previa denuncia de sus herederos, o la disolución de cualquiera de las partes, si el empresario es persona jurídica⁹¹.

La mayoría de los contratos de *factoring* se pactan por un plazo determinado, que suele ser de un año, prorrogable automáticamente, salvo que las partes se opongan a ello. Transcurrido el plazo, el contrato se extinguirá salvo que alguna de las partes quiera continuar⁹².

Si se pacta por tiempo indefinido, supuesto infrecuente en la práctica, o la renovación posterior al vencimiento del plazo inicial no se hace por un plazo y puede entenderse renovado por tiempo indefinido (supuesto también infrecuente pero más posible en la práctica, cualquiera de las partes podrá denunciar unilateralmente el contrato, con el oportuno preaviso⁹³.

Sentado lo anterior, se debe aclarar que son ineficaces los pactos resolutorios por motivo del concurso. Así, el artículo 156 TRLC⁹⁴ (Principio general de vigencia de los contratos) sienta el criterio general de subsistencia de los contratos por la declaración de concurso dado que “*no es causa de resolución anticipada del contrato*”. Y que “*Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes*”. La Ley Concursal de 2003 acabó con la práctica generalizada en los clausulados generales de incluir la declaración de los procedimientos de insolvencia como causa de extinción contractual. Efecto este que no se prevé ni en la normativa concursal general, ni en la específica de la DA Tercera de la Ley 1/1999.

En relación con la resolución por incumplimiento, éste deberá ser grave y afectar a obligaciones fundamentales que impidan la realización de la función

del contrato⁹⁵. En los formularios generales se podrá prever de manear expresa que el ejercicio de la acción resolutoria requiera la previa notificación a la parte incumplidora para que, en el plazo establecido expresamente, se proceda a subsanar tal incumplimiento y también expresamente se podrá pactar la resolución como consecuencia del incumplimiento de determinadas obligaciones accesorias o de las principales, aunque no sea grave⁹⁶.

No será causa de resolución la falta de legitimidad de un crédito o la falta de pago del deudor salvo que se produzcan de manera reiterada o afecten a una suma relevante dentro de la cartera de créditos⁹⁷.

Tratándose de un contrato de tracto sucesivo, a falta de pacto, los efectos de la extinción del *factoring* serán *ex nunc*, de modo que dejará de producir efectos a futuro, pero serán eficaces y válidos los producidos hasta la fecha de extinción. Existiendo pacto expreso en contra, los efectos de la extinción se establecerán en función de la concurrencia de determinadas circunstancias —como la causa de la resolución, la clase de *factoring*, la fecha de vencimiento de los créditos— los efectos producidos por dicha extinción⁹⁸.

VII. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

I. El *factoring* es un contrato utilizado por las empresas, principalmente PYMES, como instrumento de financiación, dado que les permite contar con el anticipo de los créditos frente a sus clientes proporcionado por una sociedad de *factoring* (factor). Con este anticipo logran la entrada de dinero en caja (líquido), que contribuye a su salud financiera. El *factoring* también puede proporcionar la garantía del cobro de todos o parte de tales créditos por el factor o ambas cosas a la vez. Son muchas las ventajas que proporciona este contrato, de ahí su expansión creciente.

II. Uno de los elementos que caracterizan el *factoring* es el personal, atendida la especial condición que debe concurrir en ambas partes contratantes. Así, el factor debe ser un establecimiento financiero de crédito (EFC). Los EFC se rigen por un estatuto jurídico propio contenido en el título II de la Ley de 27 de abril de 2015, de fomento de la financiación empresarial, que ha sido desarrollado por el Real Decreto de 11 de febrero de 2020 sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito. En relación con la contraparte del factor, en la doctrina se ha señalado que debe tener la condición de empresario, sin que quepa incluir dentro de este concepto a quien realiza una actividad profesional, lo que se ha justificado por el tenor de la Disposición Adicional Tercera de la Ley de 5 de enero de 1999, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras, de aplicación al *factoring*, que en el apartado 1 exige “Que el cedente sea un empresario y los créditos cedidos procedan de su actividad empresarial”.

III. El Reglamento (UE) N.º 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado vincula el concepto de empresa al desarrollo de una actividad económica al margen de la forma jurídica adoptada y del carácter empresarial o profesional de ésta. Así, en el artículo 1 del Anexo I (Definición de PYME) señala: “*Se considerará empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán empresas las entidades que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar; así como las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular.* En España, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, que ha introducido un procedimiento de insolvencia especial para microempresas, se alinea con el Reglamento. En efecto, dentro de la regulación de este nuevo procedimiento, el apartado 1 del artículo 685 TRLC señala ahora: “*El procedimiento especial para microempresas será aplicable a los deudores que sean personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional*” y que reúnan determinadas características. No parece, por tanto, que puedan quedar excluidos del acceso al *factoring* los profesionales para quienes, además, puede resultar un instrumento útil en el desarrollo de su actividad.

IV. De origen anglosajón, como su nombre indica, el nacimiento del *factoring* se vincula a la práctica norteamericana. En el *factoring* el plazo de pago de las facturas juega un papel esencial dado que permite determinar el momento en que el factor puede exigir los créditos cedidos. Este plazo es el pactado por el empresario con cada cliente y, a falta de pacto, 30 días naturales después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, que puede extenderse, por acuerdo de las partes, hasta un máximo de 60 días naturales (art. 4 de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales). El Tribunal Supremo ha señalado que es la falta de pago, una vez expirado el plazo de pago, lo que determina que se incurra en mora, y el momento en que debe abonarse la cantidad de 40 euros que señala el artículo 8 de la Ley 3/2004, como gasto de cobro, generado con carácter automático. Este importe se refiere a cada una de las facturas que ha resultado impagada en el plazo previsto legal o contractualmente.

V. El *factoring* es un contrato atípico y mixto. Las distintas modalidades del contrato (con o sin recurso y/o, con o sin garantía) harán que prevalezca en la aplicación uno u otro régimen jurídico típico. Se puede decir que el *factoring* es un contrato mixto “modulable” puesto que permite combinar distintas prestaciones (módulos) y, en función de las que combine, surge una determinada variedad contractual a la que se aplica un determinado régimen jurídico. También la causa del contrato variará en

función de las prestaciones que las partes acuerden incluir en él, en especial, las del factor. Y, como el *factoring* se articula sobre la base de la cesión de los créditos, la causa condicionará, a su vez, el carácter con el que se realiza la cesión.

VI. Por lo anterior, si el factor se obliga a anticipar el pago los créditos cedidos sin asumir el riesgo de la insolvencia de los clientes del empresario, la causa del contrato será de financiación, aproximándose a la figura del descuento, idea que, como señala la doctrina, la refuerza el elemento remuneratorio. En este supuesto, la cesión tendrá carácter *pro solvendo*, lo que supone la plena transmisión del crédito cedido desde el acuerdo y la sujeción de dicha cesión a condición resolutoria, no suspensiva (STS 1086/2006 de 6 de noviembre de 2006). Y cuando el factor asume también el riesgo de insolvencia de dichos clientes (*factoring* sin recurso), la causa será mixta: de financiación y de garantía, equiparándose, por lo que respecta a la causa de garantía, a la figura del seguro de crédito. La cesión en este caso tendrá carácter *pro soluto*, al igual que si únicamente se acuerda la cobertura de la insolvencia sin obligación de anticipo. En ambos supuestos la cesión tiene plena eficacia traslativa (STS 1086/2006, de 6 de noviembre de 2006 con cita de otras). De este modo, el deudor cedido podrá oponer al cesionario las excepciones que derivan de la relación obligatoria con un carácter objetivo, entre las que se encuentran aquellas que condicionan el pago de la deuda, como ocurre con la cláusula de indemnidad patrimonial (STS 4275/2015 de 2 de septiembre de 2015).

VII. La cesión de los créditos en el *factoring* se puede configurar de dos modos diferentes: a) haciendo que el *factoring* opere como un mero contrato preliminar o preparatorio de cesiones posteriores, que se irán formalizando caso por caso, y b) haciendo que el *factoring* opere como una cesión global anticipada de créditos futuros. En el primer caso, que ha sido el más empleado en Derecho español, el *factoring* actúa como un contrato marco que produce efectos meramente obligacionales: el empresario se compromete a ceder los créditos afectados según vayan surgiendo, sin que el contrato suponga de por sí la cesión, y el factor se compromete a aceptar esas cesiones y, en su caso, anticipar el importe. Aquí, cada cesión, que deberá cumplir las exigencias legales de validez y eficacia, requiere una posterior declaración de voluntad de las partes. El segundo modelo es más acorde con la finalidad y funciones del *factoring*, pero atendido su escaso desarrollo normativo, debe abordarse como contrato atípico siendo las partes quienes diseñen la operación de acuerdo con sus conveniencias (STS 80/2003 de 11 de febrero de 2003). La transmisión de los créditos se producirá de manera automática una vez producido el hecho (nacimiento del crédito) o la condición (v. gr. la aprobación por el factor) a la que se sujeta el efecto traslativo. Esta segunda opción es más práctica y económica, y refuerza la posición del factor frente a terceros. La eficacia traslativa plena de la cesión se produce en ambos supuestos.

VIII. El contrato de *factoring* conlleva obligaciones para ambas partes. El factor se obliga a abonar al empresario el importe de los créditos cobrados, una vez deducidos los anticipos, los intereses y los eventuales cargos por las demoras en los cobros. Para ello necesita asumir la obligación primaria de gestión del cobro de los créditos cedidos, que conlleva para ambas partes otras obligaciones asociadas a ella, como la de proporcionar la información necesaria para el empresario, y la de actuar con la diligencia requerida en el cobro de dichos créditos para el factor. Pero lo que caracteriza este contrato es la obligación de financiación de los créditos que le transmite el empresario anticipando su importe antes del vencimiento, con la correspondiente deducción de intereses. Y, además, la posible obligación de cobertura del riesgo de insolvencia de los clientes del empresario abonándole el importe de los créditos que resulten impagados.

IX. El empresario contratante debe proporcionar al factor toda la información pertinente para la correcta evaluación del riesgo por parte éste. También se obliga a ceder los créditos que ostenta frente a sus clientes. A la cesión se aplicará lo dispuesto por las partes en el contrato y, en su defecto, las normas del Código de comercio y del Código civil, que son normas similares. La cesión llevará aparejada la de todos sus derechos accesorios como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio, efecto este que puede resultar problemático y que en ocasiones omiten los formularios. También debe satisfacer el precio por las prestaciones asumidas por el factor. El precio variará en función del número y tipo de tales prestaciones (gestión, financiación y/o garantía), del tiempo por el que se soliciten y del volumen de créditos afectados y comprende dos conceptos: las comisiones asociadas al contrato (tarifa) y los intereses por los anticipos y las eventuales demoras. Los formularios también suelen incorporar la obligación del empresario de comunicar al factor cualquier circunstancia que afecte a los créditos cedidos o a los deudores incluidos en el contrato, y el acceso de éste a su contabilidad.

X. El *factoring* se extingue por las causas generales de extinción del contrato. Si bien, de acuerdo con el artículo 156 TRLC, serán ineficaces los pactos resolutorios por motivo del concurso. Por lo que respecta a la resolución por incumplimiento, éste deberá ser grave y afectar a obligaciones fundamentales que impidan la realización de la función del contrato. Por ello, no será causa de resolución la falta de legitimidad de un crédito o la falta de pago del deudor salvo que se produzcan de manera reiterada o afecten a una suma relevante dentro de la cartera de créditos. Siendo un contrato de tracto sucesivo, a falta de pacto, los efectos de la extinción serán *ex nunc*, de modo que dejará de producir efectos a futuro, pero serán eficaces y válidos los producidos hasta la fecha de extinción. Y si existe pacto expreso en contra, los efectos de la extinción se determinarán en función de las circunstancias concurrentes, como cuál sea la causa de la resolución, la clase de *factoring* o la fecha de vencimiento de los créditos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

- ALCOVER GARAU, G. (2000). *Factoring y quiebra (Notas críticas a la disposición adicional tercera de la Ley 1/199, de 5 de enero, reguladora de las entidades capital-riesgo y de sus sociedades gestoras)*. Edit.: Civitas.
- ARIAS VARONA, F. J. (2007). El contrato de factoring. En Sequeira Martín, A./Gadea Soler, E./ Sacristán Bergia, F (dirs.). *La contratación bancaria*. Edit.: Dykinson, pp. 840-877.
- AZNAR DOMINGO, A./ HERNÁNDEZ GARCÍA, P. (2021). Los contratos atípicos: especial consideración al contrato de *factoring* y *engineering*. *Actualidad Civil*, N.º 12, Sección Derecho de los contratos/A fondo.
- AZNAR DOMINGO, A. (2017). El contrato de factoring. Disponible en <http://docencia.aznar-abogados.com/modules.php?name=News&file=article&sid=680>.
- CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. (2001). Contrato de *factoring* y contrato de descuento (Comentario a la STS de 2 de febrero de 2001). *Actualidad Civil*, N.º 29, pp. 1051-1056.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. (2022). Contratos y mercados financieros I. En Menéndez Menéndez, A. (dir.), Rojo Fernández Río, A. J. (dir.). *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II. 20ª ed. Los contratos bancarios (I)*, pp. 183-210.
- DUTREY GUANTES, Y. (2000). *El contrato internacional de factoring*. Edit.: Universidad Complutense.
- EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M. De (1988). Factoring. *Revista de derecho mercantil*, N.º 187-188, pp. 35-92
- (1990). Aspectos jurídicos del “factoring”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Año n.º 10, N.º 40, pp. 835-852.
- (1992). Voz “Factoring”. En *Enciclopedia Jurídica Básica*. Edit.: Civtas, p. 1420.
- (2003). Las vicisitudes del *factoring* en la jurisprudencia y en la legislación recientes. *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 50, pp. 1385 y ss.
- FAUS PUJOL, F. (2023). Cesión de bienes para pago. *VLex Práctico Obligaciones y contratos*.
- GADEA SOLER, E. (2011). XII. El contrato de confirming. En Sacristán Bergia, F. (coord.), *Contratación bancaria: Cuaderno II*, Edit. Dykinson, pp. 149-165.
- GARBAYO BLANCH, J. (2007). El contrato de confirming. En Gadea Soler, E./Sequeira Martín, A.J. (coord.) *La contratación bancaria*. Edit.: Dykinson.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (1990). *El contrato de factoring*. Edit.: Tecnos.
- (2007). La cesión de créditos. y El contrato de “factoring”. En Bercovitz Rodríguez-Cano, A./Calzada Conde, M. A. (dirs.). *Contratos mercantiles*. Edit.: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 810-839 y 926-964.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (1996). *Contrato de factoring y cesión de créditos (2ª ed.)*. Edit.: Civitas.
- GARCÍA SOLÉ, F. (1992). El contrato de *factoring* y sus garantías: la crisis del contrato de *factoring*. Aspectos procesales y concursales. En *Jornadas sobre factoring*. Coord. Universidad Complutense de Madrid, pp. 161-185.
- (1999). El *factoring* en la práctica. Aspectos generales. En García Villaverde, R. (coord.). *Contrato de factoring*. Edit.: McGraw Hill.
- GARCÍA VILLAVERDE, R. (2000). Quiebra y contrato de factoring. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, N.º 33, pp. 11-38.

- (1999). Introducción, y Derecho español: naturaleza jurídica. En García Villaverde, R. (coord.). *El contrato de factoring*. Edit.: McGraw Hill, pp. 1-22 y 368-374.
- GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. (2009). Contrato de factoring. En De la Cuesta Rute, J.M. (dir.). *Contratos mercantiles*. Edit. Bosch, 2ª ed. pp. 1225-1282.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, B. (2014). Cesión de créditos futuros *pro solvendo*: eficacia traslativa y alcance de la resistencia al concurso del cedente. Nota de jurisprudencia sobre la STS de 6 de noviembre de 2013 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo). *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, fasc. II, pp. 701 a 712.
- GRIMALDOS GARCÍA, M.I. (2011). *El contrato de confirming*. Edit.: Comares.
- GÓMEZ MENDOZA, M. (1999). Derecho español: obligaciones de la empresa de *factoring*. En García Villaverde, R. (coord.). *El contrato de factoring*. Edit.: McGraw Hill España, pp. 296-303.
- LEÓN SANZ, F.J./RECALDE CASTELLS, A. (2005). Concurso y *factoring*. *Anuario de Derecho Concursal*, pp. 65-115.
- NAVARRO LÉRIDA, M. S. (2013). Contrato de “confirming” y reconocimiento de créditos en caso de declaración de concurso del deudor. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Vol. 32 Núm. 129, pp. 277-294.
- RECALDE CASTELLS, A. (1998). Naturaleza y efectos de los contratos de crédito mediante anticipos o descuentos de créditos en cuenta corriente. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, N.º 26, pp. 56 y ss.
- ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, J. A. (2021). El confirming. En Camacho de los Ríos, F.J./Espigares Huete, J.C./Velasco Fabra, G. J. (dirs.) *Análisis crítico de los derechos de garantía en el tráfico mercantil*. Edit.: Aranzadi, pp. 1063-1084.
- ROCA GUILLAMÓN, J. (1976). *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español*. Editoriales de Derecho Reunidas.
- SÁNCHEZ CALERO, F. (2008). *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. II, Edit.: McGraw-Hill.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan (2015): “La reforma del régimen de los establecimientos financieros de crédito” *RDBB*, Año nº 34, N.º 138, págs. 298-299.
- SEQUEIRA MARTÍN, A. (1999). Derechos y obligaciones del cliente. En García Villaverde, R. (coord.) *Contrato de factoring*. Edit.: McGraw Hill, pp. 304-328.
- TORRUBIA CHALMETA, B. (2023). La prohibición de pacto comisorio en los contratos de garantía: justificación y alcance. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N.º 797, pp. 1393-1443.
- VARA DE PAZ, N. (1999). Extinción del contrato. La quiebra en particular. En García Villaverde, R. (coord.) *Contrato de factoring*. Edit.: McGraw Hill, pp. 331-368.
- VICENT CHULIÁ, F. (2008). *Introducción al Derecho mercantil*. Edit.: Tirant Lo Blanch.

IX. INDICE DE RESOLUCIONES JURISPRUDENCIALES.

Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública:

- RDGSJFP de 9 de junio de 2021.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- STJUE de 13 de septiembre de 2018 (asunto C-287/17).

Audiencia Nacional:

- SAN C-A 958/2022 de 9 de marzo de 2022.

Tribunal Supremo:

- STS 581/2023, de 20 de abril de 2023.
- STS 4581/2022, de 5 de diciembre de 2022.
- STS 37/2022, de 19 de enero de 2022.
- STS C-A 2343/2021, 8 de junio de 2021.
- STS C-A 1820/2021, de 4 de mayo de 2021.
- STS 1084/2021, de 25 de marzo de 2021.
- STS 427/2021, de 24 de marzo de 2021.
- STS 94/2019, 31 de enero de 2019.
- STS 895/2017 de 8 de marzo de 2017.
- STS 4275/2015 de 2 de septiembre de 2015.
- STS 62/2014, de 25 de febrero de 2014 con referencia a las anteriores SSTS de 27 de junio de 2003, 5 de marzo de 2004, 4 de diciembre de 2007 y 2 de febrero de 2001, de las que se separa.
- STS 650/2013, de 6 de noviembre de 2013.
- STS 58/2013 de 25 de febrero de 2013.
- STS 702/2012 de 28 de noviembre de 2012.
- STS 613/2008, 2 de julio de 2008.
- STS 1086/2006 de 6 de noviembre de 2006.
- STS de 8 de marzo de 2005.
- STS 957/2004, de 6 de octubre de 2004.
- STS 8 de mayo de 2004.
- STS 24 de enero de 2003.
- STS 195/2003 de 28 de febrero de 2003.
- STS 80/2003 de 11 de febrero de 2003.
- STS 67/2001 de 2 de febrero de 2001.
- STS 18 de enero de 2001.

Audiencias provinciales:

- SAP de Lleida, sec. 2, de 2 de junio de 2023.
- SAP de Asturias, sec. 7, de 1 de junio de 2022.
- SAP Barcelona, sec. 19 de 31 de enero de 2020.
- SAP de Madrid, sec.19 de 19 de septiembre de 2018.
- SAP Madrid 10 de julio de 1998.

NOTAS

¹ VICENT CHULIÁ, F. (2008). *Introducción al Derecho mercantil II*. Edit: Tirant Lo Blanch, p. 266, y GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (1996). *Contrato de factoring y cesión de créditos* (2ª ed.). Edit: Civitas, p. 50 para quienes el *factoring* es una forma de financiación que proporciona al empresario una gran liquidez, muy flexible, sin especiales exigencias de garantía y sin gravar su pasivo, de forma que no perjudican su capacidad de endeudamiento por otras vías. En igual sentido, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009). *Contrato de factoring*. En De la Cuesta Rute, J.M. (dir.) *Contratos mercantiles*. Edit: Bosch, 2ª ed., p. 1262.

² GARCÍA VILLAVERDE, R. (2000). Quiebra y contrato de *factoring*. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, N.º 33, p. 17.

³ ARIAS VARONA, F. J. (2007). El contrato de factoring. En Sequeira Martín, A./Gadea Soler, E./ Sacristán Bergia, F. (dirs.) *La contratación bancaria*. Edit: Dykinson, p. 850.

⁴ La Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE) es un registro en el que figuran la inmensa mayoría de los préstamos, créditos y avales que las entidades financieras tienen con sus clientes cuando su importe es superior a 6.000 €. Esta herramienta ayuda a estas entidades a decidir sobre la concesión o no de un préstamo basándose en la solvencia del demandante.

⁵ El documento SEPA *Single Euro Payments Area* (Zona Única de Pagos en Euros), también conocido como mandato SEPA u orden de domiciliación de adeudo directo, es un acuerdo entre quien realiza un pago por la prestación de un servicio y el que lo recibe. El Reglamento (UE) 260/2012 del Parlamento europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, por el que se establecen requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, regula las disposiciones para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros en la Unión, cuando el proveedor de servicios de pago del ordenante y el del beneficiario estén radicados en la Unión, o cuando el único proveedor de servicios de pago que intervenga en la operación de pago esté radicado en la Unión. La zona SEPA incluye 36 países: Los 27 Estados miembros de la Unión Europea; Gran Bretaña; los 3 países del Espacio Económico Europeo, Andorra, Mónaco, San Marino, Suiza y Ciudad del Vaticano.

⁶ Datos del PIB obtenidos en la página web del Instituto Nacional de Estadística (INE): https://www.ine.es/prensa/pib_tabla_cne.htm.

⁷ Datos obtenidos en la página web de la Asociación española de *factoring*: <https://www.factoringasociacion.com/factoring>

⁸ Datos obtenidos en la página web de la Asociación española de *factoring*: <https://www.factoringasociacion.com/factoring>. En el ámbito de la contratación internacional, se habla de *factoring* de exportación cuando el factor está establecido en el mismo país que el empresario y éste le cede créditos de deudores ubicados en otro país, y de *factoring* de importación cuando el factor se halla establecido en el mismo país que los deudores cuyos créditos le cede el empresario.

⁹ En la doctrina se apuntan como principales inconvenientes el posible rechazo por los clientes del empresario y la pérdida de autonomía en la gestión empresarial. Vid. VICENT CHULIÁ, F. (2008). *Introducción*, cit. pp. 266-267, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (1990). *El contrato de factoring*. Edit.: Tecnos, pp. 46 y ss, GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (1996). *Contrato de factoring y cesión de créditos* (2ª ed.), Edit.: Civitas, pp. 42-43, y GARCÍA SOLÉ, F. (1999). *El factoring en la práctica. Aspectos generales*. En García Villaverde, R. (coord.). *Contrato de factoring*. Edit.: McGraw Hill. pp. 233 y ss.

¹⁰ Los establecimientos financieros de crédito (EFC) surgieron como nueva categoría de entidad financiera con la DA primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, y su régimen jurídico se desarrolló por el Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito. En su origen, estos establecimientos se caracterizaron por: a) ser los sustitutos de las entidades de crédito de ámbito operativo limitado, b) realizar una o varias de las actividades típicas de las entidades de crédito (concesión de préstamos y créditos, *factoring*, arrendamiento financiero, emisión y gestión de tarjetas de crédito y concesión de avales y garantías), y c) contar con el estatuto de entidad de crédito, aunque se les prohibía expresamente la captación de fondos reembolsables del público. El Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012, restringió la condición de entidad de crédito a aquellas entidades que realizan la actividad de captación de depósitos. Consecuentemente, el 1 de enero de 2014 los EFC españoles perdieron la consideración de entidades de crédito mediante el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras. Esta norma, para evitar consecuencias indeseadas, estableció en su DT segunda un nuevo régimen específico para los EFC con carácter provisional y hasta que se aprobase uno nuevo.

¹¹ Como algunos EFC tenían naturaleza de entidad de crédito, asumieron actividades de servicios de pago o emisión de dinero electrónico, que estaban reservadas a entidades de crédito y entidades de servicios de pago o de dinero electrónico. Con la pérdida de la condición de entidad de crédito resultaba necesario contar con una regulación para esta figura híbrida de cara a garantizar la seguridad jurídica en su actuación. Sin embargo, aun cuando la Ley 5/2015 lo previó, no hubo desarrollo reglamentario lo que generó inseguridad jurídica (los EFC estaban sujetos a un régimen asimilable al de las entidades de crédito, sin la adecuada adaptación a la naturaleza de su negocio), y problemas de interpretación al supervisor y a las propias entidades. Vid. a este respecto SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2015). La reforma del régimen de los establecimientos financieros de crédito. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, pp. 298-299.

¹² Real Decreto 309/2020, de 11 de febrero, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito y por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, y el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Esta norma deroga el anterior Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito.

¹³ El art. 10 (Requisitos para ejercer la actividad) del RD 309/2020, de 11 de febrero establece los presupuestos necesarios para obtener y conservar la autorización de un EFC que son: a) Revestir la forma de sociedad anónima constituida por el procedimiento de fundación simultánea y con duración indefinida; b) Tener un capital social mínimo de 5 millones de euros, desembolsado íntegramente en efectivo y representado por acciones nominativas; c) Limitar estatutariamente su objeto social a las actividades propias de un establecimiento financiero de crédito salvo para las empresas autorizadas como entidades híbridas en los casos previstos en el artículo 11 de la Ley 5/2015, de 27 de abril, y en este real decreto; d) Que los accionistas titulares de participaciones significativas o, en su defecto, los veinte mayores accionistas

sean considerados idóneos, de acuerdo con los factores previstos en el artículo 6.1.b) del RD 84/2015, de 13 de febrero. Se entenderá por participación significativa aquella que cumpla con los términos previstos en el artículo 16 de la Ley 10/2014, de 26 de junio. La idoneidad se apreciará siguiendo lo establecido en el artículo 6.1.b) del RD 84/2015; e) Contar con un consejo de administración formado como mínimo por tres miembros; f) Contar con una adecuada organización administrativa y contable, así como con procedimientos de control internos adecuados que garanticen la gestión sana y prudente de la entidad. En especial, el consejo de administración deberá establecer normas de funcionamiento y procedimientos adecuados para facilitar que todos sus miembros puedan cumplir en todo momento sus obligaciones y asumir las responsabilidades que les correspondan de acuerdo con las normas de ordenación y disciplina de los establecimientos financieros de crédito, el TR de la Ley de Sociedades de Capital, u otras disposiciones de aplicación; g) Contar con un departamento o servicio de atención al cliente que atienda y resuelva las quejas y reclamaciones que sus clientes les presenten, relacionadas con sus intereses y derechos legalmente reconocidos. Los establecimientos financieros de crédito que formen parte del mismo grupo económico podrán disponer de un departamento o servicio de atención al cliente único para todo el grupo. A los efectos de lo establecido en esta letra se entenderá que existe grupo cuando se den las condiciones establecidas en el artículo 42 CCom; h) Tener su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección en territorio nacional; i) Contar con procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación para prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales, en las condiciones establecidas en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, y el RD 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010; j) No reservar a los fundadores ventaja o remuneración especial alguna.

¹⁴ El art. 3 se ubica en el título preliminar del RD 309/2020 que contiene las disposiciones generales, objeto, ámbito de aplicación y régimen jurídico. Los arts. 4 y 6 se encuentran en el capítulo I (Definición y actividades de los establecimientos financieros de crédito) del título I referido a los requisitos de actividad y dividido en cinco capítulos. El capítulo II regula la autorización, registro y actividad de los establecimientos financieros de crédito, y desarrolla el nuevo procedimiento de autorización de estas entidades que, con la aprobación de la Ley 5/2015, pasó a ser competencia de la persona titular del Ministerio de Economía y Competitividad, en la actualidad del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. También recoge la regulación de la autorización de las entidades híbridas y de la actividad transfronteriza y el régimen de apertura de oficinas y la actuación mediante agentes. Los capítulos III, IV y V se refieren, respectivamente, al régimen de participaciones significativas, a los requisitos de idoneidad y a los principios de gobierno corporativo y política de remuneraciones. El título II contiene los requisitos en materia de solvencia y conducta exigibles a los establecimientos financieros de crédito y a los grupos o subgrupos consolidables de establecimientos financieros de crédito con matriz en España y se remite, con carácter general, a la normativa de entidades de crédito. El art. 30 establece para los establecimientos financieros de crédito una novedad: un colchón de liquidez que deben mantener para hacer frente a sus salidas de liquidez durante un periodo suficientemente amplio de tensión en los mercados financieros. Este colchón es parecido a la ratio de cobertura de liquidez exigido a las entidades de crédito. También es nueva la obligación de mantener una estructura adecuada de fuentes de financiación y de vencimientos de activos, pasivos y compromisos. El art. 31 establece las obligaciones de información en materia de solvencia basadas en las obligaciones de información de las entidades de crédito, aunque con menor frecuencia. Por lo tanto, los establecimientos financieros de crédito quedan

sujetos a requisitos de prudencia equiparables a los aplicados a las entidades de crédito en términos de solidez, con lo que conforme al artículo 119.5 del Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, las exposiciones de las entidades de crédito frente a los establecimientos financieros de crédito se tratarían igual que las exposiciones frente a otras entidades de crédito. Por último, el título III, establece el régimen de control e inspección del Banco de España sobre los establecimientos financieros de crédito y los grupos o subgrupos consolidables de establecimientos financieros de crédito con matriz en España. El real decreto contiene cuatro disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y cinco disposiciones finales. Las DF primera y segunda realizan ajustes técnicos en la regulación relativa al Registro Mercantil en relación con la figura de los establecimientos financieros de crédito. Así, la DF primera modifica el Reglamento del Registro Mercantil, con objeto de clarificar que la norma resulta de aplicación también a los establecimientos financieros de crédito. Y la DF segunda modifica el RD 84/2015 para regular la inscripción de la caducidad en el Registro Mercantil.

¹⁵ El artículo 21.1 del RD 309/2020, de 11 de febrero señala: “*Corresponde al Banco de España, previo informe del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, en los aspectos de su competencia, la autorización para:*

a) La creación de un establecimiento financiero de crédito híbrido que realice simultáneamente las actividades previstas en el artículo 6.1 de la Ley 5/2015, de 27 de abril y las propias de una entidad de pago o la emisión de dinero electrónico, según el caso.

b) Que un establecimiento financiero de crédito ya autorizado pueda prestar servicios de pago o emitir dinero electrónico.

c) Que una entidad de pago o de dinero electrónico ya autorizada que así lo solicite pueda realizar alguna de las actividades previstas en el artículo 6.1 de la Ley 5/2015, de 27 de abril.”

¹⁶ EIZAGUIRRE, J.M. De (1992). Voz “Factoring”. *Enciclopedia Jurídica Básica*. Edit.: Civitas, p. 1420.

¹⁷ La DA 3ª de la Ley 1/1999 fue modificada por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. La Ley 30/2007 fue derogada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, a su vez derogado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

¹⁸ Crítica ALCOVER GARAU, G. (2000) que la DA tercera de la Ley 1/1999, dentro del régimen jurídico de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras, regula algo que nada tiene que ver con ellas: el régimen de determinadas cesiones de créditos que caracterizan el contrato mercantil de *factoring*. *Factoring y quiebra* (Notas críticas a la disposición adicional tercera de la Ley 1/199, de 5 de enero, reguladora de las entidades capital-riesgo y de sus sociedades gestoras). Edit.: Civitas, p. 8.

¹⁹ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009). *Contrato*, cit. p. 1254.

²⁰ ARIAS VARONA, F. J. (2007). *El contrato*, cit. p. 850.

²¹ El artículo 2 (Efectivos y límites financieros que definen las categorías de empresas) del Anexo I del Reglamento (UE) N° 651/2014 establece:

1. *La categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones EUR o cuyo balance general anual no excede de 43 millones EUR.*

2. *En la categoría de las PYME, se define pequeña empresa como una empresa que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones EUR.*

3. En la categoría de las PYME, se define microempresa como una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones EUR.

En este contexto cabe señalar que, debido a la inflación registrada en los últimos 10 años, la Directiva Delegada (UE) 2023/2775 de la Comisión de 17 de octubre de 2023 ha ajustado y redondeado en un 25% los umbrales numéricos de clasificación por tamaño de empresa de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al ajuste de los criterios de tamaño de las empresas o grupos de tamaño micro, pequeño, mediano y grande. Así, se consideran microempresas, las que, en la fecha de cierre del balance, no rebasen los límites numéricos de por lo menos dos de los tres criterios siguientes: 450.000 euros de balance total, 900.000 euros de volumen de negocios neto y 10 empleados de media durante el ejercicio, y pequeñas empresas las que, en la fecha de cierre del balance, no rebasen los límites numéricos de por lo menos dos de los tres criterios siguientes: 5.000.000 euros de balance total, 10.000.000 euros de volumen de negocios neto y 50 empleados de media durante el ejercicio. Los objetivos de la de la Directiva 2013/34/UE son facilitar la inversión transfronteriza y mejorar en la Unión la comparabilidad de los estados financieros y los informes, así como la confianza del público en estos, mediante una información específica de mayor calidad y coherencia.

²² La Ley 16/2022 presta especial atención a las microempresas que, tal y como señala, constituyen en torno al 94% de las empresas españolas, y para las que los instrumentos hasta entonces previstos no han funcionado satisfactoriamente: los acuerdos extrajudiciales de pago han sido escasamente usados y el concurso supone elevados costes fijos que acaban con los escasos recursos disponibles para los acreedores.

²³ Para que las microempresas puedan recurrir al procedimiento especial deben: “1.ª Haber empleado durante el año anterior a la solicitud una media de menos de diez trabajadores. Este requisito se entenderá cumplido cuando el número de horas de trabajo realizadas por el conjunto de la plantilla sea igual o inferior al que habría correspondido a menos de diez trabajadores a tiempo completo.

2.ª Tener un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud.” (art. 685.1 TRLC).

²⁴ En Derecho español, la regulación del trabajo por cuenta propia o autónomo principalmente en el Estatuto del trabajo autónomo aprobado por la Ley 20/2007, de 11 de julio se alinea con las anteriores consideraciones al señalar en el artículo 1 (ámbito de aplicación subjetivo) que se incluyen “las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”.

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (1996) lo define como “contrato por el cual un empresario transmite los créditos comerciales que ostenta frente a su clientela a otro empresario especializado (la sociedad de factoring) que se compromete a cambio a prestar una serie de servicios respecto de los mismos”. *Contrato*, cit. p. 41.

²⁶ GARCÍA-CRUCES, J.A. (1990). *El contrato* cit, p. 23, y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009). *El contrato*, cit. p. 1225.

²⁷ DUTREY GUANTES, Y. (2000) sitúa el origen del factoring en la época de los fenicios y cartaginenses, conocidos por su gran actividad comercial, cuando se dieron cuenta de lo cómodo que era confiar a los agentes locales la responsabilidad de las operaciones comerciales. *El contrato internacional de factoring*. Edit.: Universidad complutense, p. 30. Y para AZNAR DOMINGO, A./HERNÁNDEZ GARCÍA, P. (2021) los antecedentes claramente identificables

del *factoring* con la modalidad actual de la figura no se desarrollan hasta la época colonial donde los agentes ofrecían a los fabricantes alejados del lugar de venta la gestión de sus negocios de otro modo irrealizables. Los contratos atípicos: especial consideración al contrato de *factoring* y *engineering*. *Actualidad Civil*, N.º 12. Sección Derecho de los contratos.

²⁸ AZNAR DOMINGO, A. (2017): El contrato de *factoring*. Disponible en <http://docencia.aznar-abogados.com/modules.php?name=News&file=article&sid=680>.

²⁹ AZNAR DOMINGO, A./HERNÁNDEZ GARCÍA, P. (2021). Los contratos, cit. y DUTREY GUANTES, Y. (2000) señala que la figura del *factoring* no adquiere relevancia en España hasta mediados del siglo XX, cuando se constituyen en Cataluña las sociedades Internacional Factors Española S.A.; *Transfactor* S.A., y *Heller Factoring* Española S.A. *El contrato*, cit. p. 33.

³⁰ La Ley 3/2004 de 29 de diciembre estableció por primera vez en Derecho español un plazo de pago para las facturas. En su primitiva redacción lo sujetó a la libertad de las partes, si bien, siempre dentro de un máximo de 30 días naturales. Posteriormente, la Ley 15/2010 de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, amplió este plazo de pago hasta los 60 días naturales. El art. 4 fue nuevamente modificado por el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo y, luego por la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo que le dio su redacción actual. Señala este precepto (Determinación del plazo de pago):

“1. El plazo de pago que debe cumplir el deudor, si no hubiera fijado fecha o plazo de pago en el contrato, será de treinta días naturales después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, incluso cuando hubiera recibido la factura o solicitud de pago equivalente con anterioridad.

Los proveedores deberán hacer llegar la factura o solicitud de pago equivalente a sus clientes antes de que se cumplan quince días naturales a contar desde la fecha de recepción efectiva de las mercancías o de la prestación de los servicios.

Cuando en el contrato se hubiera fijado un plazo de pago, la recepción de la factura por medios electrónicos producirá los efectos de inicio del cómputo de plazo de pago, siempre que se encuentre garantizada la identidad y autenticidad del firmante, la integridad de la factura, y la recepción por el interesado.

2. Si legalmente o en el contrato se ha dispuesto un procedimiento de aceptación o de comprobación mediante el cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato, su duración no podrá exceder de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de los bienes o de la prestación de los servicios. En este caso, el plazo de pago será de treinta días después de la fecha en que tiene lugar la aceptación o verificación de los bienes o servicios, incluso aunque la factura o solicitud de pago se hubiera recibido con anterioridad a la aceptación o verificación.

3. Los plazos de pago indicados en los apartados anteriores podrán ser ampliados mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales.

4. Podrán agruparse facturas a lo largo de un período determinado no superior a quince días, mediante una factura comprensiva de todas las entregas realizadas en dicho período, factura resumen periódica, o agrupándolas en un único documento a efectos de facilitar la gestión de su pago, agrupación periódica de facturas, y siempre que se tome como fecha de inicio del cómputo del plazo la fecha correspondiente a la mitad del período de la factura resumen periódica o de la agrupación periódica de facturas de que se trate, según el caso, y el plazo de pago no supere los sesenta días naturales desde esa fecha.”

³¹ El Tribunal Supremo también entiende que no concurre ninguna razón para considerar que la indicada cantidad fija de 40 euros únicamente se devenga en cada reclamación de pago presentada en vía administrativa, aunque agrupe miles de facturas respecto de las cuales el deudor ya incurrió en mora en cada una de ellas, puesto que sería una suerte de tasa por la redacción del escrito de reclamación en vía administrativa, lo que no se compadece ni con la Ley 3/2004 ni con la Directiva 2011/7/UE. Y señala que la propia Directiva, en el considerando 18, se recrea en las facturas como elemento medular del sistema que alumbra, al señalar que “ las facturas equivalen a solicitudes de pago y constituyen documentos relevantes en la cadena de operaciones para el suministro de bienes y servicios, en particular, para determinar el plazo límite de pago”, cuyo exceso determina la mora. De modo que la presentación de la factura y su falta de pago en plazo determina el pago automático de la cantidad de 40 euros, sin necesidad de la presentación posterior de la reclamación de la deuda principal e intereses en sede administrativa.

³² La SAN C-A 958/2022, de 9 de marzo de 2022 estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto BFF Finance Iberia, SAU, contra la inactividad del Ministerio del Interior en cuanto al abono costes de cobro por cuantía de 680 euros pendientes de las cantidades reconocidas y abonadas por la Administración. Por su parte, las SSTS 4581/2022 de 5 de diciembre de 2022; 427/2021, de 24 de marzo de 2021, y 37/2022, de 19 de enero de 2022 han señalado que es criterio de la Sala considerar procedente incluir la cuota del IVA en la base para el cálculo de los intereses de demora, en el pago de facturas derivadas de contratos administrativos.

³³ Así lo señala GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009). Contrato, cit. pág. 1239. Para un estudio de estas teorías vid. GARCÍA-CRUCES, J. A. (1990). *El contrato*, cit. pp. 139 y ss.

³⁴ VARA DE PAZ, N. (1999) califica el *factoring* de gestión de negocios ajenos, por la importancia que puede llegar a tener la gestión de cobros, y, con el anterior régimen de quiebra proclamaba, a falta de pacto, la aplicación del régimen dispuesto para la comisión (art. 280 CCom). Extinción del contrato. La quiebra en particular. En García Villaverde, R. (coord.). *El contrato de factoring*. Edit.: Mc Graw Hill, p. 355.

³⁵ EIZAGUIRRE, J.M. De (1992). Voz “Factoring”, cit., p. 3051 y con reservas sobre el carácter mixto, GARCÍA VILLAVERDE, R. (1999). Derecho español: naturaleza jurídica. En García Villaverde, R. (coord.). *El contrato de factoring*. Edit.: McGraw Hill. p. 373. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. (2009) entiende que la atipicidad y la variedad de funciones del contrato hacen que se deba acudir a las específicas estipulaciones en cada caso concreto para saber exactamente cuáles son las prestaciones a las que se obligan las partes (con cita de las SSTS 11.02.2003 y 28.02.2003). *El contrato*, cit. p. 1234.

³⁶ De contrato complejo lo califica SÁNCHEZ CALERO, F. (2008). *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. II, Edit. McGraw-Hill, p. 182.

³⁷ ARIAS VARONA, F.J. (2007) quien, además, considera que la coordinación entre las diferentes reglas de los contratos típicos aplicables se resolverá sobre la base de “la función perseguida por las partes con el nuevo contrato” (citando a GARCÍA VILLAVERDE, R. (1999). Introducción. En García Villaverde, R. (coord.). *El contrato de factoring*. Edit.: Mc Graw Hill, p. 9). *El contrato*, cit. p. 847.

³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (1996) señala que el problema de aplicación normativa a falta de previsión por las partes resulta notablemente paliado, sino eliminado completamente, en contratos como el *factoring*, donde los clausulados son tan exhaustivos que difícilmente permiten la aplicación supletoria de norma alguna. Contrato, cit. p. 111. Para un desarrollo histórico de la normativa en materia de *factoring* vid. GARCÍA SOLÉ, F. (1992). *El contrato de*

factoring y sus garantías: la crisis del contrato de *factoring*. Aspectos procesales y concursales. En *Jornadas sobre factoring*. Coord. Universidad Complutense de Madrid, pp. 163 y ss.

³⁹ En su faceta objetiva, la causa en la compraventa es el intercambio de una cosa por precio, en la enfitéusis, la cesión de facultades dominicales de una finca a cambio de un canon anual). Este es el sentido del artículo 1.274 CC. (STS 17 diciembre 2004), y al que se aplican los requisitos de existencia y veracidad. Y, en su faceta subjetiva, la causa de la compra de un terreno será, por ejemplo, construir en él un vivero, y la de la constitución de enfitéusis será, por ejemplo, afrontar gastos con el canon. Este es el sentido al que se aplica el requisito de la licitud. Para un mayor desarrollo de la causa como criterio para determinar la licitud o ilicitud de los negocios jurídicos nos remitimos a TORRUBIA CHALMETA, B. (2023). La prohibición de pacto comisorio en los contratos de garantía: justificación y alcance. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 797, pp. 1393-1443.

⁴⁰ En este sentido, GARCÍA VILLAVERDE, R. (1999) señala que la naturaleza atípica y mixta se debe completar con las que correspondan según el tipo de prestaciones asumidas, fundamentalmente, por la entidad de *factoring*. Derecho, cit. p. 368.

⁴¹ En la doctrina, de cara a resolver el valor o eficacia de las cesiones, GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (1996) ha propuesto acudir a la causa en relación con las distintas funciones que puede desempeñar el *factoring*. *Contrato*, cit. pp. 113 y ss. En contra GARCÍA CRUCES, J.A. (1990). *El contrato*. cit. pp. 159 y ss. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009) considera que en el *factoring* la cesión de créditos se presenta, en principio, siempre como definitiva o con plenos efectos traslativos perdiendo el cliente cualquier poder de administración, gestión o disposición sobre los créditos. La causa de la atribución patrimonial es “la transmisión de un crédito para su sometimiento a factorización”, es decir, a la prestación por el factor de los “servicios de *factoring*” pactados” (con cita de SEQUEIRA MARTÍN, A. (1999). Derechos y obligaciones del cliente. En García Villaverde, R. (coord.) *Contrato de factoring*. Edit.: McGraw Hill, pp. 309 y 314). *El contrato*, cit. p. 1241.

⁴² GARCÍA VILLAVERDE, R. (1999), Derecho español, cit., p. 374; EIZAGUIRRE, J.M. De (2003). Las vicisitudes del *factoring* en la jurisprudencia y en la legislación recientes. *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 50, p. 1407, y LEÓN SANZ, F.J./RECALDE CASTELLS, A. (2005). Concurso y *factoring*. *Anuario de Derecho Concursal*, N.º 4, p. 70.

⁴³ ARIAS VARONA F. J. (2007). *El contrato*, cit. p. 849 y con reservas, GARCÍA VILLAVERDE, R. (1999). Derecho español, cit., p. 374 y GARCÍA SOLÉ, F. (1992). *El contrato*, cit. p. 346.

⁴⁴ FAUS PUJOL, F. (2023), a propósito de la definición de la STS 613/2008 de 2 de julio de 2008, señala que la cesión de bienes así entendida supone que el deudor entrega sus bienes a los acreedores para que éstos los liquiden y se cobren sus créditos. Al cobrar sus créditos será cuando la obligación se extingue según lo que se haya pagado, es decir, habrá extinción total si hay pago total, habrá extinción parcial si no cubren todas las deudas. Por ello, hay dos momentos a tener en cuenta: el momento de la cesión, y el momento en que se enajenan los bienes cedidos para que puedan percibir los acreedores sus créditos. Este autor considera que lo correcto es hablar de cesión para pago porque esa es la finalidad del primer momento: pagar, enajenando los bienes cedidos, y que el CC sólo se refiere a esta cesión en el art. 1175, que contempla sólo una de sus modalidades: la cesión judicial (no la extrajudicial). Cesión de bienes para pago. *VLex Práctico Obligaciones y contratos*.

⁴⁵ FAUS PUJOL, F. (2023), a propósito de la distinción que realiza la STS 94/2019, 31 de enero de 2019, considera que lo que caracteriza la dación en pago es que ésta produce la transmisión inmediata de la propiedad del bien o bienes cedidos; en cambio, en la cesión de bienes,

en su concepto tradicional como una cesión para pago, el deudor concede a sus acreedores una facultad: gestionar y liquidar los bienes cedidos para que sus créditos se vean satisfechos, hasta donde alcance su realización, a cobrar sus créditos. Cesión, cit.

⁴⁶ ARIAS VARONA F. J. (2007). El contrato, cit. p. 846 y LEÓN SANZ, F.J./RECALDE CASTELLS, A. (2005). Concurso, cit., p. 68.

⁴⁷ GARCÍA VILLAVERDE, R. (1999) señala que la terminología “con recurso” y “sin recurso” es claramente inadecuada y resulta equívoca en nuestro derecho. Este autor considera más adecuado referirse a los contratos de *factoring* “con regreso” y “sin regreso”, siendo la diferencia entre ellos el hecho de que, en los primeros, la entidad no asume el riesgo de insolvencia de los deudores cedidos por su cliente, mientras que sí lo hace en los segundos. Naturaleza jurídica, cit. pp. 362 y ss.

⁴⁸ GÓMEZ MENDOZA, M. (1999). Derecho español, cit. p. 302. GARCÍA SOLÉ, F. (1992), señala que lo habitual es que oscile entre un 80% y un 90% del importe del crédito. *El contrato* opus cit., p. 243.

⁴⁹ ARIAS VARONA F.J. (2007). El contrato, cit. pp. 854 y 855; LEÓN SANZ, F.J./RECALDE CASTELLS, A. (2005). Concurso, cit. p. 75.

⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (1996). El contrato, cit. p. 46-47.

⁵¹ ARIAS VARONA F.J. (2007). El contrato, cit. pp. 854 y 855, y LEÓN SANZ, F.J./RECALDE CASTELLS, A. (2005). Concurso, cit., p.71.

⁵² VICENT CHULIÁ, F. (2008). *Introducción*, cit. p. 270, y GÓMEZ MENDOZA, M. (1999). Obligaciones, cit., p. 303.

⁵³ Señala el art. 2.4 TRLC: “La solicitud de declaración de concurso presentada por cualquier acreedor deberá fundarse en alguno de los siguientes hechos externos reveladores del estado de insolvencia:

1.º La existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme.

2.º La existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago.

3.º La existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

4.º El sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

5.º El sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

6.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor.

⁵⁴ Señala el art. 1115 CC: “Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código.”, y el art. 1256 CC: “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

⁵⁵ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009), que apunta los problemas de coordinación que planteará la concurrencia de ambos contratos, con referencia a la STS 67/2001 de 2 de febrero de 2001, cuyos pronunciamientos no comparte, por entender que tiene poco sentido que el factor resulte beneficiario de indemnizaciones derivadas del contrato de seguro respecto de im-

pagos derivados de contratos, como el de descuento, que no entran en su actividad profesional y no en cambio respecto de las cesiones derivadas del contrato de *factoring*. El contrato, cit., p. 1263. Este autor no está de acuerdo con las consideraciones de CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. (2001). Contrato de *factoring* y contrato de descuento (Comentario a la STS de 2 de febrero de 2001). *Actualidad Civil*, 2001, 29, pp. 1051-1056.

⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA J. (1996) lo califica de “contrato marco”, *El contrato*, cit. p. 67.

⁵⁷ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009). El contrato, cit. pp. 1238 y 1239.

⁵⁸ ROCA GUILLAMÓN, J. (1976). *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1976, p. 48.

⁵⁹ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009), se refiere a la “pobre y tradicional concepción de la cesión de créditos en los derechos occidentales”. El contrato, cit. p. 1237.

⁶⁰ EIZAGUIRRE, J.M. De (1990). Aspectos jurídicos del “factoring”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Año nº 10, Nº 40, pp. 842 y ss., GARCÍA-CRUCES, J.A. (1990): El contrato, cit. pp. 99 y ss. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (1996). *El contrato*, cit. pp. 79 y ss., GARCÍA VILLAVERDE, R. (2000). Quiebra, cit. p. 371; ALCOVER GARAU, G. (2000). *Factoring*, cit., p. 48, y RECALDE CASTELLS, A. (1998). Naturaleza y efectos de los contratos de crédito mediante anticipos o descuentos de créditos en cuenta corriente. Cuadernos de Derecho y Comercio, N.º 26, pp. 57 y 66 y ss.

⁶¹ EIZAGUIRRE, J.M., De (1988). quien señala que este efecto evita posibles incumplimientos o comportamientos desleales del empresario. Factoring. *Revista de derecho mercantil*, N.º 187-188, p. 61.

⁶² GARCÍA-CRUCES, J.A. (1990). El contrato, cit. p. 102, y GARCÍA DE ENTERRÍA J. (1996). *El contrato*, cit. p. 84.

⁶³ LEÓN SANZ, F.J./RECALDE CASTELLS, A. (2005). Concurso, cit. p. 73.

⁶⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. (2022). Contratos y mercados financieros I. En Menéndez Menéndez, A./Rojo Fernández Río, A.J. (dirs.). *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II. 20ª ed., Los contratos bancarios (I)*. p. 185.

⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (1996). *El contrato*, cit., pp. 176 y 177.

⁶⁶ ARIAS VARONA F.J. (2007). El contrato, cit. p. 846 y LEÓN SANZ, F.J./RECALDE CASTELLS, A. (2005). Concurso, cit., p. 68.

⁶⁷ GARCÍA-CRUCES, J.A. (2007). El contrato de “factoring”. En Bercovitz Rodríguez-Cano, A./Calzada Conde, M. A. (dirs.). *Contratos mercantiles*, Edit.: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 926 y ss.

⁶⁸ Vid. el comentario de esta sentencia por GREGORACI FERNÁNDEZ, B. (2014). Cesión de créditos futuros *pro solvendo*: eficacia traslativa y alcance de la resistencia al concurso del cedente Nota de jurisprudencia sobre la STS de 6 de noviembre de 2013 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo). *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc. II, págs. 701-712.

⁶⁹ Estas consideraciones, tal y como señala el propio Tribunal Supremo, se separan de otra línea jurisprudencial que, contradiciendo la anterior, niega la eficacia traslativa de la cesión *pro solvendo*. Entre otras, las SSTS de 27 de junio de 2003, 5 de marzo de 2004, 4 de diciembre de 2007 y 2 de febrero de 2001, que para negar preferencia en el concurso o en la ejecución singular del cedente a los cesionarios anticipados de créditos futuros, cuestionan el efecto plenamente traslativo de la titularidad del crédito de cesiones *pro solvendo*, considerándolas cesiones fiduciarias con mera finalidad de cobro.

⁷⁰ Entre otras, STS 702/2012 de 28 de noviembre de 2012 que señala: “Del correcto entendimiento del artículo 1257 del Código Civil se desprende, a sensu contrario (en sentido contrario), que la posibilidad de liberarse el deudor por medio del pago al cedente concluye cuando aquél tiene conocimiento de la cesión efectuada. En efecto, desde ese momento puede afirmarse que la relación entre el cedente y el deudor cedido desaparece y queda sustituida por la relación entre cesionario del crédito y el propio deudor cedido. En este sentido, dada la flexibilidad del precepto, se entiende cumplida la carga de la *scientia* (conocimiento del deudor) bien cuando el acreedor cedente le comunica la cesión por vía de notificación, o bien, cuando el cesionario le exhibe o presenta el documento acreditativo de la cesión” [...]. “Por lo demás, las vicisitudes de responsabilidad patrimoniales que acontezcan al cedente no afectan a la validez y eficacia de la cesión efectuada y, en consecuencia, a la sustitución de la relación obligatoria en favor del cesionario como titular del derecho de crédito, con todas las facultades, accesorios, privilegios y acciones inherentes al mismo (artículo 1528 del Código Civil). De modo que no puede sustentarse que las reclamaciones patrimoniales que puedan dirigirse contra el cedente por terceras personas puedan incluirse en el ámbito de las excepciones oponibles por el deudor al cesionario del derecho de crédito”) y STS 25 de febrero de 2013, núm. 58/2013 (que, en relación con la cesión de contrato señala que “a diferencia de la cesión de crédito, por aplicación de la regla de la eficacia relativa de los contratos, la cesión de contrato requiere del consentimiento del promitente cedido, cuestión que puede venir causalizada en el mismo contrato cedido, o realizarse posteriormente mediante el correspondiente negocio de aceptación de la cesión de contrato proyectada”).

⁷¹ La SAP de Madrid, Secc.19 de 19.09.2018, a la que se remite la SAP Barcelona sec. 19 de 31.01.2020 señala: “la venta de un derecho (artículos 1112 y 1528 del Código Civil), en sí misma, no despoja a la obligación cedida de su vinculación objetiva con el contrato del que deriva o de las previas relaciones extracontractuales del deudor con el cedente, como si por la cesión surgiese un derecho nuevo, sin antecedentes ni causa distinta de la adquisición del derecho por el cesionario, siendo que la cesión, cuyo perfeccionamiento no requiere de la anuencia del cedido, no puede agravar la posición jurídica del deudor y éste puede oponer al cesionario cuantas excepciones podría haber hecho valer frente al cedente, tal potestad desaparece cuando concurre, como es el caso, aceptación, sin reserva manifestada, a la cesión...”. Y que “Respecto a su configuración jurídica a la doctrina actualmente considera la cesión de créditos no como un contrato especial, sino como un acto o negocio abstracto dirigido a la transmisión del crédito, que desempeña una función parecida a la de la tradición en orden a los derechos reales, y que, consiguientemente, es distinto del negocio que constituye la causa y el fin económico de la transmisión, siquiera reciba de éste su forma y normas fundamentales. Desde luego por medio de la cesión de créditos lo que sucede es una novación meramente subjetiva por cambiar de acreedor, pero permaneciendo inalterable la obligación.”

⁷² En este sentido, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009). El contrato, cit., pp. 1241-1245.

⁷³ La SAP de Asturias, sec. 7, nº 270/2022, de 1 de junio de 2022, a la que se remite la SAP, sec. 2 de Lleida nº 419/2023 de 2 de junio de 2023 señala: “el *confirming* es un servicio financiero que permite gestionar los pagos de una empresa a sus proveedores. La entidad financiera que ofrece el *confirming* adelanta el importe de la factura en cuestión al proveedor, que podrá cobrar esta factura de manera anticipada financiándola, antes de su fecha de vencimiento. Generalmente su funcionamiento se inicia con el envío al banco por parte de la empresa cliente de las órdenes de pago confirmadas antes de su vencimiento; posteriormente, el banco informa

a los proveedores del importe y la fecha de pago, y les da la opción de elegir entre cobrar anticipadamente la factura financiándola, o esperar a su vencimiento”.

⁷⁴ Sobre esta figura vid., entre otros, GADEA SOLER, E. (2011). XII. El contrato de confirming. En Sacristán Bergia, F. (coord.) *Contratación bancaria: Cuaderno II*. Edit.: Dykinson, pp. 149-165; GRIMALDOS GARCÍA, M.I. (2011). El contrato de confirming. Edit.: Comares.; NAVARRO LÉRIDA, M.S. (2013). Contrato de “confirming” y reconocimiento de créditos en caso de declaración de concurso del deudor. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Vol. 32 Núm. 129, pp. 277-294; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, J.A. (2021). El confirming. En Camacho de los Ríos, F.J./Espigares Huete, J.C./Velasco Fabra, G.J. (dirs.). *Análisis crítico de los derechos de garantía en el tráfico mercantil*, pp. 1063-1084.

⁷⁵ Actualmente en España cerca de un 20% del PIB se financia con una operación de Factoring y Confirming (F&C), 5 puntos por encima de la media de la Unión Europea. En el año 2015 la actividad de *factoring* y *confirming* ascendió a 115.220 millones de euros y el 2022 a 257.635 millones de euros. Es decir, los créditos comerciales transmitidos/cedidos a las entidades operadoras de F&C en España se ha multiplicado por 2,24 en un período de 7 años, a pesar de la pandemia provocada por el Covid19, con su correspondiente impacto en la economía. Datos obtenidos en la página web de la Asociación española de *factoring*: <https://www.factoringasociacion.com/factoring>.

⁷⁶ Datos obtenidos en la página web de la Asociación española de *factoring*: <https://www.factoringasociacion.com/factoring>.

⁷⁷ VINCENT CHULIÁ, F. (2008). *Introducción*, cit. p. 270, GÓMEZ MENDOZA, M. (1999). *Derecho*, cit. p. 302, y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009). *El contrato*, cit. p. 1262.

⁷⁸ GÓMEZ MENDOZA, M. (1999) considera que la identificación de esta obligación de gestión que tiene el factor con la gestión de intereses ajenos permite acudir al régimen de la comisión, lo que puede resultar de especial utilidad en lo relativo a la obligación de confidencialidad del factor, al margen de que se le aplique el principio tradicional del secreto bancario. *Derecho*, cit., pp. 299 y ss.

⁷⁹ GARCÍA-CRUCES, J.A. (1990). *El contrato*, cit. p. 50.

⁸⁰ ARIAS VARONA, J. (2007). *El contrato*, cit. pp. 850 y 851.

⁸¹ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009). *El contrato*, cit. p. 1257.

⁸² SEQUEIRA MARTÍN, A. (1999) incluye el supuesto de pacto del empresario con su cliente de prohibición de ceder, lo que impediría realizar una cesión en el ámbito del *factoring* con la consiguiente responsabilidad del empresario frente al factor. *Derechos y obligaciones*, cit., p. 311.

⁸³ ARIAS VARONA F.J. (2007). *El contrato*, cit. p. 858. AZNAR DOMINGO, A./HERNÁNDEZ GARCÍA, P. (2021) señalan que la empresa subroga al factor en sus derechos, en forma exclusiva. “Los contratos, cit.

⁸⁴ Vid. al respecto SEQUEIRA MARTÍN, A. (1999). *Derechos y obligaciones*, cit. p. 316.

⁸⁵ Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y Circular número 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

⁸⁶ ARIAS VARONA F.J. (2007). *El contrato*, cit. p. 858.

⁸⁷ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009) considera que se trata de una cláusula que difícilmente puede considerarse abusiva o en infracción de lo dispuesto en el art. 1256 CC. *El contrato*, cit. p. 1260. En contra, VARA DE PAZ, N. (1999) para quien la no aceptación de la

modificación propuesta daría derecho a solicitar judicialmente la fijación de su cuantía, pero no la posibilidad de resolver el contrato. Extinción, cit. p. 343.

⁸⁸ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009). El contrato opus cit., p. 1261.

⁸⁹ GÓMEZ MENDOZA, M. (1999) entiende que el deber de información incluye el derecho del factor al examen de toda la documentación contable del empresario. Derecho, cit. p. 299.

⁹⁰ SEQUEIRA MARTÍN, A. (1999) señala que la quiebra del secreto de la contabilidad está sujeta a determinados límites pues no puede implicar una renuncia de derechos en perjuicio de terceros. Derechos y obligaciones, cit. p. 322.

⁹¹ VARA DE PAZ, N. (1999). Extinción, cit. pp. 332-340. Para este autor, cuando el *factoring* se pacta por tiempo determinado, no cabe aplicar por analogía la libre revocación típica de la comisión y el mandato (arts. 279 CCom y 1376 CC), y sí la revocación tácita si el contrato continúa sin oposición de las partes.

⁹² La RDGSJFP de 9 de junio de 2021, en un supuesto en el que se solicita la cancelación de una hipoteca de máximo en garantía del saldo deudor de una cuenta bancaria a través de la que se articulaba un contrato de *factoring*, y, en relación con la naturaleza del plazo de la hipoteca señala: “En la hipoteca cuya cancelación se solicita, se pactó que la hipoteca se constituye hasta el 24 de diciembre de 2016 sin más, y, por tanto, sin poder apreciar si era un plazo de caducidad automática o un plazo de cobertura, esto es, el plazo hasta el cual quedarían garantizadas las obligaciones incumplidas hasta esa fecha, pero no las que fueran incumplidas a partir de la misma. No constando por tanto que la hipoteca quede automáticamente extinguida y que pueda cancelarse a partir de la fecha pactada, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el último párrafo del artículo 153 bis de Ley Hipotecaria, de manera que siendo posible que al vencimiento se pueda instar la acción hipotecaria, no cabe cancelar la hipoteca ni por caducidad convencional automática del párrafo segundo del artículo 82, ni por prescripción legal del párrafo quinto del mismo artículo por no haber transcurrido los veintidós años previsto en dicho párrafo.”. Para llegar a esta conclusión, considera particularmente relevantes: a) la estipulación cuarta de la escritura, relativa al plazo que señalaba: «Plazo de duración de la hipoteca. –La hipoteca se constituye hasta el día 24 de diciembre de 2.016, todo ello sin perjuicio de la duración que pueda tener el contrato de financiación garantizado, por lo que, dado el carácter accesorio de la hipoteca, su extinción anticipada provocaría la de la hipoteca constituida en su garantía», y,

b) el contrato de *factoring* en lo relativo al plazo de duración que disponía: «Sin perjuicio de lo dispuesto en la Estipulación siguiente –relativa a la resolución anticipada del contrato–, la duración del presente Contrato es de un año a contar desde la fecha de su otorgamiento, siendo tácitamente prorrogado por períodos sucesivos de igual duración. No obstante, lo anterior, podrá ser denunciado en todo momento por voluntad de cualquiera de las partes, siempre que exista un preaviso, que deberá comunicarse en cualquiera de las formas establecidas en la Estipulación decimoprimer, de quince días naturales como mínimo. Denunciado o cancelado normalmente el presente contrato, factor y cliente mantendrán las obligaciones pendientes en el momento en que el Contrato se extinga hasta la total cancelación de las mismas». La Resolución entiende que, de la interpretación conjunta de ambos apartados y del análisis sistemático de todas la cláusulas del contrato, resulta que el plazo de duración pactado –referido al *factoring*–, es un año a contar desde la fecha de su otorgamiento, siendo tácitamente prorrogado por períodos sucesivos de igual duración, por lo que el plazo expresado respecto de la hipoteca debe entenderse referido no tanto a un plazo de caducidad de ésta, sino, más bien, al plazo

durante el cual las obligaciones contraídas antes del vencimiento del «dies ad quem» son las únicas que quedan garantizadas con la hipoteca constituida.

⁹³ ARIAS VARONA, J. (2007). El contrato, opus cit. p. 868. Este autor, con relación con los contratos pactados por tiempo indefinido, considera discutible sostener la aplicación analógica necesaria de los preceptos de la Ley del Contrato de Agencia, sobre todo desde la perspectiva de la posible existencia de un deber de indemnización asociado a la terminación del contrato. En su opinión no concurre la necesaria identidad de razón entre ambos supuestos, a pesar del componente de gestión de negocios ajenos que puede predicarse del *factoring*. En contra VARA DE PAZ, N. (1999). Extinción, cit. pp. 336 y ss.

⁹⁴ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLC).

⁹⁵ VARA DE PAZ, N. (1999). Extinción, cit., p. 340.

⁹⁶ VARA DE PAZ, N. (1999). Extinción, cit., p. 340. En igual sentido, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. (2009). El contrato, cit., pp. 1272 y 1273.

⁹⁷ VARA DE PAZ, N. (1999). Extinción, cit., pp. 341-342. Este autor señala que se trata de aplicar la doctrina legal fijada por el Tribunal Supremo en aplicación del art. 1124 CC.

⁹⁸ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. (2009). El contrato, cit. p. 1273 sostiene los efectos *ex nunc* de la extinción. ARIAS VARONA, J. (2007) señala que, es frecuente que, en la práctica, las partes pacten los efectos de la extinción en los contratos, si bien con frecuencia desde la perspectiva de los intereses del factor. Así, la elección por una eficacia u otra suele hacerse depender de la causa que motive la extinción, optándose normalmente por la eficacia *ex tunc* cuando se extingue por causas asociadas al empresario, en una especie de penalización implícita, lo que operará como un condicionante económico de importancia que limitará, de hecho, las decisiones del cliente en este extremo. El contrato, cit. p. 869. Vid. in extenso VARA DE PAZ, N. (1999). Extinción, cit., pp. 344 y ss.

*Trabajo recibido el 2 de noviembre de 2023 y aceptado
para su publicación el 18 de diciembre de 2023*

DERECHO COMPARADO

El derecho de corrección a los hijos en el Código civil alemán (BGB)

The right of correction to children in the German Civil Code (BGB)

por

JOEL HARRY CLAVIJO SUNTURA

Profesor Ayudante Doctor

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El objetivo del presente trabajo consiste en analizar el derecho de corrección sobre los hijos previsto en el Código civil (BGB) alemán. En ese marco, el principal objeto de controversia se refleja en el alcance que conlleva el ejercicio de esta figura jurídica regulado en el art. 1631.2 del BGB. La estructura del trabajo comienza con una introducción sobre el tema. Luego, se explora del estado del arte normativo. Seguidamente, se estudia la figura jurídica de la patria potestad, así como su ejercicio y la representación del menor. Posteriormente, se analiza la regulación del derecho de corrección a los hijos en función del alcance que comprende la exclusión del uso de la violencia que contempla la exclusión de castigos físicos, castigos psicológicos y la exclusión de otras medidas degradantes. Se concluye el trabajo resaltando que las medidas degradantes prohíben no solo la aplicación de la violencia física y la violencia psicológica, sino el ejercicio de cualquier tipo de violencia en contra de los hijos. En ese sentido, el derecho de corrección figura propia del ejercicio de la patria potestad no se contraponen al derecho de corrección de los hijos, sino que el cuidado y educación de los hijos en función del interés superior del menor se configura como un derecho del niño. En cuanto a la metodología de trabajo, se recurre especialmente a los métodos analítico, interpretativo y comparativo.

ABSTRACT: *The aim of this paper is to analyze the legal figure of the right of correction to children provided for in the German substantive norm (BGB). In this context, the main object of controversy is the scope of the exercise of this legal*

concept in accordance with the regulation in the article 1631.2 of the German Civil Code. The structure of the paper begins with an introduction on the topic. Then, the state of the art of the normative is studied. Likewise, the legal concept of parental authority is analyzed as well as its exercise and the representation of the child. Subsequently, the regulation of the right of correction to children is studied according to the scope that includes the exclusion of the use of violence, which includes the exclusion of physical punishment, psychological punishment and the exclusion of other degrading measures. The paper concludes by highlighting that degrading measures prohibit not only the application of physical violence and psychological violence, but the exercise of any kind of violence against children. In this context, the right to correction is part of the exercise of parental authority and is not opposed to the right to correction of children, but rather the care and education of children in the best interest of the child is configured as a right of the child. As for the working methodology, the analytical, interpretative, and comparative methods are used in the development of the paper.

PALABRAS CLAVE: Código civil alemán, Derecho de corrección, hijos, medidas degradantes, patria potestad, violencia física, violencia psicológica.

KEYWORDS: *Children, degrading measures, German Civil Code, parental authority, physical violence psychological violence, the right to correction.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ESTADO DEL ARTE NORMATIVO.—III. LA PATRIA POTESTAD. 1. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. 2. LA REPRESENTACIÓN DEL NIÑO, SU FORMACIÓN Y ORIENTACIÓN PROFESIONAL.—IV. ANÁLISIS DEL ART. 1631.2 DEL BGB SOBRE EL DERECHO DE CORRECCIÓN. 1. LA EXCLUSIÓN DE CASTIGOS FÍSICOS. 2. LA EXCLUSIÓN DE DAÑOS PSICOLÓGICOS. 3. LA EXCLUSIÓN DE OTRAS MEDIDAS DEGRADANTES. 4. UN BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO SOBRE EL DERECHO DE CORRECCIÓN A LOS HIJOS EN ESPAÑA Y ALEMANIA.—V. CONCLUSIONES.—VI. JURISPRUDENCIA.—VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

La patria potestad denominada con el término *elterliche Sorge* en la norma sustantiva alemana —que se traduce literalmente como el cuidado parental—, se considera como una obligación y un derecho que los padres tienen sobre los hijos. En esa línea, el ejercicio de la patria potestad comprende el derecho de corrección, figura jurídica que el legislador alemán regula no desde la perspectiva

de los progenitores, sino desde la perspectiva de los hijos, sin que esto signifique un resquebrajamiento del ejercicio de la patria potestad.

El cambio de enfoque que adopta el legislador alemán ha generado un debate sobre el alcance que comprende el derecho de corrección previsto en el § (en adelante art.) 1631. 2 del Código civil alemán (en adelante BGB), aspecto que será motivo de análisis en el presente trabajo. En ese marco, se debe resaltar que la discusión doctrinal se centra en la interpretación del citado artículo que para una corriente doctrinal permite la posibilidad de recurrir a un castigo físico mínimo como medida correctiva (KNAUER, 2014). En cambio, otra corriente doctrinal no admite esa posibilidad ni siquiera como excepción (HEINRICH, 2011). Al respecto, resulta oportuno destacar que el objeto de discusión se extiende al alcance del término medidas degradantes.

En ese sentido, conviene puntualizar que si bien durante el desarrollo del trabajo como no podía ser de otra manera en el ámbito familiar se recurrirá al análisis del componente social, nos centraremos en analizar e interpretar el contenido del art. 1631. 2 del BGB sobre el derecho de corrección, con la finalidad de adoptar una postura en función de lo previsto en la actual regulación de la norma sustantiva alemana, luego del largo recorrido que implicó la mutación normativa sobre esta figura jurídica.

La estructura del trabajo comienza con una breve introducción sobre el tema. Luego se analiza el estado del arte en función de la evolución normativa. Seguidamente, se estudia la figura jurídica de la patria potestad que incluye el ejercicio de la patria potestad, así como la representación del niño, su formación y orientación profesional. Posteriormente, se analiza si la regulación del derecho de corrección permite o prohíbe el uso de la violencia (física y psicológica) en función del alcance del término medidas degradantes. Asimismo, se realiza un breve análisis comparativo sobre el derecho de corrección a los hijos en el ordenamiento jurídico español y alemán. En la última parte del trabajo, se incluyen una serie de conclusiones que se configuran en función de la reforma iniciada por el legislador alemán que concluye con la regulación actual sobre el derecho de corrección en el BGB.

II. EL ESTADO DEL ARTE NORMATIVO

El interés del menor en el ordenamiento jurídico alemán al amparo de lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, se convierte en el principio rector por el que también se rige el Derecho de familia en todo en cuanto tenga relación con los menores de edad y por ende la figura jurídica del derecho de corrección. No cabe duda de que el interés superior del menor se

convierte en el eje que direcciona la conducta de los demás con relación a los menores, aunque su concepción como concepto jurídico indeterminado no ayuda a concretar con meridiana exactitud su alcance en lo que respecta el derecho de corrección a los hijos menores de edad.

Al respecto, llama la atención que en función de la naturaleza semántica del término derecho de corrección de los padres (*elterliches Züchtigungsrecht*), que contempla la facultad que tiene un progenitor para ejercer el derecho de corrección sobre los hijos, se priorice el interés superior del menor, que es como debe ser, pero que por su naturaleza más parece que se prioriza la potestad o facultad que tienen los padres en detrimento de los hijos menores de edad. En ese contexto, se afirma que en el derecho de corrección parental una persona tiene el derecho de corregir a otra, por lo tanto, el ejercicio del derecho de corrección se trata de un castigo doloroso, por ejemplo, mediante golpes (ZIRNGAST, 2015, 5).

El periodo de mutación normativa de la antigua tradición educativa se concreta en la Constitución alemana de 1949. En esa línea, el art. 1.1. establece que el respecto y la protección de la dignidad humana es obligación de toda autoridad estatal. No obstante, en el derecho sustantivo alemán la mutación normativa del derecho de corrección comienza con la Ley sobre la nueva regulación de los derechos de la autoridad parental de 8 de julio de 1979¹.

Hasta ese entonces el BGB alemán consideraba el derecho de corrección como una institución a favor de los padres, contenido que justificaba inclusive el uso de la fuerza, por lo que, la voluntad de los hijos y sus intereses quedaban en un segundo plano.

Por su parte, el art. 1631 de la Ley sobre la autoridad parental de 1979, establece que el cuidado personal de los hijos incluye especialmente el derecho y deber de cuidar, educar, supervisar y determinar su residencia. De igual forma, prevé que las medidas educativas degradantes son inadmisibles². Del contenido previsto en este artículo, se observa en sentido amplio que todavía se mantiene la naturaleza jurídica de la patria potestad como una función exclusiva de los padres. No obstante, el cambio radical de enfoque se observa en la segunda parte del artículo, por cuanto, si bien no prohíbe textualmente el uso de la violencia, establece la prohibición de ejercer medidas degradantes en el ámbito de la educación, término que como se analizará posteriormente se convierte en el núcleo central de discusión sobre el alcance de las medidas de corrección.

De lo anterior, resulta evidente que el proceso de evolución normativa de esta figura jurídica no es inmediato. Posteriormente, el año 1998 se evidencia otro cambio, con la promulgación de la Ley de reforma de protección del menor. En esa línea, el numeral 1 del art. 1666 concede a un tribunal familiar la facultad de intervenir en el supuesto de que se detecte maltrato físico o psicológico en el ejercicio de la patria potestad³.

A nuestro modo de ver, aunque el legislador alemán le concede facultad de intervenir a un tribunal de familia en caso de que se detecte maltrato físico o psicológico en contra del menor en el ejercicio de la patria potestad, la redacción del artículo no termina de ser convincente en cuanto a la prohibición del uso de la violencia. Se tiene la impresión de que se justifica el uso de la violencia como medida educativa, porque no se la prohíbe expresamente, sino que se le atribuye potestad al poder judicial para que mediante un tribunal con competencia en el ámbito familiar adopte medidas que eviten la situación de riesgo en la que se encuentra el menor.

Asimismo, la Ley de reforma de protección del menor de 1998 incluye en la regulación del numeral 2 del art. 1631, que es inadmisibles la aplicación de medidas educativas degradantes, especialmente de tipo físico y maltrato psicológico⁴. Así pues, la indeterminación inicial de las medidas degradantes previstas por el legislador alemán 20 años atrás, se concretan en 2 tipos de medidas; por una parte, de carácter físico y, por otra parte, de carácter psicológico.

No obstante, bien se afirma que la modificación normativa establecida en el art. 1631 del BGB del año 1998, adoptada mediante la citada Ley de reforma de protección del menor no ayuda a establecer el límite del derecho de corrección de los padres, por cuanto, se sostiene que el objetivo de la reforma consistía en establecer que ni el maltrato físico ni el daño psíquico son recursos permitidos en la educación del menor, por tanto, el legislador no entra a valorar el alcance de este tipo de medidas (DE TORRES PEREA, 2006, 697).

Posteriormente, el 7 de noviembre de 2000 se publica la Ley sobre la prohibición de la violencia en la educación y la modificación sobre la manutención de los hijos⁵. En esa línea, el numeral 2 del art. 1631 del BGB, expresa que los niños tienen derecho a una educación sin violencia. Igualmente, se prohíben castigos físicos, daños psicológicos y otras medidas degradantes⁶. Al respecto, se debe resaltar que el legislador alemán complementa o mejora la redacción adoptada el año 1998. Es así, que prohíbe de forma expresa el ejercicio de la violencia en la educación.

Por último, la Ley sobre la reforma de la tutela y curatela de 04 de mayo de 2021, que entró en vigor el 1 de enero de 2023⁷, puntualiza en el numeral 2 del art. 1631 del BGB, que el niño tiene derecho al cuidado y educación sin violencia, ni castigos físicos, ni daños psicológicos o cualquier otra medida degradante⁸. En ese sentido, se debe resaltar que el legislador prepondera que el derecho al cuidado y educación debe ser ejercido sin ningún tipo de violencia.

De esta forma, se culmina todo un proceso que comienza el año 1979 y concluye el año 2023, aunque asumimos que el contenido normativo que comprende el derecho de corrección tiene todavía un margen de mejora, especialmente en lo que respecta el alcance del término “medidas degradantes”, que es motivo de

controversia a nivel doctrinal, en cuanto al hipotético daño que se le pueda causar al menor con la aplicación de este tipo de medidas.

Por último, conviene puntualizar que la fase de mutación normativa de esta figura jurídica se ha extendido por más de cuatro décadas, tiempo que a todas luces refleja que el legislador alemán ha sido cauteloso antes de concebir el derecho de corrección como un derecho en favor de los niños y determinar que el uso de la violencia en su ejercicio es inaceptable no solo de carácter físico y carácter psicológico, sino de cualquier otro tipo de violencia, como en el desarrollo del trabajo se podrá corroborar.

III. LA PATRIA POTESTAD

Sin duda, el derecho de corrección de los hijos se encuentra vinculado a la figura jurídica de la patria potestad, por lo que, no podemos obviar su contenido en el BGB alemán. En esa línea, se debe señalar que el art. 1626 contiene los principios por los cuales se regula la patria potestad, denominada también autoridad parental o traducida literalmente como custodia parental (*Elterliche Sorge*). En nuestro caso, vamos a utilizar indistintamente cualquiera de los tres términos sin entrar a debatir la naturaleza jurídica ni las diferencias en sentido estricto que conlleva cada uno de los términos.

Así pues, el numeral 1 del art. 1626 del BGB, establece que la patria potestad es una obligación y un derecho que tienen los progenitores sobre los hijos menores de edad. La autoridad parental comprende el cuidado de los hijos como persona (*Personensorge*), así como su patrimonio (*Vermögenssorge*)⁹. Al respecto, se debe puntualizar que la norma sustantiva alemana configura la autoridad parental; primero, como una obligación y consecuentemente como un derecho que comprende dos ámbitos; el cuidado personal del menor y su patrimonio, aunque debido a su edad, se asume que se prioriza el ámbito personal que se encuentra relacionado al derecho de corrección de los hijos.

Por su parte, el numeral 2 del art. 1626 del BGB, prevé que, en el cuidado y educación de los hijos, los progenitores deben tomar en cuenta de acuerdo con su desarrollo; su capacidad y necesidad para actuar de forma independiente y responsable. En esa línea, los padres deben conversar o debatir con el niño en cuanto sea posible de acuerdo con su etapa de desarrollo cuestiones relacionadas a la autoridad parental, con la finalidad de consensuar sobre su ejercicio¹⁰. No deja de llamar la atención el enfoque que le brinda el legislador a la figura de la autoridad parental por los siguientes motivos:

- Primero. Si bien se configura la patria potestad como una obligación y un derecho que tienen los padres, se establece que se debe tomar en cuenta

la capacidad de los hijos en función de su etapa de crecimiento, con la finalidad de fomentar su independencia de forma responsable. Es decir, aunque es menor de edad se propicia su autocontrol y autogestión en el cuidado de su persona de forma progresiva.

- Segundo. Si bien se configura la patria potestad como una obligación y un derecho en favor de los padres, el legislador alemán establece en función de la edad de los hijos, que en lugar de imponer u obligar se debe conversar, analizar y debatir sobre el contenido de las medidas que comprenden la autoridad parental, con la finalidad de consensuar su aplicación de forma conjunta y armonizada, aspecto que en el ámbito práctico no siempre es realizable.

En ambos casos, consideramos que en la autoridad parental el derecho de los padres se mantiene en abstracto, puesto que se prioriza ante todo que los padres tienen la obligación de fomentar la independencia responsable de los hijos y la obligación de conversar, debatir y consensuar con ellos el contenido de las funciones inherentes a la patria potestad. Esto significa que, de acuerdo con su edad los hijos tienden a construir un espacio propio, que sin duda se convierte en un hándicap al momento de adquirir de forma definitiva la capacidad de obrar, porque durante la minoría de edad han sido preparados por los progenitores de forma progresiva para ello. No obstante, resulta oportuno reconocer que no en todos los casos se puede consensuar con los hijos, o bien lograr que comprendan que determinadas decisiones no son por capricho de los progenitores, sino en interés de los hijos.

Los padres y los hijos e hijas no siempre están de acuerdo. Por ejemplo, cuando un niño o una niña de tres años decide que no quiere ir al médico, estamos de acuerdo en que los padres tienen el derecho a tomar esa decisión por ellos, pero ¿Qué ocurre en la etapa de la adolescencia? los padres deben tratar de llegar a un entendimiento mutuo (SANDERS, 2023, 278). Sin embargo, todos los que tienen un hijo o una hija adolescente saben que es más fácil decirlo que hacerlo.

Asimismo, el numeral 3 del art. 1626 del BGB, establece que, en función de preponderar el interés del menor, por regla general el trato comprende a ambos progenitores. La misma regla se sigue en cuanto al trato con otras personas con quien el hijo menor de edad se encuentra relacionado, siempre y cuando el vínculo sea propicio y favorable para su crecimiento y desarrollo¹¹.

Sobre el tema, se debe resaltar que el legislador prioriza la relación del menor en criterios de igualdad con ambos progenitores, aspecto que no debe causarnos mayor sorpresa en la actualidad, a diferencia de lo que acontecía hasta las reformas implementadas por el legislador alemán en el BGB del año 1998, que no admitía la posibilidad de asumir el cuidado conjunto del niño a sola voluntad o deseo de la madre (LAMBRECHT y BOSSE, 2013, 9)

No obstante, en cuanto al trato con terceras personas el legislador recurre a una aproximación general sin especificar si estas personas forman parte de la estructura familiar *in extenso* o se refiere a terceras personas ajenas al ámbito familiar. La figura de los tutores se convierte en una alternativa que se ajusta a esta redacción, que de una interpretación amplia se entiende que deben ser dos personas. De otro modo, no se entendería que el legislador regule una igualdad de trato con terceras personas equivalente a la relación con ambos progenitores. De una u otra forma, hubiera sido conveniente que el legislador sea más concreto en cuanto al vínculo del menor con otras personas que no sean sus progenitores.

En la regulación del art. 1626 del BGB, se toma como premisa que los padres se encuentran vinculados por la figura del matrimonio, o bien por la unión de hecho, motivo por el cual, en el art. 1626a del BGB, se regula la patria potestad para los padres que no se encuentran casados, así como las declaraciones sobre la custodia (*Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern; Sorgeerklärungen*). Al respecto, llama la atención el término declaraciones sobre la custodia (*Sorgeerklärungen*), que se entiende como la voluntad que manifiestan los padres para ejercer la custodia de los hijos como parte del ejercicio de la patria potestad.

Por su parte, en el contenido del citado art. 1626a del BGB, se establece que, si los padres al momento del nacimiento del niño no se encuentran casados, tienen derecho a la patria potestad siempre que contraigan matrimonio entre ellos, o bien si ambos expresan que quieren asumir el cuidado de forma conjunta. En ambos casos, siempre y cuando el tribunal de familia les conceda la patria potestad conjunta. A su vez, el tribunal de familia a solicitud de uno de los progenitores puede concederles la patria potestad conjunta o parte de ella, siempre que no atente contra el interés del menor. En todo caso, si el otro progenitor no presenta ninguna observación que impida la concesión de la patria potestad compartida o si los motivos observados no son significativos se presume que no son contrarios al interés del menor. Por lo demás, la madre tiene la patria potestad¹².

Sobre el tema, se debe resaltar que el legislador alemán si bien regula la concesión de la patria potestad conjunta en los supuestos en los cuales los progenitores no se encuentren casados, les brinda la posibilidad de acceder al sistema conjunto si contraen matrimonio. De esta forma, se refuerza la idea de que el matrimonio es la principal figura jurídica para acceder a la patria potestad conjunta. Asimismo, se resalta que para beneficiarse de la concesión conjunta de la patria potestad debe existir predisposición por parte de los progenitores. En ese sentido, de forma apropiada se cuestiona hasta qué punto es necesario o sensato imponer la corresponsabilidad de la patria potestad a un padre que no se encuentra dispuesto a asumirla (KEUTER, 2012, 171). Sin duda, resulta contraproducente obligar a un padre a asumir la responsabilidad que conlleva el

cuidado de sus hijos, aunque parezca raro decirlo, no se puede obligar a un padre a querer a un hijo.

I. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

En cuanto al ejercicio de la patria potestad o cuidado parental (*Ausübung der elterlichen Sorge*) en la normativa sustantiva alemana debemos referirnos al art. 1627 del BGB, que establece que los padres deben ejercer la patria potestad bajo su propia responsabilidad y de mutuo acuerdo en función del interés superior del menor. En el supuesto de que no exista uniformidad de criterio, los padres deben tratar de llegar a un acuerdo¹³.

De la redacción de este artículo debemos resaltar que el legislador alemán adopta como sistema único el ejercicio compartido de la patria potestad. No obstante, observamos que la solución que nos brinda el legislador en caso de desacuerdo es muy superficial, porque es muy probable que los progenitores no tengan una visión única con relación a todo el conjunto de funciones que comprende el ejercicio de la patria potestad.

En ese sentido, se observa que no se faciliten de común acuerdo entre los padres sistemas alternativos de ejercicio de la patria potestad como el ejercicio total a cargo de uno de los progenitores o en su defecto el ejercicio parcial, con la finalidad de descongestionar las eventuales discrepancias entre los progenitores.

Asimismo, en el caso de Alemania el factor multicultural de su población en determinados supuestos repercute en las estructuras familiares transnacionales, que se refleja en una falta de sintonía y coordinación entre los padres, por lo que, a todas luces es improbable mantener el ejercicio compartido de la patria potestad. Motivo por el cual, la adopción de al menos un sistema dual optimizaría el ejercicio de la autoridad parental.

No obstante, en el supuesto de que los progenitores no puedan consensuar sobre el ejercicio de la patria potestad, el legislador en el art. 1628 del BGB prevé que se debe recurrir a la determinación judicial (*Gerichtliche Entscheidung bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern*). En ese marco, si los padres no pueden consensuar sobre un asunto individual o sobre un tipo específico de asunto relacionado a la patria potestad, cuya resolución es de importancia para el niño, se establece que el tribunal de familia a solicitud de uno de los progenitores puede transferir la decisión a uno de ellos. Sin embargo, la transferencia de la decisión solicitada por uno de los padres y determinada por el Juez puede estar sujeta a restricciones o condiciones.¹⁴ Al respecto, bien se puntualiza que, en todo caso al momento de determinar una resolución judicial de este tipo, se debe examinar

si responde al interés superior del menor (HOFFMANN, MEYSEN y OYGEN, 2021, 52).

De una aproximación integral sobre el contenido de este artículo, se determina que previa solicitud de uno de los progenitores, un tribunal de familia puede determinar el ejercicio parcial de la patria potestad en favor uno de ellos, siempre que sea favorable para el interés del menor. Sin embargo, en sede matrimonial la función o funciones que hipotéticamente se trasladarán a uno de los progenitores resulta un tanto complicado de entender, concretamente nos referimos al alcance de los términos; asunto individual o un solo asunto (*eine einzelne Angelegenheit*) y tipo específico de asunto (*eine bestimmte Art von Angelegenheiten*) relacionado a la patria potestad (*elterliche Sorge*).

Desde nuestro punto de vista, asumimos que un asunto individual o un solo asunto se refiere a una función concreta de la patria potestad, por ejemplo, la educación de los hijos. En cambio, un tipo específico de asunto se refiere a un acto concreto de una función de la patria potestad, por ejemplo, la elección del centro educativo.

Otro aspecto que merece ser comentado con relación al contenido del art. 1628 del BGB, son las restricciones o condiciones que se aplican en sede judicial al ejercicio parcial de la patria potestad por parte de uno de los progenitores. Esto, si bien no admite dudas que debe ser determinado por el tribunal de familia que conoce la causa, a nuestro modo de ver, admite dos posibles enfoques:

-Primero. Las restricciones o condiciones respectivamente son decididas en función de los antecedentes del caso por el tribunal de familia que conoce la causa, se caracterizan por ser de carácter temporal. Por ejemplo, se decide que el niño asista a un centro educativo con una determinada inclinación religiosa hasta los 12 años, luego de esa fecha se oirá al niño y a los padres para analizar si se mantiene la medida adoptada.

-Segundo. Las restricciones o condiciones son solicitadas de forma exclusiva por el progenitor que pretende ceder el ejercicio parcial de la patria potestad en favor del otro progenitor, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones también de carácter temporal. Por ejemplo, uno de los progenitores por motivos laborales debe cambiar de residencia durante cierto tiempo, motivo por el cual, solicita que el ejercicio parcial de la patria potestad sea asumido por el otro progenitor mientras dure su ausencia.

Además de ello, en el ámbito jurisprudencial existen resoluciones que prohíben el ejercicio de la patria potestad en función de lo previsto en el art. 1628 del BGB, debido a circunstancias concretas. Por ejemplo, se prohíbe el viaje de un menor con uno de los padres debido al riesgo de contagio en el avión durante el tiempo de la pandemia del coronavirus, determinación judicial asumida, luego de que uno de los padres no estaba de acuerdo con el viaje previsto al exterior

del país. Se fundamenta esta resolución debido al riesgo de contagio en el avión, puesto que, los pasajeros están expuestos a contagiarse si otros pasajeros son portadores del virus. Igualmente, en caso de contagio en el viaje, se resalta que la atención médica en otros países fuera de Alemania no tiene la calidad requerida para tratar este tipo de enfermedades¹⁵.

Otra resolución relacionada al art. 1628 del BGB, rechaza la solicitud realizada por el padre para cambiar el nombre de nacimiento del hijo en su país de origen. La resolución se fundamenta en que no es relevante ni significativo para el interés superior del menor si los padres acordaron antes del nacimiento el apellido del hijo, más aún si en el Registro Civil de Alemania ya consta inscrito de forma definitiva el nombre del hijo menor de edad¹⁶.

A nuestro modo de ver, el art. 1628 del BGB ante todo se encuentra previsto para los padres que no viven juntos o para las familias que se desestructuran de forma definitiva. Por cuanto, una vez que se separan o se divorcian las divergencias de criterio entre los progenitores adquieren mayor relevancia no solo entre ellos, sino que se extienden a los hijos hasta tanto no alcancen la mayoría de edad.

En ese marco, en el ámbito jurisprudencial se relaciona también con el art. 1628 del BGB, la administración en efectivo de la pensión alimenticia por parte de uno de los progenitores, en los supuestos de custodia compartida de los hijos. Es decir, que la pensión alimenticia se considera como parte del cuidado personal del hijo. En ese sentido, uno de los progenitores solicita la transferencia del poder de decisión sobre este tema, con la finalidad de poder administrar los recursos asignados en concepto de pensión alimenticia¹⁷.

Al respecto, también en el ámbito jurisprudencial se aclara que, en los supuestos de ejercicio de la patria potestad en función de la aplicación de la custodia compartida de los hijos, uno de los progenitores se encuentra facultado para representar al hijo en las reclamaciones de alimentos en contra del otro progenitor, siempre y cuando el hijo se encuentre a su cargo durante el ejercicio de la custodia compartida¹⁸.

En cuanto a la educación de los hijos, igualmente, en virtud del art. 1628 del BGB se puede solicitar la transferencia del poder de decisión exclusivo sobre la elección del centro de enseñanza secundaria al que debe asistir el hijo. En ese sentido, se señala que la transferencia del poder de decisión exclusivo sobre el centro de enseñanza secundaria al que debe asistir el menor, tomando en cuenta el futuro lugar de residencia y el modelo de cuidado adoptado por los padres, tiende a generar un conflicto entre las partes. No obstante, al momento de decidir el centro escolar, la autoridad judicial afirma que se debe tomar en cuenta el efecto de la elección en el entorno social del niño¹⁹.

A nuestro modo de ver, el fallo judicial descongiona el atasco entre las partes concediéndole el ejercicio unilateral de la patria potestad en cuanto a la elección del centro educativo a uno de los progenitores, con la condición de que se priorice el entorno social del menor, que no es más que recordar que se debe priorizar el interés superior del menor.

2. LA REPRESENTACIÓN DEL NIÑO, SU FORMACIÓN Y ORIENTACIÓN PROFESIONAL

Otro aspecto que conviene resaltar como parte del ejercicio de la patria potestad es la representación del niño (*Vertretung des Kindes*), previsto en el art. 1629 del BGB alemán. Al respecto, el numeral 1 del citado artículo establece que los padres representan al niño de forma conjunta²⁰. No obstante, solo uno de los progenitores puede representar al niño en tanto le corresponda el ejercicio total de la patria potestad, lo mismo ocurre, si por determinación judicial de conformidad al art. 1628 del BGB se le ha concedido la facultad de decidir sobre un determinado asunto relacionado a la patria potestad. Además, en caso de peligro inminente, cada progenitor tiene derecho a realizar los actos jurídicos que considere necesarios en interés del menor, pero el otro progenitor debe ser informado inmediatamente sobre la decisión asumida.

Por su parte, el numeral 3 del art. 1629 del BGB alemán, prevé que, si los padres están casados o han constituido una unión de hecho, dado el caso uno de ellos puede reclamar la pensión alimenticia del menor en contra del otro progenitor siempre y cuando los progenitores se encuentren separados²¹. Esto significa que, la condición *sine qua non* para solicitar a título de representación de los hijos la pensión alimenticia es que vivan separados.

Por último, el art. 1629 del BGB alemán concluye regulando que la resolución judicial que obtenga uno de los progenitores, o bien el acuerdo concertado en sede judicial entre los progenitores surte efecto a favor y en contra del niño. Lo lógico es que generalmente todo lo relacionado al menor se asume que se determina en beneficio del menor, por lo que, debería ser siempre a favor del menor. No obstante, se pueden tomar decisiones supuestamente en contra del menor precisamente para proteger su interés en caso de peligro. Por ejemplo, en el supuesto de que se le detecte al menor un problema de salud físico se le prohíbe asistir a todo tipo de actividades deportivas hasta tanto se recupere.

Por otra parte, en lo que respecta la formación y profesión (*Ausbildung und Beruf*) de los hijos, el art. 1631 a) del BGB alemán, establece que los padres tienen que tomar en cuenta especialmente la aptitud e inclinación del niño. En el caso de que exista alguna duda se debe recurrir al consejo de un profesor o de una persona apropiada²². De esta forma, se pretende encaminar al menor a estudiar

según sus destrezas y no según lo que los padres consideren más conveniente, es más en caso de que el hijo menor de edad tenga dudas sobre la formación a seguir, se recomienda acudir al consejo de una tercera persona que puede ser un profesor del centro educativo o una persona del entorno familiar, o bien una tercera persona de referencia, con la finalidad de ayudar al menor a encontrar la profesión que más se adecua a sus aptitudes.

Sin embargo, en función de la minoría de edad, los progenitores en cuanto a la orientación profesional de los hijos tienen potestad para influir en su decisión de acuerdo con lo previsto en el art. 2 del BGB, únicamente hasta que adquieren la mayoría de edad a los 18 años (Eintritt der Volljährigkeit)²³. En ese sentido, a partir de esta edad adquieren la capacidad de obrar plena que les faculta a tomar decisiones con total autonomía. En ese marco, conviene recordar que el numeral 2 del art. 1626 del BGB, establece que se debe fomentar su autonomía de forma responsable, en virtud de ello, consideramos que los hijos —por lo general— asumen sin complicaciones la transición de la minoría a la mayoría de edad.

IV. ANÁLISIS DEL ART. 1631.2 DEL BGB SOBRE EL DERECHO DE CORRECCIÓN

Una vez analizado el proceso recorrido sobre los cambios implementados en la norma sustantiva alemana con relación al derecho de corrección a los hijos, nos vamos a centrar en el estudio de la redacción actual del art. 1631. 2 del BGB, que se encuentra vigente desde 1 de enero de 2023. Al respecto, conviene recordar su contenido que establece que el niño tiene derecho al cuidado y educación (Das Kind hat ein Recht auf Pflege und Erziehung), que el legislador puntualiza que debe ser ejercido:

- Con exclusión de violencia (unter Ausschluss von Gewalt),
- Con exclusión de castigos físicos (unter Ausschluss von körperlichen Bestrafungen),
- Con exclusión de daños psicológicos (unter Ausschluss von seelischen Verletzungen),
- Y, con exclusión de otras medidas degradantes (unter Ausschluss von anderen entwürdigenden Maßnahmen).

De una interpretación integral, se debe destacar la exclusión de la violencia en el ejercicio del derecho al cuidado y educación. En virtud de ello, se afirma que la política de educación sin violencia en contra de los niños en la estructura familiar que pregona el legislador alemán, y que se plasma en el contenido de este artículo ya ha sido un éxito, por cuanto, ha logrado sensibilizar a la sociedad civil (ZYPRIES, 2008, 9 y 10).

En ese marco, conviene destacar que de esta forma legalmente se garantiza a los niños una educación libre de violencia y por ende se espera que los índices de violencia en el ejercicio del derecho a la educación desaparezcan. Igualmente, se señala que, con la prohibición del uso de la violencia en el ejercicio del derecho de corrección a los hijos, el factor de riesgo incalculable de enfermedades mentales y los trastornos en el desarrollo de la personalidad de los hijos podrán ser controlados de mejor forma (RIEMER, 2003, 332).

A nuestro modo de ver, la sensibilización que pregona ZYPRIES se refleja en el cambio progresivo de mentalidad de los progenitores ante la tendencia que finalmente se ha consolidado de eliminar la violencia en el ejercicio del derecho de corrección. De todas formas, resulta oportuno reconocer que el cambio de mentalidad en algunos progenitores dura más que en otros y en casos puntuales no se acepta, aspecto que ha generado un debate no solo en el ámbito social, sino también en el ámbito doctrinal.

Los que se posicionan en contra del uso de la violencia, sostienen que ya desde el año 2001 se sigue esa línea, entre otros, (LAURA MAIORINO, 2013, 13) afirma que el legislador no ha dejado duda alguna de que la violencia no es un modelo adecuado en el proceso de educación de los hijos. Por lo que, la causa clásica de justificación del derecho de los padres de castigar físicamente a los hijos fundada en el derecho de corrección no es admisible ni siquiera como una medida excepcional a modo de un castigo físico leve.

Sin embargo, (HEINRICH, 2011, 441) matiza esta corriente al afirmar que la regulación de la educación de los hijos sin violencia no se asimila como una prueba empírica que refleja la desaparición de la violencia, porque hay situaciones en la educación de un niño en las que, como excepción es necesario el uso de una medida de castigo corporal leve para que tenga un efecto educativo en el niño. A nuestro modo de ver, no se puede justificar el uso de la violencia por más leve que sea, por cuanto, la norma sustantiva es imperativa.

En ese marco, conviene puntualizar que la reforma iniciada por el legislador alemán tenía como finalidad excluir el uso de la violencia en el ejercicio del derecho de corrección, aspecto que adquiere mayor relevancia una vez que entró en vigor la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en vigor en Alemania desde el año 1992²⁴, que pregona la supremacía del interés superior del menor, entre otros, en el art. 3 de la Convención²⁵.

1. LA EXCLUSIÓN DE CASTIGOS FÍSICOS

A pesar de que la regulación actual en la norma sustantiva alemana se posiciona de forma integral en contra de la violencia, se afirma que el derecho de

los padres a castigar debe seguir reconociéndose al menos en principio como un motivo de justificación (KNAUER, 2014, 256).

Al respecto, se recurre a la costumbre para justificar que el derecho de corrección paterna no ha desaparecido. En ese sentido, (LUZÓN, 2022, 19 y 20) nos brinda una extensa justificación sobre el tema, afirma que es aceptable en el ejercicio legítimo de un derecho consuetudinario de corrección recurrir a un castigo físico mínimo sin excesos en alguna acción concreta o un castigo adecuado y proporcionado ante una falta relevante o reiterada de los hijos cuando no han sido suficientes las advertencias o reprensiones anteriores. Sin embargo, destaca que no es una costumbre en contra de la Ley, por cuanto, los castigos físicos si son mínimos no lesionan la integridad física ni la integridad psíquica. En ese marco, respalda esta afirmación en virtud de que existe en la población una costumbre mayoritaria y con convicción de ser conforme a derecho, que las pequeñas correcciones paternas son legítimas para encauzar la educación del menor, especialmente en su formación en la primera infancia.

Sin duda, el derecho de corrección paterno se encuentra vigente, puesto que, forma parte del ejercicio de la patria potestad. No obstante, si bien con mucha cordura LUZÓN defiende la aplicación de castigos físicos mínimos puntuales como parte del derecho consuetudinario, desde nuestro punto de vista, consideramos que el legislador alemán es claro al respecto, toda vez que, la regulación no admite ninguna excepción que permita el uso de la violencia en contra de los hijos en el ejercicio del derecho de corrección. Al respecto, no sin razón se afirma que las medidas coercitivas a las que se recurre en la práctica pedagógica no son conceptos jurídicos regulados en el Código civil alemán en cuanto a la relación paterno filial de los progenitores con los hijos (HÄBEL, 2016, 209).

Sin embargo, en el ámbito práctico hay que reconocer que la conducta de los hijos difiere uno del otro —por diferentes motivos que no es parte del actual objeto de estudio—, motivo por el cual, desde el ámbito social se pretende justificar el ejercicio del castigo físico mínimo. No obstante, surge una especie de contradicción, puesto que, ante conductas graves de los hijos se pretende justificar un castigo físico mínimo.

A nuestro modo de ver, difícilmente se enderezará una falta reiterada de un hijo con un castigo físico por más mínimo que sea, es más en los supuestos en los cuales un menor muestra una conducta reprochable de forma reiterada que sobrepasa la autoridad de los padres, previa valoración es posible que el menor requiera ayuda especializada.

En cuanto a la existencia en la población de una costumbre mayoritaria que se encuentra de acuerdo con la aplicación de castigos físicos mínimos para enderezar la conducta de los hijos, desde nuestro punto de vista, hasta tanto no haya una evidencia empírica no se puede afirmar que la mayoría de la población se

encuentra de acuerdo con la aplicación de castigos físicos mínimos, y aunque exista una evidencia empírica no se justifica la aplicación de este tipo de castigos especialmente en la infancia, puesto que, en esta etapa los hijos se encuentran más indefensos que un hijo que se encuentra en el periodo de adolescencia o cerca de adquirir la mayoría de edad²⁶. No obstante, con desazón se debe reconocer que la violencia en la educación de los hijos sigue estando presente a puerta cerrada entre las cuatro paredes de un domicilio, por lo que, a menudo ni siquiera es percibida por la sociedad civil (ZIRNGAST, 2015, 86).

Con relación a la justificación de los castigos físicos mínimos que no lesionan la integridad física ni la integridad psíquica, no es nuestra intención abordar esta temática desde el ámbito del derecho penal, sino desde el ámbito civil. En esa línea, no se puede medir la transgresión de la norma por la gravedad de un daño físico causado, porque un castigo físico por más mínimo que sea dependiendo del contexto en el que sea aplicado, por ejemplo, si se aplica una bofetada en público o delante de sus amigos—, no concluye con el contacto físico, sino que puede ser el origen para que la autoestima del menor se resquebraje.

Igualmente, aunque LUZÓN con mucho acierto reconoce que no es una costumbre en contra de Ley, no se puede justificar la aplicación de ningún tipo de castigo físico, precisamente porque la norma sustantiva expresamente no da lugar a ello. Es más, la Constitución alemana, si bien en la redacción del art 6.2, establece que el cuidado y la educación de los hijos se constituyen en un derecho natural y deber de los padres²⁷, se debe resaltar que los derechos y deberes que tienen los progenitores existen en beneficio de los hijos (SANDERS, 2023, 284).

De igual forma, no se justifica su aplicación, puesto que, hace referencia al cuidado y educación como derecho natural de los padres, sin que esto se entienda como un permiso para recurrir a los castigos físicos, porque el derecho natural de los padres en lo que respecta el cuidado y la educación forma parte del ejercicio de la patria potestad en sentido amplio.

En cambio, en sentido restringido el art. 1631.2 del BGB establece como centro de gravedad al niño, puesto que, prevé que tiene derecho al cuidado y educación sin violencia, A nuestro modo de ver, no hay contradicción entre lo previsto en la Constitución y la norma sustantiva. En esa línea, el ejercicio de la patria potestad —como se ha visto en el apartado anterior—, de conformidad a lo previsto en el art. 1626.1 del BGB, prevé que es una obligación y derecho que tienen los progenitores²⁸, mientras que los hijos tienen derecho al cuidado y educación sin violencia en función de la preponderancia del interés superior del menor. Además, resulta oportuno puntualizar que a nivel constitucional la premisa del legislador alemán se enfoca en erradicar la violencia por completo en la educación como parte del principio del interés superior del menor (ZYPRIES, 2008, 13).

En cuanto al ámbito jurisprudencial, si enfocamos este tema desde la perspectiva de una supuesta confrontación entre el derecho de los padres a ejercer la corrección de sus hijos como parte del ejercicio de la patria potestad y el derecho de los hijos a ser corregidos, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos diluye la supuesta controversia, por ejemplo, la STEDH de 6 julio de 2010²⁹, resuelve que en todos los casos que tengan a los niños como actores, se debe preponderar su bienestar, en la misma línea, la STEDH de 26 noviembre de 2013³⁰, establece que se debe preponderar el interés del menor.

2. LA EXCLUSIÓN DE DAÑOS PSICOLÓGICOS

Otra interrogante que se plantea sobre la exclusión de la violencia se encuentra en el origen del término “*seelische Verletzungen*”. Al respecto, conviene puntualizar que el término en cuestión reemplaza al término abuso mental (*seelische Misshandlung*) previsto anteriormente en la norma sustantiva alemana por considerarse su campo de aplicación demasiado limitado. En esa línea, se adopta el término “*seelische Verletzungen*” que se traduce como daño psíquico, daño mental, o bien como daño psicológico. Por nuestra parte, sin entrar a realizar un análisis sobre la semántica de los términos en cuestión vamos a priorizar su concepción como daño psicológico, sin dejar de lado su acepción como daño psíquico o como daño mental.

En cuanto a su alcance, en la nueva normativa las lesiones psíquicas han sido declaradas inadmisibles. Como resultado el concepto de abuso mental ha sido derogado de la versión anterior porque se consideraba demasiado limitada. Así pues, no se consideran admisibles las conductas que se basan en los insultos o que utilizan términos despectivos delante de amigos o en las clases de colegio, por los que el menor pasa vergüenza (LAURA MAIORINO, 2013, 43). Esto significa que, el daño psicológico con relación al derecho de corrección consiste en el maltrato de palabra a los hijos, que se lleva a cabo al interior de la estructura familiar, o bien en presencia de terceros que forman el entono social del menor, que no siempre puede ser el centro educativo, sino también cualquier lugar de esparcimiento.

Por su parte, hay quien va más allá, por cuanto, sostiene que el término “*seelische Verletzungen*” se trata de un maltrato psíquico que se caracteriza, entre otros, por un comportamiento enfermizo del padre que desmoraliza o se burla del hijo, atacándolo con ironías o sarcasmos, o bien por zarandearlo delante de terceros o por mantener un comportamiento ambiguo que incluye un trato con extrema frialdad (DE TORRES PEREA, 2006, 698 a 699)

En este caso, también se debe resaltar el maltrato de palabra en contra del menor, aunque como agravante se debe puntualizar la conducta anómala del progenitor como sujeto activo que no solo supera los límites del derecho de corrección, sino que se convierte en una causa que puede derivarse en la suspensión de la patria potestad, inclusive puede ser motivo para iniciar una investigación a cargo del Ministerio Público.

De lo analizado, más que una definición de daño psicológico en el contexto del derecho de corrección a los hijos, se pretende explicar su alcance mediante una serie de ejemplos, diferentes conductas ejercidas por el progenitor en contra de los hijos, aspecto que deja en evidencia lo complejo que resulta adoptar una definición puntual uniforme sobre el término “*seelische Verletzungen*”.

3. LA EXCLUSIÓN DE OTRAS MEDIDAS DEGRADANTES

En primer término, conviene preguntarse ¿Qué se entiende por el término medidas degradantes? Una aproximación general nos brinda (ROXIN, 2004, 177 a 180) quien afirma que para el ámbito del Derecho civil todos los castigos físicos se consideran degradantes porque vulneran la dignidad. En igual sentido, (HEINRICH, 2011, 436) señala que los castigos físicos no son admisibles, porque se consideran medidas degradantes.

A nuestro modo de ver, ambas posturas son totalmente válidas, aunque siguiendo la línea adoptada por el legislador alemán, conviene resaltar que, si se prohíbe la utilización de violencia física, lo más lógico es que las medidas degradantes tampoco justifiquen la aplicación de castigos psicológicos, puesto que, de ser así la postura del legislador no tendría sentido ni coherencia.

En esa línea, se manifiesta (HÄBEL, 2016, 210) para quien no existe un umbral mínimo de permisibilidad, la prohibición de los castigos corporales es una prohibición irrestricta, además el castigo corporal, de acuerdo con el texto y el propósito de la ley es inherentemente degradante, además de ello, conlleva lesiones psicológicas. Es decir, el castigo físico y el castigo psicológico *per se* son degradantes en virtud de la línea asumida por el legislador sobre este tema. No obstante, debemos reconocer que el término “medidas degradantes” sin una descripción sobre su alcance adquiere la connotación de un concepto jurídico indeterminado, motivo por el cual, no existe uniformidad de criterio en la doctrina sobre su contenido con relación al derecho de corrección de los hijos.

En función de la regulación del art. 1631. 2 del BGB, la tendencia mayoritaria que sigue la doctrina alemana sobre el derecho de corrección se posiciona en contra de los castigos físicos, por considerarlos degradantes (KARGL 2003, 57 a 64). Desde nuestro punto de vista, debemos puntualizar que el legislador recurre

al término “medidas degradantes” no para justificar que los castigos físicos son degradantes, sino más bien para proteger al menor de la utilización de otro tipo de violencia además de la física y la psicológica por parte de los progenitores. Por ejemplo, la violencia económica que se refleja en este caso en privar a los hijos de la alimentación necesaria para su desarrollo y crecimiento, so pretexto de considerarse este tipo de castigo como una medida coercitiva de corrección.

En esa línea, se afirma que las medidas degradantes eran necesarias, porque caso contrario con la prohibición únicamente de la violencia psicológica, se dejaba abierta la posibilidad de recurrir a medidas degradantes para justificar el uso de la violencia (LAURA MAIORINO, 2013, 78). De esta forma, se deja de lado toda excepción que justifique la aplicación de medidas degradantes como medidas correctivas.

No obstante, consideramos en buena fe que los progenitores que recurren a este tipo de medidas lo hacen de forma inconsciente, porque no conocen el significado de una medida degradante y sus consecuencias en el desarrollo integral del menor, caso contrario si existe premeditación y se recurre de forma periódica a este tipo de medidas, esta conducta se convierte en un acto que adquiere la connotación de tipificable en el ámbito del derecho penal, por cuanto, supera el ámbito del derecho civil.

De lo anterior, se debe resaltar que, en la norma sustantiva alemana con relación al contenido del derecho de corrección, el motivo de controversia radica en el alcance del término “medidas degradantes”, porque lo relacionado a los castigos físicos meridianamente queda claro que se encuentra prohibido. En ese sentido, si partimos de la tendencia adoptada por el legislador alemán desde la modificación del BGB el año 1979, no cabe mayor duda de que las medidas degradantes tienen como finalidad desterrar cualquier tipo de violencia psicológica en contra de los hijos, que afecte, entre otros, su conducta o autoestima. De lo contrario, no tendría sentido prohibir la violencia física, por un lado, y permitir la violencia psicológica por otro.

En ese marco, en el afán de explicar el alcance del término “medidas degradantes” se afirma que su contenido se refiere a otros comportamientos humillantes, entre los cuales se encuentran; la pérdida de autoestima o de su dignidad, que se plasma castigando al menor, entre otros, privándole de su libertad de movimiento, o bien obligándole a cambiar de apariencia, por ejemplo, cortándole el cabello, pero no solo eso, sino que inclusive incluye la coacción para realizar conductas delictivas (DE TORRES PEREA, 2006, 699).

A nuestro modo de ver, en buena fe los padres que incurren en este tipo de conductas no son conscientes de sus consecuencias, salvo en el caso de la incitación a realizar actos ilícitos, puesto que, por más que en principio no se aprecie un castigo físico, también se consideran conductas violentas, toda vez que, se

afecta la dignidad personal de los hijos que repercute de forma negativa en su estabilidad emocional.

Al respecto, conviene realizar dos lecturas sobre los motivos que conllevan la aplicación de medidas degradantes como parte del ejercicio del derecho de corrección por parte de los progenitores en contra de los hijos:

- Primero. El o los progenitores recurren al ejercicio abusivo del derecho de corrección pensando de forma errónea que la disciplina de los hijos se construye mediante el uso de la violencia, que no siempre es física, pero que no por eso deja de considerarse un tipo de violencia. Este tipo de conducta conlleva al menos la suspensión de la patria potestad y si los progenitores se encuentran divorciados, la primera medida que se debe asumir consiste en la suspensión de la custodia de los hijos si la tienen asignada, o bien si no tienen asignada la custodia, se debe restringir el contacto del progenitor infractor con el menor³¹.
- Segundo. El o los progenitores recurren al ejercicio de la violencia en el derecho de corrección como un síntoma de que su capacidad para gestionar el cuidado y la educación de los hijos ha sido superada, aunque como una especie de coartada los padres —hasta que no se demuestre lo contrario— pueden afirmar que la conducta de los hijos no se ajusta a los cánones normales de comportamiento, aspecto que debe ser ratificado o rechazado luego de un diagnóstico especializado a los hijos.

En ese marco, se señala que en caso de que los padres fracasen en la educación de los hijos, se debe recurrir al apoyo del Estado, con la finalidad de que mediante sus diferentes instituciones y reparticiones se diagnostique las causas que motivan al menor a actuar de forma diferente a otros menores y se implemente medidas de apoyo para que la conducta de los hijos se reencause por los cánones normales de comportamiento acorde a su etapa de crecimiento, pero solo si otras medidas de apoyo, como la asistencia educativa, no han tenido el efecto deseado (STEINBERG, 2009, 20). Sobre el tema, se resalta la intervención del Estado, puesto que, no se deja a los hijos sin protección³². No obstante, no deja llamar la atención que sean terceros a título de especialistas los que encuentren solución, toda vez que, quienes mejor conocen a sus hijos son los progenitores.

4. UN BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO SOBRE EL DERECHO DE CORRECCIÓN A LOS HIJOS EN ESPAÑA Y ALEMANIA

En primer término, como no podía ser de otra manera al amparo de la normativa internacional sobre la protección del menor tanto en la normativa española como en la normativa alemana, se prioriza el interés del menor en cuanto al ejer-

cicio del derecho de corrección sobre los hijos, por ejemplo, de conformidad a lo establecido en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

La mutación normativa de esta figura jurídica es otro aspecto que conviene resaltar tanto en la normativa española como en la normativa alemana. En el caso español, de conformidad a lo establecido en el art. 154 del CC, hasta el año 2007 se permitía corregir a los hijos de forma razonable y moderada. En el caso alemán, hasta el año 1979 el contenido del art. 163 I del BGB justificaba inclusive el uso de la fuerza por parte de los progenitores como parte del derecho de corrección sobre los hijos.

De lo anterior, resulta oportuno puntualizar que la principal motivación tanto del legislador alemán como del legislador español consiste en erradicar el uso de la violencia como parte del derecho de corrección sobre los hijos. No obstante, llama la atención el hecho de que el legislador español a diferencia del legislador alemán comienza el periodo de mutación normativa con un significativo retraso.

Por su parte, en el caso alemán la mutación normativa concluye con la prohibición expresa en el art. 163 I del BGB del uso de la violencia en su ejercicio no solo de carácter físico y carácter psicológico, sino de cualquier otro tipo de violencia o medida degradante. En cambio, el legislador español si bien modifica el art. 154 del CC no lo hace de forma contundente, toda vez que, se limita a establecer que la patria potestad, como responsabilidad parental, entre otros, se ejercerá con respecto a sus derechos, su integridad física y mental.

Por último, el derecho de corrección sobre los hijos tanto en la normativa española como en la normativa alemana forma parte del ejercicio de la patria potestad que tienen los progenitores. No obstante, en el caso español de conformidad a lo establecido en el art. 154 del CC se mantiene como un derecho que tienen los progenitores sobre los hijos. En cambio, en el caso alemán en virtud del art. 163 I del BGB el derecho de corrección es un derecho que tienen los hijos.

V. CONCLUSIONES

I. En la normativa sustantiva alemana se prioriza la figura jurídica del matrimonio como principal requisito para que los progenitores asuman la titularidad y el ejercicio compartido de la patria potestad, aspecto que llama la atención tomando en cuenta la irrupción de los nuevos modelos de familia que precisamente no se caracterizan en todos los casos por la existencia de un vínculo matrimonial entre las partes.

II. La norma sustantiva alemana en sede matrimonial regula únicamente el sistema de ejercicio compartido de la patria potestad. En caso de desacuerdo insta a los progenitores a consensuar sobre los motivos de discrepancia. No obstante, en el supuesto de que el desacuerdo sea insalvable se recurre a solicitud

de unos de los progenitores ante un tribunal familiar, con la finalidad de que se transfiera el poder de decisión sobre la función de la patria potestad que es motivo de desacuerdo, para que uno de los progenitores pueda asumir el ejercicio parcial de la patria potestad.

III. El periodo de mutación normativa sobre el contenido del derecho de corrección previsto en el numeral 2 del art. 1631 del BGB, se ha extendido por más de cuatro décadas, aspecto que motiva a entender la cautela con la que el legislador alemán ha afrontado el cambio de tendencia entre la aplicación de castigos físicos mínimos como medida correctiva y la prohibición del uso de la violencia física, psicológica y cualquier otro tipo de medida degradante.

IV. El derecho de corrección figura propia del ejercicio de la patria potestad no se contrapone al derecho de corrección de los hijos, sino que el ejercicio permanece inalterable en favor de los progenitores. No obstante, la nueva tendencia adoptada por el legislador alemán configura el cuidado y educación de los hijos como un derecho del niño, en función del interés superior del menor contemplado no solo en la normativa nacional e internacional, sino también en base a la jurisprudencia creada sobre el tema.

V. La redacción vigente en el BGB alemán sobre el derecho de corrección prohíbe el uso de la violencia física y psicológica, así como también cualquier tipo de medidas degradantes en contra de los hijos. En ese sentido, el punto de quiebre sobre el contenido del derecho de corrección radica en el alcance del término “medidas degradantes”, que para unos permite la aplicación de castigos adecuadamente proporcionados. En cambio, para otros no se admite esa posibilidad, postura que hacemos nuestra, por cuanto, las reformas normativas se direccionaron en función de evitar cualquier tipo de violencia en el cuidado y educación de los hijos.

VI. El legislador alemán regula la prohibición de aplicar cualquier tipo de medidas degradantes que no se ajusten al alcance de la violencia física y la violencia psicológica, con la finalidad de proteger a los hijos de la utilización de otro tipo de violencia como medida correctiva por más esporádica y necesaria que sea, caso contrario no tendría sentido configurar el cuidado y educación como un derecho de los hijos, porque la finalidad de la reformas legislativas en el marco del derecho de corrección perdería coherencia.

VI. JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH de 26 noviembre de 2013.
- STEDH de 6 julio de 2010.

Tribunal Superior de Justicia de Alemania

- Tribunal Superior de Justicia (OLG) de München de 21 febrero de 2023.
- Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Zweibrücken de 11 marzo de 2021.
- Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Frankfurt de 13 de marzo de 2020.
- Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Braunschweig de 30 julio de 2020.
- Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Hamm de 5 de junio de 2020.
- Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Nürnberg de 27 mayo de 2015.
- Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Nürnberg de 11 de junio de 2015.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DE TORRES PEREA, J. M., “Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, *Revista Anuario de derecho civil*, vol. 59, núm. 2, 2006, pp. 675-742.
- HÄBEL, H., “Das Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung und seine Bedeutung fuer die Zulaessigkeit Koerperlichen Zwangs in Einrichtungen der Kinder und Judenhilfe Teil 2”, *ZKJ kinschaftsrecht und Jugendhilfe*, núm. 6, 2016, pp. 204-211.
- HEINRICH, M., “Elterliche Züchtigung und Strafrecht”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, núm. 5, 2011, pp. 431-443.
- HOFFMANN, B., MEYSEN, T y OYGEN, E., “Gemeinsame oder alleinige elterliche Sorge nach häuslicher Gewalt”, en *Kindschaftssachen und häusliche Gewalt Umgang, elterliche Sorge, Kindeswohlgefährdung, Familienverfahrensrecht*, SOCLES International Centre for Socio Legal Studies, 2021, pp. 46-72.
- KARGL, W., “Das Strafunrecht der elterlichen Züchtigung (§ 223 StGB)“, *Neue Justiz*, vol. 57, núm. 2, 2003, pp. 57-64.
- KNAUER, F., „Elterliches Züchtigungsrecht und Notwehr unter Ehegatten“ *JURA – Juristische Ausbildung*, vol. 36, núm. 2, 2014, pp. 254-260.
- KEUTER, W., “Erzwungene Gemeinsamkeit? Elterliche Sorge Nicht Verheirateter Eltern.” *Zeitschrift Für Rechtspolitik*, vol. 45, núm. 6, 2012, pp. 171-174.
- LAMBRECHT, C. y BOSSE, S., “Plädoyer für eine gemeinsame elterliche Sorge”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, vol. 46, núm. 1, 2013, pp. 9-12.
- LAURAMAIORINO, M. J., *Elterliches Züchtigungsrecht und Strafrecht in rechtsvergleichender Sicht*, Köln, 2003.
- LUZÓN PEÑA, D. M., “Derecho de corrección a menores”, *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 18, núm. 99, 2022, pp. 11-36.
- ROXIN, C., “Die strafrechtliche Beurteilung der elterlichen Züchtigung”, *Zeitschrift für Juristische Schulung*, 2004, pp. 177-180.
- RIEMER, M., “Körperliche Züchtigung nunmehr verboten”, *Zfj*, núm. 8-9, 2003, pp. 328-332.
- SANDERS, N., “Paternidad y responsabilidad parental en el derecho constitucional familiar alemán” en N. ESPEJO (Dir.), *La responsabilidad parental en el derecho*, Tirant lo Blanch; 2023, pp. 255-298.

- STEINBERG, A., *Der Begriff des Kindeswohls im Wandel unter Berücksichtigung der Einflussnahme der Kindheitsforschung*, Bergische Universität, Wuppertal, 2009.
- ZYPRIES, B., “Kinderschutz und Kinderrechte. Herausforderungen für eine moderne Rechtspolitik”, en N. LANGENBACHER (Coord.), *Machen wir’s den Kindern Recht, Berlin*, Friedrich Ebert Stiftung, 2008, pp. 9-20.
- ZIRNGAST, S., *Das elterliche Züchtigungsrecht im rechtshistorischen Ländervergleich zwischen Österreich und Deutschland*, Graz, 2015.

*Trabajo recibido el 10 de octubre de 2023 y aceptado
para su publicación el 18 de diciembre de 2023*

NOTAS

¹ Véase la Ley sobre la nueva regulación de los derechos de la autoridad parental de 8 de julio de 1979 (Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge). Al respecto, conviene puntualizar también que esta Ley reemplaza el término “elterliche Gewalt” (poder parental) por el término actual “elterliche Sorge” (cuidado parental).

² De forma textual, el art. 1631 de la Ley sobre la nueva regulación de los derechos de la autoridad parental de 8 de julio de 1979 (Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, vom 18. Juli 1979), queda redactado de la siguiente forma:

“(1) Die Personensorge umfasst insbesondere das Recht und die Pflicht, das Kind zu pflegen, zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen.

(2) Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen sind unzulässig.

(3) Das Vormundschaftsgericht hat die Eltern auf Antrag bei der Ausübung der Personensorge in geeigneten Fällen zu untersetzen”.

Además, se incluye el art. 1631, incisos a) y b), que, entre otros, en el inciso a), numeral 1, establece que: “In angelegenheiten der ausbildung und des berufes nehmen die eltern insbesondere auf eignung und neigung des kindes rücksicht”. Es decir, en el ámbito de la educación y la profesión los padres prestarán especial atención a la idoneidad y aptitud del niño (traducción propia).

³ El art 1666 de la Ley de reforma de protección del menor de 1998 (Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG), establece que:

“(1) Wird das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermögen durch missbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge, durch Vernachlässigung des Kindes, durch unverschuldetes Versagen der Eltern oder durch das Verhalten eines Dritten gefährdet, so hat das Familiengericht, wenn die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen”. En el ámbito jurisprudencial, la Sentencia Tribunal Superior de Justicia (OLG) de München de 21 febrero de 2023, afirma que ya en épocas anteriores, al amparo del art. 1666 del BGB se justificaba la separación del menor de la familia, si como en este caso la Ley del domicilio de origen del menor permitía a los progenitores el castigo corporal a los hijos.

⁴ De forma textual, el párrafo 2 del art. 1631 de la Ley de reforma de protección del menor de 1998 (Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG), se modifica de la siguiente forma: “Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen, insbesondere körperliche und seelische Misshandlungen, sind unzulässig”.

⁵ Véase la Ley sobre la prohibición de la violencia en la educación y la modificación sobre la manutención de los hijos de 7 de noviembre de 2000 (Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts).

⁶ El párrafo 2 del artículo 1631 de la Ley sobre la prohibición de la violencia en la educación y la modificación sobre la manutención de los hijos de 7 de noviembre de 2000 (Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts) expresamente señala lo siguiente: “Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig”.

⁷ Véase la Ley sobre la reforma de la tutela y curatela de 04 de mayo de 2021 (Gesetz zur Reform des Vormundschafts und Betreuungsrechts).

⁸ El párrafo 2 del art 1631 de Ley sobre la reforma de la tutela y curatela de 04 de mayo de 2021 (Gesetz zur Reform des Vormundschafts und Betreuungsrechts), prevé expresamente que: “Das Kind hat ein Recht auf Pflege und Erziehung unter Ausschluss von Gewalt, körperlichen Bestrafungen, seelischen Verletzungen und anderen entwürdigenden Maßnahmen”.

⁹ El numeral 1 del art. 1626 del BGB prevé de forma expresa que: “Die Eltern haben die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen (elterliche Sorge). Die elterliche Sorge umfasst die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) und das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge)”.

¹⁰ El numeral 2 del art. 1626 del BGB prevé textualmente que: “Bei der Pflege und Erziehung berücksichtigen die Eltern die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln. Sie besprechen mit dem Kind, soweit es nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist, Fragen der elterlichen Sorge und streben Einvernehmen an”.

¹¹ El numeral 3 del art. 1626 del BGB regula de forma expresa que: “Zum Wohl des Kindes gehört in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen. Gleiches gilt für den Umgang mit anderen Personen, zu denen das Kind Bindungen besitzt, wenn ihre Aufrechterhaltung für seine Entwicklung förderlich ist”.

¹² El art. 1626a del BGB, regula de forma textual los supuestos en los cuales los progenitores no se encuentren casados (Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern) de la siguiente forma: “(1) Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu,

1. wenn sie erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen),
2. wenn sie einander heiraten oder
3. soweit ihnen das Familiengericht die elterliche Sorge gemeinsam überträgt.

(2) Das Familiengericht überträgt gemäß Absatz 1 Nummer 3 auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge beiden Eltern gemeinsam, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht. Trägt der andere Elternteil keine Gründe vor, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können, und sind solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich, wird vermutet, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht.

(3) Im Übrigen hat die Mutter die elterliche Sorge”.

¹³ El art. 1627 del BGB concretamente prevé que: “Die Eltern haben die elterliche Sorge in eigener Verantwortung und in gegenseitigem Einvernehmen zum Wohl des Kindes auszuüben. Bei Meinungsverschiedenheiten müssen sie versuchen, sich zu einigen”.

¹⁴ De forma textual, el contenido del art. 1628 del BGB establece que: “Können sich die Eltern in einer einzelnen Angelegenheit oder in einer bestimmten Art von Angelegenheiten der elterlichen Sorge, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, nicht einigen, so kann das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils die Entscheidung einem Elternteil übertragen. Die Übertragung kann mit Beschränkungen oder mit Auflagen verbunden werden”.

¹⁵ Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Frankfurt de 13 de marzo de 2020. En igual sentido, sobre autorización de viaje en tiempos de coronavirus, véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Braunschweig de 30 julio de 2020.

¹⁶ Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Hamm de 5 de junio de 2020.

¹⁷ Véase la Sentencia Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Zweibrücken de 11 marzo de 2021.

¹⁸ Véase la Sentencia OLG Karlsruhe, 23 Oktober 2020, 16 WF 133/20.

¹⁹ Véase la Sentencia OLG Hamburg, 22 Juni 2021, 12 UF 61/21.

²⁰ Sobre el tema, el numeral 1 del art. 1629 del BGB establece de forma literal que: “Die elterliche Sorge umfasst die Vertretung des Kindes. Die Eltern vertreten das Kind gemeinschaftlich... Ein Elternteil vertritt das Kind allein, soweit er die elterliche Sorge allein ausübt oder ihm die Entscheidung nach § 1628 übertragen ist. Bei Gefahr im Verzug ist jeder Elternteil dazu berechtigt, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Kindes notwendig sind; der andere Elternteil ist unverzüglich zu unterrichten”.

²¹ El numeral 1 del art. 1629 del BGB regula de forma textual que: “Sind die Eltern des Kindes miteinander verheiratet oder besteht zwischen ihnen eine Lebenspartnerschaft, so kann ein Elternteil Unterhaltsansprüche des Kindes gegen den anderen Elternteil nur im eigenen Namen geltend machen, Solange (1) die Eltern getrennt leben... Eine von einem Elternteil erwirkte gerichtliche Entscheidung und ein zwischen den Eltern geschlossener gerichtlicher Vergleich wirken auch für und gegen das Kind”.

²² Al respecto, el art. 1631 a) del BGB establece que: “In Angelegenheiten der Ausbildung und des Berufs nehmen die Eltern insbesondere auf Eignung und Neigung des Kindes Rücksicht. Bestehen Zweifel, so soll der Rat eines Lehrers oder einer anderen geeigneten Person eingeholt werden”.

²³ Sobre la edad en que se alcanza la mayoría de edad (Eintritt der Volljährigkeit), el art. 2 del BGB concretamente prevé que: “Die Volljährigkeit tritt mit der Vollendung des 18. Lebensjahres ein”.

²⁴ Véase la publicación del 2 julio de 1992 sobre la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 en Alemania (Bekanntmachung ueber das Inkrafttreten des Uebereinkommens ueber die Rechte des Kindes, vom 10. Juli 1992).

²⁵ Al respecto, el numeral 1 del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 establece que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Documento disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>

²⁶ Al respecto, resulta oportuno tener en cuenta el contenido del numeral 1 del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que establece lo siguiente: “Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Documento disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>

²⁷ De forma textual, el art. 6.2 de la Constitución alemana (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) establece que: “Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht...”.

²⁸ Véase la cita núm. 13 del apartado III sobre la patria potestad del presente trabajo, con relación al contenido del numeral 1 del art. 1626 del BGB, que contempla los principios generales de la patria potestad (Elterliche Sorge, Grundsätze).

²⁹ Véase la STEDH de 6 julio de 2010, Gran Sala, 41615/05.

³⁰ Véase la STEDH de 26 noviembre de 2013, Gran Sala 27853/09.

³¹ En el ámbito jurisprudencial, se destaca la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Nürnberg de 27 mayo de 2015, así como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Nürnberg de 11 de junio de 2015, ambos fallos que en virtud del art. 1631.2 del BGB suspenden parcialmente el ejercicio de la custodia de los hijos por haber recurrido a castigos corporales en contra de los hijos menores de edad.

³² Al respecto, el numeral 3 del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, establece que: “Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

**RESOLUCIONES
DE LA DIRECCIÓN GENERAL**

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

Coordinado por Juan José Jurado Jurado

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 29-11-2023
BOE 3-1-2024
Registro de la Propiedad de Lalín.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

No cabe a través del recurso gubernativo revisar la validez de asientos ya practicados.

Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 324 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene, en consecuencia, por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o no del título ya inscrito, ni de la procedencia o no de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales, en este caso la inscripción de una herencia de varias fincas. De acuerdo con lo anterior, es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (artículos 1, 38, 40, 82 y 83 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 4-12-2023
BOE 26-1-2024
Registro de la Propiedad de Pego.

SERVIDUMBRES: DETERMINACIÓN DE SU EXTENSIÓN.

La exigencia de identificación de la parte de la finca afectada por la servidumbre no implica que sea necesario inscribir la base gráfica de la finca.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la inscripción del derecho de servidumbre debe expresar su extensión, límites y demás características configuradoras, como presupuesto básico para la fijación de los derechos del predio dominante y las limitaciones del sirviente y, por tanto, no puede considerarse como suficiente a tal efecto, la identificación que de aquéllas se efectúa cuando se convienen indeterminaciones sobre datos esenciales que afecten tanto al contenido de la misma como a la superficie concreta del predio sirviente objeto de gravamen. También ha reconocido esta Dirección General, la evidente dificultad que en ocasiones plantea la descripción de ciertas servidumbres.

Como regla general, para inscribir la transmisión o gravamen de una finca en su totalidad, que ya conste inmatriculada sin georreferenciación de su ubicación y delimitación, no es obligatorio inscribir la georreferenciación de la misma. En el caso que nos ocupa, se pretende inscribir un derecho real de goce limitativo del dominio, que no recae sobre la totalidad de la finca gravada, sino solo sobre una porción de la misma. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo la de que en estos casos no es preciso dividir la finca para separar como fincas distintas la parte gravada de la no gravada, pero sí que es necesario identificar con toda previsión cada una de ellas dentro de la finca que va a seguir siendo única.

En el presente expediente el recurso debe ser estimado. El notario autorizante determina suficientemente tanto su contenido, como la concreta ubicación de la misma. La descripción literaria de la servidumbre constituida debería considerarse, por sí misma, suficiente a efectos de dar cumplimiento a las exigencias del principio de determinación o especialidad, puesto que delimita de manera indubitada el concreto espacio geográfico objeto de gravamen, indicando tanto su longitud, como su anchura y punto por el que discurre (vértice de las tres fincas a lo largo del lindero común de los predios sirvientes hasta la calle de su situación). Confirma, además, tal afirmación, la incorporación de un plano en el propio título objeto de calificación.

La misma suerte debe correr el segundo defecto expresado en la calificación recurrida. El hecho de la falta de previa incorporación de la base gráfica georreferenciada de los predios sirvientes no puede ser obstáculo que impida, por sí mismo, la inscripción de la servidumbre.

Resolución de 12-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón, número 2.

OPCIÓN DE COMPRA: PROHIBICIÓN DE PACTO COMISORIO.

No cabe rechazar la inscripción de una opción si no consta con claridad y no por meras conjeturas la concurrencia de un supuesto de pacto comisorio.

En relación con la opción de compra, cabe recordar que esta Dirección General ha puesto de relieve en numerosas ocasiones (vid. las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero de 2020, y en particular las de 27 de octubre de 2020, 15 de marzo y 21 de julio de 2021 y 13 de julio de 2022, en un caso similar a este, así como otras citadas en los «Vistos» de la presente) que el Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el

deudor (vid. artículos 6, 1.859 y 1.884 del Código Civil). También este Centro Directivo ha aplicado la prohibición del pacto comisorio incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos.

No obstante, también ha reiterado este Centro Directivo (vid., por todas, la citada Resolución de 28 de enero de 2020 y la más reciente de 13 de julio de 2022, para un caso similar), que toda calificación registral ha de formularse atendiendo a los términos del documento objeto de la misma y a los propios asientos del Registro; y en el reducido marco de este expediente, ni el registrador, ni esta Dirección General, pueden —más que analizar— enjuiciar o conjeturar acerca de intenciones de las partes en aquellos casos en que no exista clara y patente constatación, so capa de una pretendida obligación de impedir el acceso al Registro de títulos en posibles supuestos en los que la constitución de la opción de compra haya podido haber sido pactada en función de garantía del cumplimiento de una obligación pecuniaria (contraviniendo la prohibición de pacto comisorio establecida por los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil). Por ello —se añade— podría admitirse el pacto comisorio siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión; si bien para poder admitir la validez de dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes, ya que sólo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad, del pacto en cuestión.

Por tales razones el defecto invocado por la registradora en su calificación ha de ser revocado, ya que —como ya se dijo en la Resolución de 28 de enero de 2020 y se reitera ahora— no se deduce de forma patente de lo pactado que estemos claramente ante un contrato de financiación inmobiliaria que esté sometido a la Ley 2/2009, de 31 de marzo, ni que la opción de compra se constituya en función de garantía de aquella. El caso aquí planteado es una pura operación inmobiliaria, intermedia entre las arras o señal y la venta, que el legislador permite que alcance eficacia real y sea inscribible.

En cuanto a la aseveración de la registradora que señala que «aunque no se pacte expresamente condición resolutoria, se deja igualmente al arbitrio del concedente la eficacia de la opción», esto es, dejando libremente a los concedentes de la opción la posibilidad de dejar sin efecto en un determinado plazo la operación si encuentran nuevos compradores, que mejoren el precio pactado, configurando en tal caso la cantidad entregada como arras o señal que se perdería, podría discutirse que no es propia condición suspensiva al depender en exclusiva de la voluntad de una de las partes. No obstante, como alega el recurrente, la interpretación del Tribunal Supremo sobre el artículo 1.115 del Código Civil, establece que no puede considerarse como puramente potestativa una condición pactada cuando la misma está estrechamente ligada y en dependencia de motivos razonables.

Resolución de 12-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Alhama de Murcia.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: ART. 79 RD 1093/1997.

Procede la inscripción de una venta de participaciones indivisas si ni el Ayuntamiento ni la Comunidad Autónoma aprecian indicios de parcelación urbanística.

En materia de parcelación urbanística, esta Dirección General ha conocido diferentes casos con soluciones no siempre homogéneas dado que se trata de un fenómeno casuístico, complejo y con una normativa necesitada de actualización, sosteniendo, no obstante, que el análisis de la diferente tipología de supuestos de parcelación, sea meramente potencial, sea consolidada y el tratamiento jurídico urbanístico que debe dispensarse a cada uno de ellos, no encaja en el reducido marco del recurso ante esta Dirección General y no constituye el cauce adecuado para su planteamiento, de modo que la calificación registral debe quedar circunscrita a la valoración de la concurrencia de supuestos objetivos de parcelación, debidamente justificados, y a la eventual exigencia de intervención municipal en forma de licencia o declaración de innecesariedad o por la vía del artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, según los casos, siempre de acuerdo con lo dispuesto en la legislación urbanística de aplicación –cfr. Resolución de 5 de julio de 2022–.

En el caso de la mera transmisión de una finca a dos compradores por mitad y proindiviso (mediante una compraventa simultánea y no sucesiva), o de una cuota indivisa ya inscrita en el Registro, amparada por tanto por la legitimación registral, no debe justificarse, como regla general, la exigencia de intervención administrativa alguna, a menos que vaya acompañada de un indicio cualificado. Este indicio revelador de «posible» parcelación urbanística sería suficiente para justificar el inicio del procedimiento regulado en el artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, en orden a que la Administración competente pueda pronunciarse sobre la concurrencia efectiva o no de esa «posible» parcelación urbanística y adoptar las medidas preventivas oportunas, entre ellas la prohibición de disponer —cfr. apartado quinto— con las debidas garantías procedimentales para el interesado.

Teniendo en cuenta el último pronunciamiento del organismo agrario competente, así como lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que establece que el registrador de la Propiedad practicará la inscripción de las operaciones solicitadas, si transcurridos cuatro meses desde la fecha de la nota puesta al margen del asiento de presentación, no se presentare el documento acreditativo de incoación del expediente de disciplina urbanística, no cabe sino revocar el defecto planteado por el registrador.

Resolución de 12-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Amurrio.

HERENCIA: SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO.

Se reitera una interpretación restrictiva de las facultades dispositivas del fiduciario en los casos de sustitución fideicomisaria de residuo.

Por tanto, en la sustitución fideicomisaria de residuo, el fideicomisario es heredero desde la muerte del causante fideicomitente, pero el contenido de la herencia será mayor o menor en función de los actos dispositivos del fiduciario. Como plantea el registrador en la calificación, se trata de determinar si la cláusula testamentaria que establece determinada previsión para el caso de que la instituida heredera no hubiese dispuesto de los bienes comprende la disposición por acto

mortis causa y por tanto haya de encuadrarse en la figura del fideicomiso de residuo, o, en cambio, en una sustitución preventiva de residuo. En los fideicomisos de residuo lo condicional no es el llamamiento en sí, sino su contenido, es decir, no se condiciona la cualidad sino el «quantum» de la misma. Está expresamente admitido que las facultades de disposición pueden ejercitarse ser a título gratuito y también «mortis causa», si bien es preciso que sean atribuidas de manera expresa. Y tradicionalmente se ha venido considerando que la mayor o menor amplitud de la facultad de disposición concedida al fiduciario da lugar a la aparición del fideicomiso “si aliquid supererit” (“si queda algo”) y del fideicomiso o “de eo quod supererit” (“de lo que deba quedar”).

En la doctrina de esta Dirección General (Resoluciones de 9 de junio de 2015, 28 de enero de 2020 y 6 de septiembre de 2022, entre otras) se interpreta en numerosas ocasiones el alcance de la figura de la sustitución fideicomisaria de residuo, para determinar si estaban incluidas o no por defecto las facultades dispositivas a título oneroso o gratuito «inter vivos» o «mortis causa». Así, se ha afirmado por este Centro Directivo que, si no se le faculta expresamente en el testamento al heredero fiduciario, este no tiene facultades de disposición a título gratuito, ni por tanto mortis causa; que no se puede considerar como sustitución preventiva de residuo una disposición testamentaria en la que se otorgan al fiduciario facultades dispositivas de los bienes a título oneroso e inter vivos, sin atribución de facultades de disposición mortis causa; y se añade que el poder de disposición que tiene el fiduciario en el fideicomiso de residuo no comprende los actos dispositivos a título gratuito salvo que tal posibilidad se haya previsto expresamente por el fideicomitente. En el supuesto concreto, la cláusula es la siguiente: «Para el caso de que su esposa le (...) o falleciese sin haber dispuesto de sus bienes, el testador ordena: (...) en el remanente de sus bienes instituye herederos a sus tres citados hijos (...) por partes iguales». Conforme al sentido literal de las palabras, resulta que no se expresa de forma clara ni siquiera aparente que incluya facultades de disposición mortis causa, por lo que según se ha expuesto anteriormente, la interpretación restrictiva doctrinal debe excluirlas.

En el limitado marco de este expediente, lo que se ha de resolver es si es o no inscribible la escritura de adjudicación de la herencia de la fiduciaria, habida cuenta de que es otorgada solo por el heredero de la misma sin tener en cuenta los posibles interesados como fideicomisarios en el residuo de la primera sucesión. Y, en consecuencia, debe concluirse que se hace necesaria la intervención de los mismos para la inscripción.

Resolución de 12-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Medio Cudeyo-Solares.

PROPIEDAD HORIZONTAL: VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO.

La norma que reduce la mayoría necesaria para los acuerdos en relación con el alquiler de viviendas turísticas no puede extenderse a al alquiler vacacional.

La Ley sobre propiedad horizontal ha superado dos características propias del clásico concepto de la copropiedad romana o por cuotas, de la que se aparta al no reconocer a los copropietarios la acción de división ni el derecho de retracto, y por eso dota a esa comunidad sobre los elementos comunes de una regulación especial en la que los intereses comunitarios predominan sobre el individual y encuentren su debida protección jurídica a través del órgano competente y con las facultades y límites que la propia Ley señala (cfr. la Resolución de 15 de junio de 1973).

Uno de los supuestos en que la misma ley exceptúa la unanimidad es el contemplado en el apartado 12 del citado artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, introducido en dicha ley por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que reduce la mayoría necesaria al voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación para adoptar el acuerdo, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación turística de las viviendas.

Es indudable que esta nueva norma reduce la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo que limite o condicione el alquiler turístico en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de la actividad de uso turístico de viviendas y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial, pero no permite que esa excepción a la norma general de la unanimidad alcance a otros acuerdos relativos a otros usos de las viviendas o locales, como es, por ejemplo, el mero alquiler vacacional (vid. las Resoluciones de esta Dirección General de 5 y 16 de junio y 16 de octubre de 2020, 15 de enero, 8 de junio y 1 de diciembre de 2021 y 7 de febrero de 2023), o, como ocurre en el presente caso, el uso vacacional.

Resolución de 12-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Tavernes de Valldigna.

CÓNYUGES CASADOS BAJO RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EXTRANJERO: ART. 92 DEL RH.

Caso de que los cónyuges adquirentes estén sujetos a un régimen económico extranjero, bastará que el notario lo exprese así en la escritura.

El sistema español de seguridad jurídica preventiva tiene como uno de sus pilares básicos la publicidad de la titularidad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Por ello, la determinación de la titularidad debe quedar reflejada en los asientos del Registro de la Propiedad. Tratándose de personas casadas, la titularidad queda afectada por la existencia convencional o legal de un régimen económico matrimonial que determina el ejercicio y extensión del derecho. Para que dichas circunstancias puedan ser conocidas por terceros el Registro debe publicarlas, por lo que se exige la debida constancia de cuál sea el régimen económico matrimonial aplicable al titular registral. Por otra parte, debe tenerse

presente que la entrada en juego de un ordenamiento extranjero no supone la renuncia a la determinación de la situación jurídica publicada ni que el notario español pueda adoptar una actitud pasiva.

Tratándose de adquisiciones llevadas a cabo por personas cuyo régimen económico-matrimonial esté sujeto a una ley extranjera, la finalidad de publicar una situación jurídica cierta no se ve modificada por dicha circunstancia. La cuestión, sin embargo, es más compleja pues la determinación de cuál sea el régimen aplicable implica el conocimiento del Derecho extranjero, lo que no es obligado para los funcionarios españoles. Esta oposición entre la exigencia legal de publicar en toda su extensión el derecho adquirido y las dificultades para determinar cuál ha de ser el régimen matrimonial legalmente aplicable ha sido cuestión de preocupación ya desde antiguo para nuestra jurisprudencia y para este Centro Directivo. A esta dificultad pretende dar respuesta el artículo 92 del Reglamento Hipotecario.

De otro lado, el notario español está obligado a aplicar la norma de conflicto española (artículo 12.6 del Código Civil) y a determinar, conforme a dicha norma, la ley material que resulte aplicable al régimen económico de los cónyuges. Así, aunque el notario desconozca el contenido de la ley material extranjera, reflejará debidamente en la comparecencia del instrumento público cuál ha de ser la norma aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges. En definitiva, no debe confundirse la falta de obligación de conocer el Derecho extranjero con el deber de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable. Pero, en el caso de tratarse de dos cónyuges extranjeros de la misma nacionalidad, no necesita mayor aclaración pues su régimen económico-matrimonial, a falta de pacto, será el régimen legal correspondiente a su ley nacional común.

Como puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 20 de diciembre de 2011, una vez realizada por el notario autorizante la labor de precisión del carácter legal del régimen económico-matrimonial, desvaneciendo así toda posible duda sobre origen legal o convencional de dicho régimen, no puede el registrador exigir más especificaciones. En el presente caso, el notario ha precisado cuál es la ley aplicable. Por ello, carecen de virtualidad alguna los obstáculos manifestados por el registrador.

Resolución de 12-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Santa Fe, número 2.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Para denegar una inscripción de una base gráfica es necesario acreditar la concurrencia de dudas fundadas.

Como cuestión procedimental, cabe recordar que la Resolución de este Centro Directivo de 10 de noviembre de 2022, tras citar el artículo 68.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, hace una aplicación analógica del principio que inspira tal precepto, al específico procedimiento registral para la georreferenciación de fincas, regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, señalando que «cuando

un particular formula oposición en términos confusos o sin que conste la autenticidad de su identidad, o validez y vigencia de la representación que alegue, o la identificación de cuál es la finca supuestamente invadida y en qué medida concreta, o cualquier otro extremo esencial, el registrador, como trámite para mejor proveer, puede requerirle para que subsane o complete tal escrito de oposición a fin de que el registrador pueda formarse un juicio cabal sobre la efectividad y fundamento de tal oposición y tomar la decisión que corresponda». Por tanto, ha de estimarse plenamente correcta la actuación del registrador; en el caso que nos ocupa, en la que, tras recibir una alegación, concedió al alegante un plazo adicional de diez días para justificar la titularidad de la totalidad de la parcela. En consecuencia, el primer motivo del recurso interpuesto contra la calificación final ha de ser desestimado.

Sabido es que la denegación de inscripción de la georreferenciación solicitada para una determinada finca registral ha de basarse en alguno de los siguientes motivos: – Que no se respete la identidad de la finca registral del promotor; esto es, su ubicación y delimitación geográficas, sino que se encubra la sustracción o adición de porciones de terreno que sí o no, respectivamente, formaban parte de la finca inicial. – Que se invada otra finca ya inmatriculada, aunque no esté debidamente georreferenciada. – Que se invada el dominio público, aunque no esté ni siquiera inmatriculado. En el caso que nos ocupa, queda descartado, incluso por el propio alegante, que concurra el segundo motivo de denegación. Y el registrador no expresa ni motiva objeciones relativas a ninguno de los otros dos posibles motivos de denegación. En consecuencia, en este punto el recurso, relativo a la falta de fundamentación suficiente de las dudas sobre posible invasión de fincas colindantes, concurriendo el dato de que el opositor no ostenta, no ya titularidad registral de la porción que alegar ser invadida, sino ni siquiera titularidad catastral o mero título de adquisición de la misma, sí que ha de ser estimado y revocada la nota de calificación recurrida.

Resolución de 13-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Valencia, número 5.

HERENCIA: SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO.

Se reitera una interpretación restrictiva de las facultades dispositivas del fiduciario en los casos de sustitución fideicomisaria de residuo.

Frente a la sustitución fideicomisaria ordinaria, en el denominado fideicomiso de residuo se faculta al primer llamado para disponer de los bienes hereditarios o fideicomitados, por lo que la posición del fideicomisario queda en términos materiales notoriamente disminuida. Y tradicionalmente se ha venido considerando que la mayor o menor amplitud de la facultad de disposición concedida al fiduciario da lugar a la aparición del fideicomiso si aliquid supererit («si queda algo») y del fideicomiso o de eo quod supererit («de lo que deba quedar»).

En el presente supuesto, en el registro consta lo siguiente: «al fallecimiento de su esposa, los bienes procedentes de la herencia del causante de que ella no

hubiere dispuesto por actos inter vivos, pasaran a (...)». En el presente caso la voluntad del causante debe interpretarse de forma restrictiva, atendiendo al criterio del Tribunal Supremo en la Sentencia, entre otras, de 30 de octubre de 2012, según la cual: «dentro de la previsión testamentaria, la facultad de disponer deberá entenderse restrictivamente conforme a la finalidad de conservación que informa al fideicomiso de residuo». Debe concluirse que la intención del testador es amparar la venta o actos de disposición, a título oneroso, que pueda realizar el fiduciario; pero no los gratuitos, pues no tiene ningún sentido que se le veden las disposiciones mortis causa y se le deje la puerta abierta a disponer en vida gratuitamente en favor de quien no podría hacerlo por testamento. Entender lo contrario supondría dejar absolutamente inoperante la cláusula de sustitución prevista y el principio de subrogación real que en este caso es razonable entender que rige.

Resolución de 13-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Ejea de los Caballeros.

LEY 19/1995, DE 4 DE JULIO: EFECTOS DE LAS LIMITACIONES PREVISTAS EN EL ART. 9.

Las limitaciones previstas en el art. 9 de la Ley 19/1995 no tienen alcance civil, sino meros efectos tributarios.

La limitación establecida en el artículo 9 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias sólo desaparece, bien por el transcurso del tiempo establecido (cinco años siguientes a la fecha de devengo del impuesto), o bien previo pago del Impuesto correspondiente. La cuestión es, como alegan los recurrentes, si nos encontramos ante una prohibición de disponer de la finca, o ante la fijación de los requisitos que debe contener la escritura de la primera compra para alcanzar la reducción fiscal, y evitar un enriquecimiento injusto con una venta inmediata aprovechando el beneficio fiscal, a cuyo fin, y para evitarlo, se deja constancia registral mediante la correspondiente afección.

La registradora ha interpretado que se trata de una prohibición de disponer, pero de la dicción literal del artículo 9 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias antes citado, no resulta que lo que se establezca sea una prohibición de disponer que impida la inscripción de una transmisión posterior de la finca afectada antes del transcurso del plazo fijado. Dicha limitación no tiene efectos jurídicos sobre la disposición posterior. Lo que surge es una obligación de pago del Impuesto dejado de ingresar junto a los correspondientes intereses de demora desde la fecha del incumplimiento, esto es desde que el bien sale del patrimonio del beneficiario (artículo 9 antes transcrito) y consecuentemente la obligación de presentar las autoliquidaciones complementarias a que haya lugar.

No habiendo obstáculo desde el punto de vista civil, hay que analizar si la falta de presentación de la autoliquidación complementaria relativa a la donación previa a que haya lugar, impide la inscripción de la compraventa posterior. La transmisión ahora efectuada devengará su propio Impuesto y será su pago el que

deberá quedar debidamente acreditado para que se proceda a su inscripción conforme a lo dispuesto en el artículo 254 de la Ley Hipotecaria, lo que en el supuesto de este expediente se ha producido.

Resolución de 13-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Elche, número 5.

PROPIEDAD HORIZONTAL: PARTICIPACIONES INDIVISAS CON ADSCRIPCIÓN DE USO EXCLUSIVO.

A las cuotas de copropiedad de un local con adscripciones de uso se les va aplicar las normas de la LPH y, por tanto, para delimitarlas será preciso el acuerdo de todos los condueños.

Para resolver la cuestión planteada es determinante el hecho de que, como afirma el registrador en su calificación y resulta de la escritura objeto de ésta, el local se ha configurado jurídicamente como una comunidad funcional, en cuanto integrada por elementos comunes (zonas de acceso, rodamiento, etc.) y otros privativos (plazas de garaje o trasteros), susceptibles de un aprovechamiento separado e independiente. Se trata de una comunidad funcional regulada por los artículos 68 del Reglamento Hipotecario y 53, regla b), del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, figura que no debe confundirse con la de la subcomunidad o subdivisión horizontal a la que se refiere la letra d) del artículo 2 de la Ley sobre propiedad horizontal y a la que es de aplicación el artículo 8.5.º de la Ley Hipotecaria, distinción que ha tenido ocasión de efectuar esta Dirección General en reiteradas ocasiones (cfr. Resoluciones de 19 de julio de 2019 o 18 de octubre de 2021).

Este Centro Directivo ha reiterado (vid., por todas, la Resolución de 14 de febrero de 2013) que la fijación de determinadas cuotas indivisas, como consecuencia de la pretendida división de un local-garaje que forma parte de una propiedad horizontal, no da lugar a que dichas cuotas puedan ser calificadas jurídicamente como fincas independientes dentro de un nuevo régimen de subpropiedad horizontal constituido sobre dicho local, respecto de las cuales puedan operar en todo su rigor los principios hipotecarios, y en especial el de tracto sucesivo. Para que pueda hablarse de propiedad separada en un régimen de propiedad horizontal no basta con definir una cuota abstracta respecto del todo, sino que se precisa, además, la delimitación suficiente de un espacio susceptible de aprovechamiento independiente sobre el que se proyecte ese derecho singular y exclusivo de propiedad, y en cuyo goce se concrete esa participación abstracta. Caso de faltar esa delimitación, las cuotas que se señalen por el propietario único del local carecerán de sustantividad jurídica actual que permita diferenciarlas entre sí, por mucho que a cada una de ellas se le asigne un número.

De lo anterior resulta la trascendencia que tiene la delimitación física del objeto a que se refiere la atribución de uso exclusivo. Esa delimitación va a transformar la comunidad ordinaria preexistente en una comunidad especial con asignación de uso de plazas de aparcamiento o trasteros determinados, comunidad de carácter funcional, por razón de su destino, en la que queda excluida la «actio

communi dividundo» y el derecho de retracto (cfr. Resolución de 27 de mayo de 1983), y que como tal comunidad o subcomunidad participa de algunas de las características propias de la propiedad horizontal, en cuanto integrada por elementos comunes (zonas accesos, rodamiento, etc.) y otros privativos, susceptibles de un aprovechamiento separado e independiente (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 24 de diciembre de 1990).

Tanto la fijación inicial de la cuota y descripción correspondiente a cada plaza de garaje o trastero como cualquier ulterior modificación de las mismas requerirá, en todo caso, bien el consentimiento y acuerdo de los comuneros, bien declaración expresa en la resolución judicial en la que hayan sido parte, sin que pueda admitirse la fijación unilateral por uno de los copropietarios, fuera de los casos de reserva de la facultad de realizar la delimitación cuestionada en favor del promotor para ejercerla conjuntamente con el adquirente de la cuota indivisa a la que se asigna el uso de la plaza de garaje o del trastero, circunstancia que no concurre en el presente supuesto.

La sujeción de las comunidades funcionales especiales constituidas ex artículo 68 del Reglamento Hipotecario a las disposiciones de la Ley sobre propiedad horizontal implica que deben aplicarse a las plazas de garaje en que se divide el local, «mutatis mutandis» y con las debidas cautelas, las normas y limitaciones que la referida ley impone a los elementos privativos de la división horizontal dada la evidente analogía que entre uno y otros elementos concurren.

En el presente caso, es indudable que las modificaciones pretendidas, en cuanto consisten en añadir cuatro nuevas plazas de garaje que pasan a ocupar lo que antes eran zonas comunes de dicho local de la planta sótano, suponen una alteración considerable de los elementos comunes de la comunidad funcional sobre el local; y tanto de esa alteración como de la redistribución de las cuotas de participación de los restantes comuneros resulta que la configuración dominical del elemento afectado ha sufrido alteración. Por ello, dado el contenido negocial de la misma, no es posible hacerlo de modo unilateral por el titular registral. Deberá contar con la autorización, en este caso, de los restantes copropietarios del local destinado a garaje y trastero integrantes de la comunidad y, adicionalmente, con el consentimiento de los titulares de los elementos colindantes a los que pueda afectar indirectamente dicha modificación (cfr. artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 27 de enero de 2014 y 19 de julio de 2018).

Ciertamente, en el presente caso, según los estatutos de la comunidad «la sociedad propietaria promotora se reserva el derecho de realizar por sí sola cualesquiera operaciones de agrupación, agregación, segregación, división y subdivisión, fijando la superficie y las cuotas de participación correspondientes a cada sitio de aparcamiento, por suma, distribución o redistribución de las que en un principio puedan tener asignadas (...)». Pero, aun dejando al margen el hecho de que dicha disposición no se refiere expresamente a los trasteros, debe tenerse en cuenta que las normas estatutarias de la propiedad horizontal deben interpretarse a la luz de las normas sobre interpretación contenidas en el Código Civil. Debe concluirse, por tanto, que las modificaciones pretendidas requerirán el acuerdo de todos los copropietarios del local destinado a garaje y trasteros, en los términos antes expuestos.

Resolución de 13-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Esplugues de Llobregat.

PROPIEDAD HORIZONTAL: NORMAS ESTATUTARIAS.

Se analizan las normas estatutarias aplicables a una relación jurídica entre una finca principal dividida en propiedad horizontal y otra finca subordinada por titularidad *ob rem*.

Como cuestión previa, de carácter competencial, debe recordarse que la competencia para resolver los recursos «mixtos» (es decir, los basados tanto en cuestiones específicas de derecho catalán como, además, en cuestiones de derecho común o de otros derechos reales) corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Así resulta tras la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional con fecha 16 de enero de 2014 en el recurso de inconstitucionalidad número 1017/2010 entablado contra la Ley 5/2009, de 28 de abril.

Pero ocurre que en el presente caso, ese defecto esencial puesto por la registradora sustituida ha de entenderse revocado por la calificación sustitutoria, antes referida, y por lo tanto, resulta de aplicación el párrafo del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria que establece lo siguiente: «si el registrador sustituto calificara negativamente el título, devolverá éste al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, el cual deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiera manifestado su conformidad». En consecuencia, este Centro Directivo ha de inadmitir e inadmite las alegaciones de la recurrente dirigidas a obtener la revocación del citado defecto esencial y de los demás que tienen el mismo fundamento esencial, en la medida en que el mismo ha de entenderse ya revocado por la calificación sustitutoria.

Debe tenerse en cuenta que estamos ante una previsión estatutaria respecto de unos elementos constructivos que pueden estar actualmente construidos o ni siquiera proyectados. Es decir, no se pretende en este momento declarar la obra nueva de tales elementos constructivos, sino que estamos en presencia de una norma estatutaria que puede tener eficacia actual o futura en función a que tales elementos estén o no construidos, pero sin que sea la pretensión de la escritura su declaración actual de obra nueva, toda vez que se hace en el cuerpo de las normas estatutarias y no en la descripción de la finca.

Se trata ahora de inscribir por primera vez que, pese a ser cotitulares mediatos «ob rem» de la finca 11.824, no puedan disfrutar de ésta. Y tal acuerdo, «ex novo», requiere la unanimidad y, por tanto, el consentimiento de los afectados, que van a ver limitado su derecho. Así, por ejemplo, el artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal señala que «no podrán realizarse innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario, si no consta su consentimiento expreso». Y el artículo 553-24 punto 4 del Código Civil de Cataluña, que es la norma aplicable al caso, dispone que «los acuerdos que (...) priven a cualquier propietario de las facultades de uso y disfrute de elementos comunes y los que determinen la extinción del régimen de la propiedad horizontal simple o compleja requieren el consentimiento expreso de los propietarios afectados».

Como señala el artículo 9 de la Ley sobre propiedad horizontal, cada propietario (o en este caso, cada comunidad de propietarios integrantes de una mancomunidad sobre una finca común a todas ellas), tiene obligación de contribuir a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble común «con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido», admitiendo por tanto, si se pactan con la obligada unanimidad, la existencia de cuotas para sufragar gastos distintas de las cuotas de cotitularidad.

Resolución de 13-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Pontevedra, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Procede denegar la inscripción de la base gráfica si existen dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

Se constata que existe controversia sobre la delimitación de dos fincas registrales, la de los promotores y la de uno de los opositores, por lo que como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 17 de abril de 2023 «cuando quien se opone es un titular registral, en este caso la oposición resulta mucho más cualificada y merecedora de mayor consideración». Y «constatado que existe una controversia entre titulares de sendas fincas registrales colindantes acerca de su respectiva georreferenciación, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo, formulada en Resoluciones como la de 23 de mayo de 2022, entre otras, que estima justificadas las dudas del registrador sobre la identidad de la finca en un expediente del artículo 199, dada la oposición de un colindante, con lo que «queda patente que existe controversia entre distintos titulares registrales colindantes acerca de la respectiva georreferenciación de sus fincas, sin que el recurso pueda tener como objeto la resolución de tal controversia, sino sólo la constatación de su existencia»; y sin perjuicio de la incoación de un proceso jurisdiccional posterior que aclare la controversia, conforme al último párrafo del artículo 198 de la Ley Hipotecaria, o de que ambos lleguen a un acuerdo en el seno de un expediente de deslinde del artículo 200, o en una conciliación registral del artículo 103 bis ambos de la Ley Hipotecaria».

Resolución de 13-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Daimiel.

DOCUMENTOS JUDICIALES: CANCELACIONES DERIVADAS DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE NULIDAD DE UNA INSCRIPCIÓN.

Declarada la nulidad de un título y la cancelación de la inscripción que causó, debe la resolución judicial determinar los asientos que han de cancelarse.

Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo (vid. Resolución 10 de noviembre de 2021) que, si bien es cierto el deber de los registradores de cumplir las resolu-

ciones judiciales firmes, también es su deber dentro de la potestad calificadoradora el de verificar que todos los documentos inscribibles cumplen las exigencias del sistema registral español, entre las que está la debida determinación del asiento, en nuestro caso, a cancelar, de acuerdo con el ámbito de calificación reconocido, en cuanto a documentos judiciales en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

En el caso de este recurso, la sentencia en cuestión declara la nulidad por simulación absoluta de la donación del pleno dominio de una finca que se describe en la sentencia como un solar edificable, sin edificación alguna, formalizada en una determinada escritura pública, que fue la que motivó la inscripción 3.^a de la finca registral en cuestión, y ordena la cancelación del asiento registral a favor de los donatarios sobre el bien inmueble sito en Daimiel a que se ha hecho referencia. No procede cancelar formalmente la inscripción 4.^a, sin perjuicio de que el hecho de cancelar la inscripción 3.^a ya determine que la nueva titularidad del dominio sobre la finca a favor de los donantes comprenda también la obra nueva declarada. Es un supuesto análogo al previsto en el artículo 134.2.º de la Ley Hipotecaria para los supuestos de ejecución de hipoteca constando inscrita una obra nueva con posterioridad.

Declarada la nulidad de la donación por simulación absoluta, difícilmente podrá sostenerse la subsistencia de esta anotación preventiva, por cuanto ello supondría el retorno de la propiedad a favor de los donantes junto la anotación de un embargo que parece mal tomado, por cuanto el bien no era propiedad del deudor embargado, salvo que lo fuera por derivación de responsabilidad. Evidentemente, esta circunstancia no puede ser apreciada por el registrador en el estrecho margen de una nota de calificación, por lo que será preciso que la autoridad judicial aclare la subsistencia o no de dicha anotación, salvo que la Agencia Tributaria, como titular de la anotación consienta expresamente en su cancelación.

Resolución de 14-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 4.

OPCIÓN DE COMPRA: PROHIBICIÓN DE PACTO COMISORIO.

No cabe rechazar la inscripción de una opción si no consta con claridad y no por meras conjeturas la concurrencia de un supuesto de pacto comisorio.

La interpretación del Tribunal Supremo sobre el artículo 1.115 del Código Civil, establece que no puede considerarse como puramente potestativa una condición pactada cuando la misma está estrechamente ligada y en dependencia de motivos razonables. Este Centro Directivo acoge, como no puede ser de otra forma, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, haciendo interpretación restrictiva del artículo 1.115 del Código Civil considerando válida la condición suspensiva en que la voluntad del concedente desprenda de un complejo de motivos e intereses que, actuando sobre ella, influyan en su determinación, aunque sean confiados a la valoración exclusiva del interesado (véanse Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de febrero de 1994 y 13 de febrero de 1999).

En el concreto supuesto, la voluntad del concedente no puede influir en la producción del hecho en que consiste la condición, que no depende de él sino del mer-

cado y, como sostiene el notario recurrente, la producción de los efectos del derecho de opción de compra no dependen de la voluntad del deudor, y, por tanto, carece de esa libertad que se le atribuye para revocar libremente su consentimiento y, esa facultad procede del consentimiento prestado por ambas partes. Así, la condición resolutoria pactada no desfigura la naturaleza del derecho de opción y, en definitiva, la condición contemplada no depende exclusivamente de la voluntad del concedente.

El segundo de los defectos señala que se vulnera la prohibición del pacto comisorio. Debe tenerse en cuenta que, según las citadas Resoluciones de 26 de diciembre de 2018, 28 de enero de 2020 y 13 de julio de 2022, deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda. Por ello —se añade— podría admitirse el pacto comisorio siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión; si bien para poder admitir la validez de dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes, ya que sólo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad, del pacto en cuestión. En definitiva, se admite el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para el deudor.

Por tales razones el defecto invocado por el registrador en su calificación ha de ser revocado, ya que —como ya se dijo en la Resolución de 28 de enero de 2020 y se reitera ahora— no se deduce de forma patente de lo pactado que estemos claramente ante un contrato de financiación inmobiliaria que esté sometido a la Ley 2/2009, de 31 de marzo, ni que la opción de compra se constituya en función de garantía de aquella.

Al no existir préstamo ni crédito, ni venta con precio aplazado, en sentido técnico, no se puede concluir tampoco que exista interés ni mucho menos que sea usurario, cuya calificación por otra parte es siempre judicial. No consta resolución judicial alguna inscrita en el Libro Registro de Préstamos Usurarios (que se lleva en esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública, ex artículo 7 de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios) por la que se considere nula por usuraria una operación como la aquí pactada.

Resolución de 14-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana, número 1.

SOCIEDADES MERCANTILES: LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CUANDO HAY SOCIOS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.

Dada la asimilación de la liquidación de sociedad con la división de la cosa común, procede exigir la aprobación judicial de la liquidación cuando concurren personas en situación de discapacidad con curador representativo.

Para resolver la cuestión planteada no cabe desconocer el marco normativo de la citada Ley 8/2021, que es de carácter imperativo y no dispositivo. No se discute en el presente caso que, en aplicación de las citadas disposiciones transitorias, se trate de una curatela representativa, con las funciones legalmente atribuidas en tanto que, resolución judicial mediante, no se revise la situación de la persona con discapacidad. Por ello, es ineludible determinar en qué medida son aplicables, entre otros, los artículos 287 y 289 del Código Civil. Ante la omisión de referencia expresa en los citados artículos 287 y 289 a la liquidación de sociedades mercantiles, y dada la naturaleza de acto particional que la división del haber social comporta, debe atenderse a las normas que regulan la partición de las herencias (cfr. artículos 1708 y 406 del Código Civil y Resolución de este Centro Directivo de 13 de febrero de 1986).

Desde el punto de vista de la capacidad, cuando existen menores o personas con discapacidad implicados en la disolución de comunidad, esta Dirección General exigió la autorización judicial, propia de los actos de disposición de bienes inmuebles, en aquellos casos en que, habiendo varias cosas en comunidad, se rompe la regla de posible igualdad del artículo 1061 del Código Civil. Pero no se consideran sujetos a autorización los actos de adjudicación de la única finca común, aunque se compense en efectivo al menor (cfr. Resolución de 2 de enero de 2004), o tampoco cuando, siendo varias cosas, se forman lotes iguales (cfr. Resoluciones de 6 de abril de 1962 y 28 de junio de 2007).

Trasladadas dichas consideraciones, «mutatis mutandis», a la liquidación de la sociedad a que se refiere este recurso, no puede compartirse la tesis del registrador en cuanto alega lo establecido en el artículo 287.2.º del Código Civil. Ahora bien, al equipararse la liquidación de la sociedad a la partición de la herencia, es ineludible la aplicación de la regla del artículo 289 del Código Civil, de modo que, aun cuando no es exigible la autorización judicial previa a que, en realidad, se refiere el artículo 287 citado por el registrador, sí que será necesaria la aprobación judicial posterior a la que se refiere el registrador en su calificación. Por ello, no puede estimarse el recurso.

Resolución de 14-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor, número 1.

TÍTULO INSCRIBIBLE: EXPRESIÓN DE TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS.

Las transmisiones no pueden presumirse sino que han de constar expresamente con todas las circunstancias.

La registradora no debe deducir o presumir transmisiones, que no se encuentren debidamente formalizadas y menos aún si, como dice la recurrente, no se expresan de manera clara y concisa, dadas las exigencias de que el título inscribible contenga todas las circunstancias necesarias para la inscripción del negocio jurídico (artículo 21 de la Ley Hipotecaria), y dados los efectos de la inscripción, que impide que pueda darse acceso al Registro a indicios de que se ha producido

una transmisión (artículos 1, párrafo tercero, 9 y 38 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario).

Resolución de 14-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Piedrabuena.

VÍAS PECUARIAS: NOTA MARGINAL DE POSIBLE DESLINDE FUTURO.

No cabe practicar ningún asiento si la intervención del titular registral y sin que dicho asiento tenga un contenido concreto.

Con carácter previo debe recordarse que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

A diferencia de las inscripciones, donde la doctrina y la jurisprudencia admiten la existencia de «*numerus apertus*» (así, los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario hablan de «*cualesquiera otros derechos reales*») en materia notas marginales nadie duda de que en nuestro ordenamiento jurídico rige un principio de «*numerus clausus*». No cabe practicar notas marginales, sino en los casos expresamente previstos en la Ley y el Reglamento Hipotecario. El procedimiento registral es de orden público.

La publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «*cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por éste se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia*». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («*anotación marginal preventiva*»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca sólo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones Públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre (cfr. artículo 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «*cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera*». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total acerca de ninguna circunstancia afectante a la finca, ya que se limita a expresar la colindancia con una vía pecuaria, lo cual ya

resulta de la propia descripción de la finca (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento); advierte la posibilidad de un eventual deslinde, sin concretar siquiera si efectivamente la finca pudiera verse afectada por ello y en qué medida; además de recordar los efectos legales del deslinde, cuestión que resulta de la propia Ley. Por tanto, tampoco puede practicarse la nota marginal solicitada al amparo de este precepto, pues no resulta una concreta calificación urbanística, medioambiental o administrativa de la finca más allá de su colindancia con una vía pecuaria y no resulta de la solicitud la intervención del titular de la finca.

Admitir una nota marginal de las características de las que pretende la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha iría en contra del principio registral de tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria), trasunto del principio constitucional de tutela judicial efectiva, pues supondría que la finca quedaría mermada en su valor por una afección indeterminada en su extensión y duración, sin haber sido oído al respecto el propio titular de dominio de la finca afectada.

Por último, es preciso señalar un error en la fundamentación del recurrente, en relación con la posibilidad de que puedan aparecer terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la superficie y linderos que se derivan de la inscripción de la base gráfica y su coordinación con Catastro. Los efectos de la inscripción de la base gráfica, ya sea catastral, o alternativa una vez coordinada con Catastro, se recogen en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria que establece que: «Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real». Por tanto, se presume que la finca tiene la ubicación y delimitación geográfica que resulta de la base gráfica, pero se trata de una presunción «iuris tantum» que admitirá, en todo caso, prueba en contrario en el correspondiente procedimiento de deslinde administrativo realizado por los trámites correspondientes.

Resolución de 14-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Guadalajara, número 1.

VÍAS PECUARIAS: NOTA MARGINAL DE POSIBLE DESLINDE FUTURO.

No cabe practicar ningún asiento si la intervención del titular registral y sin que dicho asiento tenga un contenido concreto.

Con carácter previo debe recordarse que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

A diferencia de las inscripciones, donde la doctrina y la jurisprudencia admiten la existencia de «*numerus apertus*» (así, los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario hablan de «cualesquiera otros derechos reales»)

en materia notas marginales nadie duda de que en nuestro ordenamiento jurídico rige un principio de «*numerus clausus*». No cabe practicar notas marginales, sino en los casos expresamente previstos en la Ley y el Reglamento Hipotecario. El procedimiento registral es de orden público.

La publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por éste se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca sólo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones Públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre (cfr. artículo 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total acerca de ninguna circunstancia afectante a la finca, ya que se limita a expresar la colindancia con una vía pecuaria, lo cual ya resulta de la propia descripción de la finca (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento); advierte la posibilidad de un eventual deslinde, sin concretar siquiera si efectivamente la finca pudiera verse afectada por ello y en qué medida; además de recordar los efectos legales del deslinde, cuestión que resulta de la propia Ley. Por tanto, tampoco puede practicarse la nota marginal solicitada al amparo de este precepto, pues no resulta una concreta calificación urbanística, medioambiental o administrativa de la finca más allá de su colindancia con una vía pecuaria y no resulta de la solicitud la intervención del titular de la finca.

Admitir una nota marginal de las características de las que pretende la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha iría en contra del principio registral de tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria), trasunto del principio constitucional de tutela judicial efectiva, pues supondría que la finca quedaría mermada en su valor por una afección indeterminada en su extensión y duración, sin haber sido oído al respecto el propio titular de dominio de la finca afectada.

Por último, es preciso señalar un error en la fundamentación del recurrente, en relación con la posibilidad de que puedan aparecer terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la superficie y linderos que se derivan de la inscripción de la base gráfica y su coordinación con Catastro. Los efectos de la inscripción de la base gráfica, ya sea catastral, o alternativa una vez coordinada con Catastro, se recogen en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria que

establece que: «Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real». Por tanto, se presume que la finca tiene la ubicación y delimitación geográfica que resulta de la base gráfica, pero se trata de una presunción «*iuris tantum*» que admitirá, en todo caso, prueba en contrario en el correspondiente procedimiento de deslinde administrativo realizado por los trámites correspondientes.

Resolución de 14-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Leganés, número 2.

RECTIFICACIÓN DE LOS ASIENTOS REGISTRALES: REQUISITOS.

No cabe rectificar una inscripción sin el consentimiento del titular registral, a menos que se aporten documentos públicos que acrediten de modo indudable la existencia del error.

Comenzando con este último defecto, la recurrente no lo discute ni lo niega, limitándose a afirmar que acompaña el original. Procede en consecuencia la confirmación del defecto por cuanto los documentos aportados con el escrito de recurso no pueden ser tenidos en cuenta en esta resolución si no lo fueron al tiempo de la presentación.

Por lo que se refiere a la solicitud de rectificación del contenido del registro particular de la finca y, específicamente, del dato de identificación de la titular registral consistente en su apellido, esta Dirección General ha reiterado (cfr., por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011 y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015), que la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho –lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad–, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria. Cuando la rectificación se refiere a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes y auténticos, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, no es necesaria la aplicación del artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, pues bastará para llevar a cabo la subsanación tabular la mera petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren y acrediten el error padecido.

Lo que resulta erróneo es el estado civil que resulta del Registro pues, como queda expresado, la adquirente no se encontraba soltera sino casada. La modificación que ahora se solicita del Registro del apellido de la titular registral no procede de un previo error sino de la modificación del estado civil de la solicitante. Procede en consecuencia desestimar el recurso en este aspecto pues como queda expuesto, al tiempo

de la adquisición el apellido de la adquirente es el que se hizo constar en el Registro de la Propiedad sin que se produjese error alguno. Si la interesada desea rectificar ahora y como consecuencia de la modificación de su estado civil, el apellido que resulta del registro deberá solicitarlo aportando la documentación de la que así resulte.

Resolución de 15-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

ZONAS DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL: LIMITACIONES. HE- RENCIA: IDENTIFICACIÓN DE LOS BIENES LEGADOS.

Se analiza el alcance de las limitaciones establecidas en la legislación sobre zonas de interés para la defensa nacional. La identificación de la cosa legada ha de hacerse sobre la base de la interpretación del testamento.

La disposición adicional que en la Ley 8/1975 introdujo el artículo 106 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, establece: «1. Las limitaciones que para la adquisición de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como para la realización de obras y edificaciones de cualquier clase, son de aplicación en los territorios declarados, o que se declaren, zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, en virtud de las previsiones contenidas en las disposiciones que integran el capítulo III, no regirán respecto de las personas físicas que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea (...)». Conforme a la normativa expuesta, es indudable que en el presente caso, en que la adquisición se realiza por una ciudadana de nacionalidad marroquí por vía de legado deferido testamentariamente, esto es, por «título hereditario singular» (cfr. artículos 25 de la Ley y 46 de su Reglamento), resulta preceptiva la obtención de autorización militar, sin que, por tanto, y en contra de lo que sostiene la recurrente, se limite la necesidad de la obtención de dicha autorización militar exclusivamente a los supuestos de adquisición de bienes por actos «inter vivos».

De la normativa expuesta resulta que la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, impone dos requisitos para la plena validez de las adquisiciones de fincas sitas en zonas de interés para la Defensa Nacional, que, tal y como ha recordado este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos») operan como «conditio iuris» exigida con carácter imperativo por el ordenamiento jurídico. Dichos requisitos son, por un lado, la obtención de la pertinente autorización militar de la adquisición, y, por otro, la inscripción de tales actos o contratos (o concesiones en su caso) en el Registro de la Propiedad, fijando un plazo para el cumplimiento de ambos requisitos.

En el presente caso, el testador falleció el día 30 de noviembre de 2017 y la escritura de aceptación del legado se autorizó el día 12 de abril de 2018, solicitándose la autorización militar el día 8 de junio de 2018, que fue finalmente concedida por resolución de fecha 27 de julio 2018. Tomando como «dies a quo» la fecha de la escritura de aceptación de legado, momento en que la legataria manifiesta su voluntad de aceptar el legado y formaliza la toma de posesión del mismo (cfr. artículos 863 y 888 a 890 del Código Civil y 81 del Reglamento Hipotecario), el plazo de tres meses

vencía el día 12 de julio de 2018. De este modo, al haber sido solicitada la autorización el día 8 de junio de ese año, resulta claro que se ha cumplido el plazo de tres meses legalmente fijado, sin que sea imputable a la interesada que la resolución finalmente se dictara fuera de dicho plazo, máxime si se tiene en cuenta además que el plazo máximo de que disponía la Administración para resolver la solicitud era de treinta días (cfr. arts. 61 y 75 del Reglamento aprobado por Real Decreto 689/1978). La primera presentación de la escritura tuvo lugar el día 13 de agosto de 2018, esto es, dentro del plazo legal, lo que evidencia la voluntad de la interesada de lograr la inscripción y con ello el cumplimiento de la obligación legal, toda vez que de haber sido calificada aquella favorablemente habría quedado inscrita dentro del referido plazo, resultando «el acto», siguiendo la terminología legal, plenamente válido.

Este Centro Directivo también se ha manifestado sobre la cuestión de la identificación de la finca legada, en Resolución de 5 de diciembre de 2003, confirmada por otras de fecha posterior (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos»), donde recoge el supuesto de las dudas planteadas acerca de la identidad entre el bien que un causante en su testamento atribuye a uno de sus herederos a título de prelegado y el bien que se entrega en escritura de «aceptación unilateral de legado» otorgada solo por el heredero beneficiario. Esta Dirección General considera que la duda es razonable si está fundada en la omisión de datos esenciales en la descripción de los inmuebles y en que hay varios en la misma localidad. Pero lo más destacable es que, para este Centro Directivo, no resulta suficiente para despejar las dudas un acta de manifestaciones otorgada por distintas personas que afirman tal correspondencia, sino que tendrán que ser los propios interesados en la herencia o quienes por ley tengan facultades de interpretación del testamento, quienes resuelvan tal discrepancia, sin perjuicio de acudir a la vía judicial en caso de falta de acuerdo. Por lo tanto, siendo razonable una duda que está fundada en la omisión de datos esenciales en la descripción de inmuebles, la cuestión es si los datos omitidos son esenciales o no. Y el hecho de que el testador, debidamente asesorado e informado por el notario autorizante del testamento, emplee el término «vivienda», en lugar de otros como el de «finca», «parcela», «terreno», o cualquier otro que permita concluir que la finalidad del testador era legar la totalidad de la finca sobre la que se ubica la vivienda, y no únicamente la construcción existente sobre la misma, permite concluir que, realmente, existen dudas razonables en la identificación del objeto legado, debiendo ser los propios interesados en la herencia (los herederos abintestato al no haber institución de heredero en el testamento y la legataria) o quienes por ley tengan facultades de interpretación del testamento, quienes resuelvan tal discrepancia, sin perjuicio de acudir a la vía judicial en caso de falta de acuerdo.

Resolución de 15-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Borja.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Para denegar una inscripción de una base gráfica es necesario acreditar la concurrencia de dudas fundadas.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso, pretendida la inscripción de la base gráfica y, tramitado el expediente conforme expresamente se solicita en la instancia que dio objeto al procedimiento registral, se presenta el escrito de oposición anteriormente citado, justificando la misma tanto mediante el citado informe técnico como con la contestación del presidente de Jurado de Riegos referidos. De los datos y documentos que obran en el expediente, se evidencia que no es pacífica la delimitación gráfica que se pretende inscribir, resultando posible o, cuando menos no incontrovertido, que con la inscripción de la representación gráfica aportada se puede alterar la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, pudiendo afectar a los derechos de terceros. Se trata, por tanto, de la utilización del expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria para obtener el reflejo registral de una pretensión conflictiva que ya había sido previamente tratada por las partes y previamente instada en la base catastral. Así ha quedado acreditado en el escrito de alegaciones mediante la aportación del principio de prueba anteriormente expuesto. Y, tal y como ha sostenido este Centro Directivo, el recurso contra la calificación no es el cauce apropiado para resolver (como pretende el recurrente) un conflicto entre titulares colindantes y referida a la titularidad de una porción de terreno perfectamente delimitada, cuestión que, a falta de acuerdo entre los interesados, estará reservada a los tribunales de Justicia.

Resolución de 15-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Cogolludo.

VÍAS PECUARIAS: NOTA MARGINAL DE POSIBLE DESLINDE FUTURO.

No cabe practicar ningún asiento si la intervención del titular registral y sin que dicho asiento tenga un contenido concreto.

Con carácter previo debe recordarse que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

A diferencia de las inscripciones, donde la doctrina y la jurisprudencia admiten la existencia de «*numerus apertus*» (así, los artículos 2 de la Ley Hipotecaria

y 7 del Reglamento Hipotecario hablan de «cualesquiera otros derechos reales») en materia notas marginales nadie duda de que en nuestro ordenamiento jurídico rige un principio de «*numerus clausus*». No cabe practicar notas marginales, sino en los casos expresamente previstos en la Ley y el Reglamento Hipotecario. El procedimiento registral es de orden público.

La publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por éste se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca sólo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones Públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre (cfr. artículo 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total acerca de ninguna circunstancia afectante a la finca, ya que se limita a expresar la colindancia con una vía pecuaria, lo cual ya resulta de la propia descripción de la finca (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento); advierte la posibilidad de un eventual deslinde, sin concretar siquiera si efectivamente la finca pudiera verse afectada por ello y en qué medida; además de recordar los efectos legales del deslinde, cuestión que resulta de la propia Ley. Por tanto, tampoco puede practicarse la nota marginal solicitada al amparo de este precepto, pues no resulta una concreta calificación urbanística, medioambiental o administrativa de la finca más allá de su colindancia con una vía pecuaria y no resulta de la solicitud la intervención del titular de la finca.

Admitir una nota marginal de las características de las que pretende la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha iría en contra del principio registral de tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria), trasunto del principio constitucional de tutela judicial efectiva, pues supondría que la finca quedaría mermada en su valor por una afección indeterminada en su extensión y duración, sin haber sido oído al respecto el propio titular de dominio de la finca afectada.

Por último, es preciso señalar un error en la fundamentación del recurrente, en relación con la posibilidad de que puedan aparecer terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la superficie y linderos que se derivan de la inscripción de la base gráfica y su coordinación con Catastro. Los efectos de la inscripción de la base gráfica, ya sea catastral, o alternativa una vez

coordinada con Catastro, se recogen en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria que establece que: «Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real». Por tanto, se presume que la finca tiene la ubicación y delimitación geográfica que resulta de la base gráfica, pero se trata de una presunción «*iuris tantum*» que admitirá, en todo caso, prueba en contrario en el correspondiente procedimiento de deslinde administrativo realizado por los trámites correspondientes.

Resolución de 15-12-2023

BOE 18-1-2024

Registro de la Propiedad de Málaga, número 7.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Para denegar una inscripción de una base gráfica es necesario acreditar la concurrencia de dudas fundadas.

Según estas disposiciones normativas y la doctrina reiterada de esta Dirección General los plazos fijados por meses se computan de fecha a fecha, tomando como fecha inicial la del día siguiente al de la notificación o publicación, siendo la fecha de vencimiento la del día correlativo mensual al de la notificación, por resultar así del artículo 5 del Código Civil y de la doctrina del Tribunal Supremo en Sentencias como las de 8 de marzo de 2006 y 9 de mayo de 2008. Así se han pronunciado Resoluciones como las de 1 de agosto y 20 y 26 de septiembre de 2017, 25 de abril de 2018, 15 de febrero de 2019, 11 de marzo de 2020 y 6 de febrero de 2023. En el supuesto objeto de este recurso, según el informe del registrador de la Propiedad, la calificación se emitió con fecha 28 de octubre de 2022, sin acreditar su notificación, a pesar de que el presentante en su instancia de presentación había consignado una dirección de correo electrónico a efectos de notificaciones. El recurrente indica en su escrito de interposición del recurso que le fue notificada la nota de calificación el día 21 de agosto de 2023, sin que el registrador en el informe en defensa de la nota aluda a la fecha de notificación de la nota de calificación que se recurre. Por tanto, el plazo de interposición del recurso finalizó, según los datos proporcionados por el registrador, el día 28 de noviembre de 2022, mientras que, según el presentante, recibida la comunicación el día 21 de agosto de 2023, el plazo para interponerlo finalizaría el 21 de septiembre de 2023, por lo que habría sido interpuesto en plazo.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente cri-

terio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso, esta Dirección General entiende que las alegaciones presentadas por los colindantes adolecen de la virtualidad suficiente para convertir el expediente en contencioso, pues alegan la invasión de su propiedad, aportando una certificación catastral descriptiva y gráfica de los diseminados de su propiedad. Pero, si observamos la georreferenciación catastral superpuesta sobre la ortofoto del Plan Nacional de Ortofotografía Aérea vigente, se aprecia claramente su inexactitud, pues la geometría catastral no coincide con la forma irregular de las construcciones que se observan por debajo de ella, a través de la ortofoto. Por lo que, con la certificación catastral aportada, difícilmente puede comprobarse la invasión.

Resolución de 19-12-2023

BOE 15-2-2024

Registro de la Propiedad de Cieza, número 1.

FINCA REGISTRAL: IDENTIFICACIÓN.

Es requisito esencial para la inscripción del título la correcta identificación de la finca que constituye su objeto.

El registrador no queda vinculado por calificaciones efectuadas por otros registradores, como resulta del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que dispone que el registrador califica bajo su responsabilidad. En este sentido, según la Resolución de 11 de diciembre de 2020, reiterada por la de 13 de enero de 2021, constituye doctrina reiterada de esta Dirección General que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos. Por tanto, no cabe ahora limitar la posibilidad de que el registrador califique el decreto de adjudicación aludiendo a que no apreció el mismo defecto al calificar la escritura de hipoteca o el mandamiento de expedición de la certificación.

Los títulos inscribibles han de contener una descripción precisa y completa de los inmuebles a que se refieren, de modo que éstos queden suficientemente individualizados e identificados (cfr. artículos 9.1.º y 21 de la Ley Hipotecaria y 51, reglas primera a cuarta, del Reglamento Hipotecario). No obstante, esta doctrina ha sido matizada en relación con los inmuebles ya inscritos cuya descripción ya recoge el conjunto de requisitos establecidos en el ordenamiento hipotecario. En tales casos, la omisión o discrepancia de algunos de los datos descriptivos con que éstos figuran en el Registro no constituye en todo caso un obstáculo para la inscripción si su ausencia no impide la perfecta identificación de la finca. Por el contrario, debe entenderse que dicho obstáculo existirá cuando la omisión o discrepancia sea de tal condición que comprometa la correspondencia segura y cierta entre el bien inscrito que sea objeto del título presentado a inscripción.

En el presente caso, de la comparación entre los historiales registrales de las fincas 18.130 y 18.131 y el contenido del decreto de adjudicación pone de manifiesto que en este último existe una contradicción palmaria, puesto que describe la finca ejecutada reproduciendo una descripción que coincide casi al pie de la letra con la que aparece en el historial registral de la finca 18.130, pero la identifica como finca 18.131, que es la que realmente aparece gravada con la hipoteca objeto de ejecución. Y, si se tratara de una inexactitud en alguno de los historiales registrales, habría de seguirse el procedimiento previsto en los artículos 40 y 211 y siguientes de la Ley Hipotecaria y, en su caso, artículo 320 del Reglamento Hipotecario (confrontar Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de junio de 1960).

Resolución de 19-12-2023

BOE 15-2-2024

Registro de la Propiedad de Pastrana-Sacedón.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No es procedente la inscripción de una inmatriculación cuando se acreditan dudas de posible invasión de superficies ya inscritas.

Conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, para poder inmatricular una nueva finca «el registrador deberá verificar la falta de previa inscripción de la finca a favor de persona alguna y no habrá de tener dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras que hubiesen sido previamente inmatriculadas». En el presente caso, la finca cuya inmatriculación se pretende es el inmueble con referencia catastral 19127A002003610000IG, con una superficie gráfica de 293 metros cuadrados. Dicho inmueble catastral linda al norte con el 6443101WK2964S0001IF, con una superficie de 255 metros cuadrados.

Como dice el registrador, la referencia catastral que se pretende inmatricular (19127A002003610000IG) tiene 293 metros cuadrados que sumados a la parcela catastral situada al norte (6443201WK2964S0001IF), que tiene 255 metros cuadrados, dan unos 548 metros cuadrados, lo cual se aproxima bastante a los 515 metros cuadrados que tiene la finca registral 3.063. Además, el inmueble catastral que se pretende inmatricular cierra el paso al sur al arroyo, y dicho arroyo es un lindero fijo al sur de la finca 3.063. Por tanto, han de considerarse suficientemente fundadas las dudas del registrador acerca de que la finca cuya inmatriculación ahora se pide pueda ser la parte sur de otra finca mayor previamente inmatriculada.

Resolución de 8-1-2024

BOE 19-2-2024

Registro de la Propiedad de Álora.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: OBJETO.

No es posible anotar una demanda que tiene por objeto garantizar una eventual deuda entre las partes.

De los antecedentes de hecho expuestos resulta que dos de los defectos aducidos en dicha primera nota de calificación fueron posteriormente subsanados, dando lugar a una segunda calificación, «siendo la misma notificada al funcionario autorizante el día cuatro de septiembre y al presentante el día doce de septiembre». Por lo que se abre nuevo plazo para el recurso como el propio registrador detalló en la nota al pie del título, que no había transcurrido cuando se presentó el recurso.

La naturaleza cautelar de esta anotación preventiva se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo número 828/2008, de 22 de septiembre, con especial énfasis en su «finalidad de evitar que la realización de ulteriores actos o negocios sobre dicho derecho puedan desembocar en el traspaso de su titularidad a un tercero en quien concurren todas las exigencias de los principios de buena fe (artículo 34 LH) y legitimación (artículo 38 LH) registrales, con la consiguiente producción de los radicales efectos de irreivindicabilidad anudados a tal posición jurídica».

De especial importancia resulta la reciente Resolución de esta Dirección General de 24 de julio de 2023, que recoge la doctrina sobre qué debe entenderse por «procedimiento que pueda afectar al contenido del Registro de la Propiedad», para concluir que no solo engloba los derivados del ejercicio de acciones reales, sino también otros en los que la acción ejercitada, sin ser estrictamente de naturaleza real, puede producir directa o indirectamente, efectos reales. Ahora bien, esta mayor flexibilidad no desemboca ni puede desembocar en una admisión generalizada de la anotación preventiva de demanda, cualquiera que sea la acción ejercitada. En este sentido se pronuncia la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 2 de julio de 2020: «Se ha señalado así de modo reiterado que no caben anotaciones de demanda de reclamaciones de cantidad por tratarse de pretensiones de naturaleza meramente personal u obligacional, que no se refieren a ningún derecho real ni siquiera tienden a la constitución de tal derecho por vía de demanda y sentencia, como sería los supuestos propios de un *ius ad rem*». Y no puede sino concluirse que este es el caso que nos ocupa en el presente recurso, en el cual la acción ejercitada resulta del «incumplimiento de las obligaciones contraídas por la parte vendedora en el precontrato», tal y como se expresa tanto en el recurso como en la propia demanda.

No se persigue, por tanto, blindar el inmueble frente a cualquier alteración de titularidad registral a efectos de proteger la que pudiera corresponder al demandante si el precontrato incumplido se ejecutase efectivamente (lo que se lograría a través de una anotación preventiva de prohibición de disponer), sino simplemente garantizar a dicho demandante que cobrará «su deuda», advirtiendo a posibles compradores del inmueble de la existencia de esta deuda.

Resolución de 8-1-2024

BOE 19-2-2024

Registro de la Propiedad de A Estrada.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: DEMANDA DIRIGIDA CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE. DOCUMENTOS JUDICIALES: FIRMEZA.

Se analizan cuestiones ya resueltas por el Centro Directivo en materia de inscripción de resoluciones judiciales.

En primer lugar, y con carácter previo, debe nuevamente este Centro Directivo advertir que, conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. artículo 24 de la Constitución española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. artículo 1 de la Ley Hipotecaria).

Ciertamente la jurisprudencia ha marcado la necesidad de interpretación restringida de la posibilidad de rescisión por su naturaleza de extraordinaria y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 y 3 de febrero de 1999), ya que en caso contrario el principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución Española quedarla totalmente enervado (Sentencias de 12 de mayo y 30 de octubre de 1899), pero no corresponde al registrador su valoración, ni la posibilidad de prolongación del plazo de ejercicio de la acción por la existencia de fuerza mayor, ni, como se ha dicho, puede presumirse su inexistencia del hecho de haberse notificado personalmente la sentencia.

En cuanto a la intervención de la comunidad hereditaria de otro de los titulares registrales, los casos en que interviene la herencia yacente, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia número 590/2021, de 9 de septiembre, dictada como culminación de un juicio verbal tramitado para impugnar una nota de calificación registral, analiza el emplazamiento a la herencia yacente. A la vista de la señalada Sentencia, este Centro Directivo modificó la doctrina para estos casos, afirmando que cuando se demanda a una herencia yacente caben dos posibilidades:— que se conozca o se tengan indicios de la existencia de concretas personas llamadas a la herencia. En este caso, habrá de dirigirse la demanda contra estos herederos, previa averiguación de su identidad y domicilio.— que no se tenga indicio alguno de la existencia de herederos interesados en la herencia yacente (casos de personas que han fallecido sin testamento y sin parientes conocidos con derecho a la sucesión intestada). En estos supuestos, además de emplazar a los ignorados herederos por edictos, se debe comunicar al Estado o a la Comunidad Autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada a falta de otros, la pendencia del proceso, conforme al citado artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el caso de este expediente, a la vista de la documentación presentada, no resulta la existencia de posibles herederos conocidos ni, en el caso de ser ignorados herederos, la forma en que se haya hecho su emplazamiento ni, lógicamente, que se haya comunicado al Estado o a la Comunidad Autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada a falta de otros, la pendencia del proceso, conforme al citado artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que el defecto debe confirmarse.

Respecto de la necesidad de acreditar la autenticidad y firmeza de las resoluciones judiciales, con carácter general debe recordarse que es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que es deber y potestad calificadora la de verificar que todos los documentos inscribibles que son objeto de inscripción cumplen con las exigencias del sistema registral español, partiendo de que los asientos registrales no son transcripción del acto o contrato que provoca la modificación jurídico real que accede al Registro. Esta exigencia entronca además con el principio de tracto sucesivo establecido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que intenta evitar la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución Española. En el supuesto de este expediente de la documentación presentada no resulta que sea firme la designación de herederos ab intestato de don J. V. S., por lo que no puede procederse a la inscripción de un documento basado en un pronunciamiento judicial que no es definitivo. Por lo que el defecto debe ser igualmente confirmado.

Resolución 9-1-2024

BOE 19-2-2024

Registro de la Propiedad de Santa María de Guía de Gran Canaria.

PUBLICIDAD FORMAL: CALIFICACIÓN DEL INTERÉS LEGÍTIMO.

Para la expedición de una certificación literal de una finca es preciso acreditar un interés legítimo.

En primer lugar, conviene recordar que el objeto de este recurso es exclusivamente la calificación negativa del registrador, sin que puedan tenerse en cuenta otros documentos que los que fueron presentados en tiempo y forma.

Es doctrina reiterada y conocida de este Centro Directivo que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento, el contenido del Registro sólo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes y derechos inscritos y, por tanto, este interés se ha de justificar ante el registrador. La publicidad ha de ser para finalidades propias de la institución registral como la investigación, jurídica, en sentido amplio, patrimonial y económico (crédito, solvencia y responsabilidad), así como la investigación estrictamente jurídica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales o administrativas. No cabe para la investigación privada de datos no patrimoniales si no es cumpliendo estrictamente con la normativa de protección de datos.

En relación con el interés legítimo, ha manifestado este Centro Directivo (cfr. Resolución de 25 de noviembre de 2016, entre otras muchas) que debe ser: a) un interés conocido, en el sentido de acreditado o justificado (a excepción de los casos de autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio a los que la legislación hipotecaria presume dicho interés); b) ha de ser un interés directo o acreditar debidamente el encargo sin perjuicio de la dispensa del artículo 332.3 del Reglamento Hipotecario, y c) ha de ser legítimo.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que el anuncio de interposición de acciones no es motivo suficiente por sí solo para entender que concurre interés legítimo si no se acompaña de un principio de prueba del que resulte la

verosimilitud de la solicitud. Una vez acreditado ante el registrador la finalidad perseguida con la publicidad, el interés legítimo del solicitante el registrador debe decidir qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información. Podrán certificarse datos fácticos de la finca sobre la que se pretende información, pero no deberán por tanto certificarse datos personales protegidos de anteriores titulares, salvo que se justifique motivadamente que la demanda se interpondrá también contra ellos.

Resolución de 9-1-2024

BOE 19-2-2024

Registro de la Propiedad de Cieza, número 3.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: TERCER POSEEDOR.

Se reitera la doctrina acerca de la necesidad de demandar y requerir de pago al tercer poseedor que ha inscrito antes del inicio del procedimiento, aunque el registrador no podrá revisar el criterio que el letrado de la Administración de Justicia haya tomado al efecto.

En aplicación del artículo 132.1.º de la Ley Hipotecaria, extiende la calificación registral a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que dé lugar el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, entre otros extremos, al siguiente: «Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento». A este respecto, el artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que la demanda ejecutiva se dirija «frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes», añadiendo el artículo 686 de la misma ley que «en el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro». Por tanto, de la dicción de estos preceptos legales resulta que es necesaria tanto la demanda como el requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la Ley Hipotecaria que lo han acreditado aquellos que hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas.

En el presente supuesto, la adquisición por el nuevo titular se realizó mediante escritura otorgada el día 1 de septiembre de 2011, con fecha anterior a la presentación de la demanda de ejecución, dado que el procedimiento se inicia mediante demanda presentada el 25 de marzo de 2012. Pero no solo la adquisición fue anterior a la demanda, también, y fundamentalmente, su inscripción registral, practicada con fecha 19 de octubre de 2011, se produjo con anterioridad a aquella, por lo que no puede alegarse, en los términos antes expuestos, el desconocimiento de la existencia del tercer poseedor.

Una vez sentado lo anterior, en el supuesto de este expediente el auto de adjudicación fue objeto de una primera calificación bajo un asiento anterior y con posterioridad se presentó nuevamente acompañado de diligencia de constancia de fecha 30 de septiembre de 2022, firmada por doña N. E. M., letrada de la Administración de Justicia, en la que dispone: «la demanda fue presentada el 25 de marzo de 2012. Posteriormente mediante la certificación de cargas de fecha 24 de enero de 2013 se tuvo conocimiento de la existencia del tercer adquirente. Finalmente se presentó escrito de fecha 22 de marzo de 2013 pidiendo que se ampliara la demanda contra dicho tercer adquirente lo cual fue denegado por diligencia de 29 de octubre de 2013, acordándose únicamente que se produjera la notificación a dicho tercer adquirente para que se satisfaga, antes del remate, el importe del crédito y los intereses y costas en la parte en que esté asegurada con las hipotecas de sus respectivas fincas, lo que se produjo el 28 de noviembre de 2013». Por lo tanto, a dicho tercero, aun cuando no se le haya demandado inicialmente, se le ha requerido de pago y con ello se le ha concedido la opción de pagar u oponerse, posibilidades que corresponden al demandado conforme al artículo 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Téngase en cuenta que la decisión de no ampliar la demanda a los terceros poseedores fue tomada por la letrada de la autoridad judicial ante la petición expresa del demandante, por lo que, en cualquier caso, no cabe su revisión a través de la calificación judicial conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 9-1-2024

BOE 19-2-2024

Registro de la Propiedad de A Coruña, número 3.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Procede denegar la inscripción de una base gráfica si se detecta una posible invasión de dominio público.

Tras la Ley 13/2015, la Ley Hipotecaria distingue diversos medios para la rectificación de la superficie, como declaró esta Dirección General, ya desde la Resolución de 17 de noviembre de 2015, siendo la regla general que la rectificación de la superficie debe ir acompañada de la incorporación de la georreferenciación, pues esta es la que determina realmente la superficie. Solo por excepción, se permite rectificar la descripción de la finca, sin incorporación de la georreferenciación y sin tramitación de expediente alguno, en los casos del artículo 201.3 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, la inscripción de la rectificación de superficie solicitada requiere la tramitación de un expediente y la incorporación de la georreferenciación que acredite la concordancia de la realidad jurídica registral con la física extrarregistral. Ese expediente puede ser el del artículo 199 o el del artículo 201 de la Ley Hipotecaria, según se tramite ante el registrador o el notario, en régimen de alternatividad, por ser uno de los principios que inspiran toda la materia de la jurisdicción voluntaria, a la que estos expedientes pertenecen.

Aunque el registrador en su nota de calificación no alude a ello, debería haber entendido que hay una rogación tácita para solicitar el inicio de dicho expediente,

pues se trata de lograr la concordancia de la realidad registral con la física extraregstral. La escritura, precisamente, se otorga para rectificar la descripción de la finca y adaptarla a su geometría a la línea del dominio público marítimo terrestre, ámbito de aplicación propio del citado expediente. En este sentido, las Resoluciones de esta Dirección General de 14 de junio y 19 de noviembre de 2021 destacan que para que pueda entenderse que la sola presentación del título inscribible implica la solicitud, tácita, de iniciación por el registrador del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, el interesado debe aportar una georreferenciación de la finca, como en el presente caso, aunque no sea coherente con la descripción, extremo que debe ser calificado por el registrador.

Estamos ante un supuesto de inexactitud catastral, que requiere la aportación de una georreferenciación alternativa, necesaria para la inscripción de la rectificación de superficie, dada su magnitud superior al 10 % de la cabida inscrita. En la nota de calificación se ha cometido el error de no expresar la falta de coherencia interna entre la descripción literaria cuya inscripción se solicita y la georreferenciación incorporada al título.

Respecto a la georreferenciación aportada, la única calificación posible era la de su denegación, como ha declarado esta Dirección General en Resoluciones como las de 5 y 13 de octubre de 2021 y 8 de junio y 6 de septiembre de 2022, por la cual si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción, puesto que no puede ser inscrita la misma georreferenciación que ahora ha sido objeto de presentación, sino otra distinta, con acuerdo de los colindantes, o aprobada por la autoridad judicial, en su caso. Ello nos lleva a concluir que, aunque la nota de calificación sea inexacta, por no referirse al inicio del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria y por la falta de coherencia entre la descripción y la georreferenciación aportada, siendo esta de incorporación necesaria, a efectos prácticos, se llega a la misma solución, la de impedir el acceso de la rectificación descriptiva.

Resolución de 10-1-2024

BOE 19-2-2024

Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 2.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE APREMIO POR DEUDAS A LA AGENCIA TRIBUTARIA: CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LOS TRÁMITES ESENCIALES. ANOTACIONES DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Se reitera la doctrina sobre la aplicación de la reforma del art. 107 del Reglamento General de Recaudación en los casos en que la subasta queda desierta. Asimismo, se confirma el efecto automático de la caducidad de la anotación de embargo.

Las resoluciones de las autoridades administrativas tienen la misma fuerza que las de los tribunales ordinarios, siempre que dichos acuerdos sean firmes o ejecutivos, por haberse agotado los recursos contra los mismos. Por ello, la calificación del

registrador ha de ajustarse a los límites impuestos por el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, sin que pueda por tanto entrar a cuestionar el fondo, el fundamento, de la decisión adoptada. Ahora bien, goza el registrador de un mayor margen en la calificación de los documentos administrativos que en la de los judiciales, especialmente si se trata del examen de los trámites esenciales del procedimiento seguido. También es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que no obstante la ejecutividad y las presunciones de validez y eficacia de que legalmente están investidos los actos administrativos (artículo 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), el artículo 99 del Reglamento Hipotecario faculta al registrador para calificar, respecto de los documentos administrativos, entre otros extremos, los trámites e incidencias esenciales del procedimiento y los obstáculos que surjan del Registro. Como señala la Resolución de 20 de julio de 2022 la presunción de legalidad de los actos administrativos (artículo 39 de la mencionada Ley 39/2015) lo es únicamente a los efectos de las partes en el procedimiento, pero no respecto de terceros, y para que estos últimos se produzcan, previa su inscripción en el Registro de la Propiedad, es preciso cumplir con las exigencias registrales de legitimación, fe pública, prioridad.

La aprobación de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, y de la posterior Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, obligaban a una necesaria adaptación reglamentaria, lo que tuvo lugar mediante la aprobación del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio. Entre las novedades que se introducen con esta reforma, en lo que ahora nos interesa, destaca la modificación del régimen jurídico de la enajenación de los bienes embargados dentro del procedimiento de apremio, en particular, el procedimiento de subasta, para adaptarlo a los principios emanados del informe elaborado por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) con el objetivo de la agilización y simplificación de dichos procedimientos, así como la potenciación de los medios electrónicos, según se destaca en el Preámbulo del citado Real Decreto 1071/2017. Lo que resulta particularmente relevante a los efectos de este expediente, en cuanto a la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta desierta.

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que ésta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de éste. Y precisamente se elimina por su menor grado de concurrencia y transparencia como se explica en el propio preámbulo, como «ratio» última de la reforma en este punto.

Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código Civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas es-

pecíficamente por el Real Decreto 1071/2017, según se desprende de la disposición transitoria decimotercera del Código, conforme al cual «los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento». Todo lo cual impide admitir como criterio de interpretación el basado en la plena equiparación entre la subasta y la enajenación directa, como si de procedimientos o modos de enajenación indiferenciados se tratase, lo que no es posible legalmente ni desde el punto de vista transitorio, ni desde el punto de vista sustantivo o material.

Conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

Conviene recordar que la anotación preventiva es un asiento registral de vigencia temporalmente limitada que enervar la fe pública registral en favor de los titulares de ciertas situaciones jurídicas que no son inscribibles. En cuanto a esta vigencia temporal, a de atenderse a lo que dispone el artículo 86 de la Ley Hipotecaria. Respecto de la caducidad de tales anotaciones preventivas, esta Dirección General ha señalado en reiteradas Resoluciones, que la caducidad opera de modo automático, aunque el asiento no haya sido formalmente cancelado. Ciertamente la caducidad de los asientos que nacen con una duración predeterminada se produce de modo radical y automático una vez llegado el día prefijado, aun cuando no se haya verificado formalmente la cancelación del asiento. Por otra parte, tal y como resulta de la documentación aportada, cuando se presenta la certificación por la que se adjudica el bien a la entidad recurrente, la anotación preventiva —a contar desde la fecha de la nota de certificación de cargas— ha caducado y la finca está inscrita en favor de un tercero. En tal caso, los principios de tracto sucesivo y legitimación impiden la inscripción de la adjudicación, al figurar inscrita a favor de persona distinta.

Resolución de 10-1-2024

BOE 19-2-2024

Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 2.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: INVASIÓN DE FINCA CON BASE GRÁFICA INSCRITA.

Procede denegar la inscripción de una base gráfica si invade una base gráfica inscrita anteriormente. Si se aprecia la posible invasión del dominio público, ha de notificarse a su titular.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. Como declaró la Resolución de este Centro Directivo de 4 de noviembre de 2021, reiterada por otras Resoluciones, como la de 2 de noviembre de 2023, las coordenadas que conforman la geometría de la georreferenciación inscrita, no constituyen un simple dato de hecho, sino que, por el hecho de su inscripción registral, son un pronunciamiento jurídico formal y solemne que, tras los procedimientos, trámites, garantías y alegaciones y calificación registral que procedan en cada caso, proclama y define con plenos efectos jurídicos, y bajo la salvaguardia de los tribunales, cuál es la delimitación del objeto jurídico sobre el que recae el derecho de propiedad inscrito. El Registro protege al titular de la finca con georreferenciación inscrita, que deberá consentir la rectificación de su georreferenciación.

El titular registral de la georreferenciación inscrita también resulta protegido por el principio de prioridad registral del artículo 17 de la Ley Hipotecaria, de manera que la solicitud de inscripción de la georreferenciación de una finca colindante, cuando la georreferenciación aportada solapa con otra previamente inscrita, determina la preferencia del titular registral de la finca con georreferenciación inscrita. Y ahí radica la esencia de la protección registral. Es también manifestación del principio de oponibilidad de lo inscrito frente a terceros (artículo 13 de la Ley Hipotecaria) y de inoponibilidad de lo no inscrito frente a titular registral (artículo 32 de la Ley Hipotecaria), pues se da preferencia al contenido del Registro –así debe considerarse a una georreferenciación inscrita previamente–, respecto al contenido extrarregistral –la georreferenciación contradictoria que ahora se pretende inscribir conformada sin la participación del titular registral de la invadida–. Al titular registral no le es oponible la georreferenciación contradictoria sin su consentimiento, salvo que se dicte resolución judicial recaída en procedimiento en el que haya sido parte. Por tanto, por aplicación de los principios hipotecarios de prioridad, oponibilidad y legitimación registral gráfica, procede la denegación de la inscripción de la georreferenciación ahora presentada.

El registrador aclarar en su nota de calificación negativa si la invasión deriva del contraste, en la aplicación gráfica registral, entre la georreferenciación aportada y la capa gráfica que contenga el deslinde formalmente aprobado de tal dominio público, o si simplemente deriva de una apreciación visual al contrastar la georreferenciación aportada con la capa de la ortofotografía. De encontrarnos ante este segundo supuesto (como es el caso que nos ocupa), lo que debe hacer el registrador es iniciar el procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, con la pertinente notificación a la Administración titular del terreno supuestamente invadido, para que con sus alegaciones puedan desvanecerse o confirmarse las dudas del registrador. En definitiva, de no haber mediado el primer defecto, procedería dar tramitación al expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria y notificar a la Administración titular de la acequia, por lo que el defecto expresado con el número 3 debe ser revocado.

Resolución de 11-1-2024
BOE 19-2-2024
Registro de la Propiedad de La Orotava.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Procede denegar la inscripción de una base gráfica si existen dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). En el presente caso, el Registrador alega en la nota una primera circunstancia que puede determinar la existencia de dudas en la identidad de la finca, como lo es que la misma procede de segregación, pues de la finca 8.080 se segregan 216 metros cuadrados que pasan a formar la finca 16.659.

A tal efecto el registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, las representaciones gráficas disponibles, que le permitan averiguar las características topográficas de la finca y su línea poligonal de delimitación, para lo que podrá acudir a la aplicación informática prevista en dicha norma y homologada en la Resolución de esta Dirección General de 2 de agosto de 2016, así como acceder a la cartografía catastral, actual e histórica, disponible en la Sede Electrónica del Catastro.

Dado que con anterioridad a la Ley 13/2015, de 24 de junio, se permitía el acceso al Registro de fincas sin que se inscribiese su representación gráfica georreferenciada, la ubicación, localización y delimitación física de la finca se limitaba a una descripción meramente literaria, lo que puede conllevar una cierta imprecisión a la hora de determinar la coincidencia de la representación gráfica con otras fincas inmatriculadas con anterioridad a dicha norma». En el presente caso, la imprecisión deriva de la alteración de un lindero que figura en la descripción, que la parcela catastral integra dentro de la parcela, sobre la que existen una serie de construcciones, que no son objeto de declaración de obra nueva en el título calificado.

El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante».

En el presente caso existe una controversia que solo puede resolverse judicialmente, practicándose, entonces sí, las pruebas que el Juez estime convenientes, como declaró la Resolución de este Centro Directivo, de 12 de julio de 2023, sin que el Registrador en el ejercicio de su calificación registral o esta Dirección General en sede de recurso pueda resolver el conflicto entre titulares registrales colindantes. Dicha cuestión compete a los tribunales de Justicia, como ha declarado la Resolución de esta Dirección General, de 24 de mayo de 2023.

Resolución de 8-1-2024

BOE 19-2-2024

Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, número 2.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

No puede accederse a la pretensión de revisar un asiento ya practicado.

Debe recordarse la doctrina reiterada de esta Dirección General, basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000, según la cual el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, cuestiones todas ellas extrañas al recurso contra la calificación registral. De acuerdo con lo anterior, es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Por lo que, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, no procede en esta instancia entrar a revisar la procedencia de un asiento ya practicado que se encuentra bajo la salvaguardia judicial, o la propia actuación del Registrador, dado el limitado alcance del recurso. Por lo que, sin entrar en el fondo del asunto, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

Resolución de 8-1-2024

BOE 19-2-2024

Registro de la Propiedad de Aguilar de la Frontera, número 2.

SENTENCIAS DICTADAS EN REBELDÍA: REQUISITOS DE FIRMEZA.

Se reitera la doctrina acerca de los requisitos cuyo cumplimiento hay que acreditar para inscribir una sentencia dictada en rebeldía.

En la sentencia presentada a inscripción nada consta sobre el transcurso de los plazos para el ejercicio de la acción de rescisión a que se refieren los artículos 501 y 502 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, por otra parte, dadas las fechas de la sentencia (14 de junio de 2021), y del testimonio objeto de presentación (27 de enero de 2022), tampoco habría transcurrido el plazo de dieciséis meses para el caso de existencia de fuerza mayor. Debe recordarse la doctrina emanada de este Centro Directivo respecto de la falta de competencia del registrador para apreciar la posible concurrencia de la mencionada fuerza mayor y por tanto para la fijación del plazo para el ejercicio de la acción de rescisión, cuestión que debe ser apreciada por el letrado de la Administración de Justicia, correspondiendo por tanto al propio Juzgado la determinación de si ha transcurrido o no el oportuno plazo de la acción de rescisión.

Todas estas circunstancias son esenciales para la calificación del registrador, puesto que según el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras quepa la acción de

rescisión, la sentencia dictada no es inscribible sino solamente susceptible de anotación preventiva. Por tales motivos el citado defecto debe confirmarse al no quedar acreditado en el testimonio objeto de calificación el transcurso de los plazos de la acción de rescisión sin haber sido ejercitada por el demandado declarado en situación de rebeldía.

Resolución de 9-1-2024

BOE 21-2-2024

Registro de la Propiedad de Mataró, número 3.

OPCIÓN DE COMPRA: PROHIBICIÓN DE PACTO COMISORIO.

Se reitera la doctrina sobre la prohibición del pacto comisorio encubierta en un contrato de opción.

El Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (vid. artículos 6, 1859 y 1884 del Código Civil). En efecto, como afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 8 de abril de 1991 (expresamente invocada por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su Sentencia de 5 de junio de 2008), «el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (artículos 1859 y 1884 del Código Civil), rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del Tribunal Supremo como de este Centro Directivo». obligación, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (vid. artículos 6, 1859 y 1884 del Código Civil). En efecto, como afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 8 de abril de 1991 (expresamente invocada por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su Sentencia de 5 de junio de 2008), «el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (artículos 1859 y 1884 del Código Civil), rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del Tribunal Supremo como de este Centro Directivo».

No obstante, también ha reiterado este Centro Directivo (vid., por todas, la citada Resolución de 28 de enero de 2020 y la más reciente de 13 de julio de 2022, para un caso similar), que toda calificación registral ha de formularse atendiendo a los términos del documento objeto de la misma y a los propios asientos del Registro; y en el reducido marco de este expediente, ni el registrador, ni esta Dirección General, pueden enjuiciar o conjeturar acerca de intenciones de las partes en aquellos casos en que no exista clara y patente constatación, so capa de una pretendida obligación de impedir el acceso al Registro de títulos en posibles supuestos en los que la constitución de la opción de compra haya podido haber sido pactada en función de

garantía del cumplimiento de una obligación pecuniaria (contraviniendo la prohibición de pacto comisorio establecida por los artículos 1859 y 1884 del Código Civil).

El primero de los defectos, señala que existe una relación financiera entre las partes de la que surgen una serie de obligaciones presentes y futuras a cargo del concedente de la opción las cuales se garantizan a través de un derecho de opción de compra, de lo que se deduce que se ha constituido un derecho de opción en función de garantía que contraviene la prohibición legal del pacto comisorio. En el caso concreto una sociedad mercantil entrega a una persona física 96.000 euros y esta última ha de restituirle antes de un año 128.000 euros y de no hacerlo, la primera podrá quedarse con la propiedad de la finca mediante el ejercicio de la opción de compra. Por otra parte, no se ha establecido un procedimiento objetivo de valoración del inmueble que evite una situación de abuso para el deudor concedente y un correlativo enriquecimiento injusto del acreedor optante. Por tanto, en el caso de ejercicio de la opción, la compraventa celebrada podría generar las acciones de venta injusta conforme el artículo 621-45 del libro sexto del Código Civil de Cataluña, y, por tanto, rescindible a instancias del deudor perjudicado. En consecuencia, este defecto debe ser confirmado.

El segundo de los defectos señala que del relato de los hechos cabe concluir también que se ha pactado un contrato de financiación inmobiliaria entre un acreedor (una compañía mercantil) y un deudor, (una persona física) garantizado mediante un derecho de opción de compra sobre un inmueble de uso residencial, que se sitúa dentro del ámbito de aplicación de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y, por tanto, sujeto a sus requisitos imperativos de transparencia material. En primer lugar, no se pacta en ningún caso la concesión de préstamos o créditos hipotecarios, ni siquiera bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación, ni contrato de intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito a un consumidor. Tampoco son préstamos o créditos de los previstos en el artículo 2.1.a) y, b) de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. El caso aquí planteado es una operación inmobiliaria, intermedia entre las arras o señal y la venta, que el legislador, en principio, permite que alcance eficacia real y sea inscribible. Al no existir préstamo ni crédito, ni venta con precio aplazado, en sentido técnico, no se puede concluir tampoco que exista interés ni mucho menos que sea usurario, cuya calificación por otra parte es siempre judicial.

Por tales razones este defecto invocado por el registrador en su calificación ha de ser revocado, ya que —como ya se afirmó en la Resolución de 28 de enero de 2020 y se reitera ahora— no se deduce de forma patente de lo pactado que estemos claramente ante un contrato de financiación inmobiliaria que esté sometido a la Ley 2/2009, de 31 de marzo.

Resolución de 9-1-2024

BOE 21-2-2024

Registro de la Propiedad de Boadilla del Monte.

PATRIA POTESTAD: CONFLICTO DE INTERESES Y DEFENSOR JUDICIAL.

Se aclara en qué casos surge el conflicto de intereses entre el progenitor ejerciente de la patria potestad y sus hijos en las operaciones de partición de herencia y liquidación de gananciales.

Según lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil, la regla general de representación legal de los hijos menores de edad no emancipados por parte de los padres que ostenten la patria potestad queda exceptuada respecto de los actos «(...) en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo». Y el artículo 163, párrafo primero, establece que, siempre que en algún asunto los progenitores tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él.

Para exceptuar el régimen general es imprescindible que entre representante y representado exista oposición de intereses, es decir un conflicto real de intereses que viene definido por la existencia de una situación de ventaja de los intereses del representante sobre los del representado. Como ha entendido el Tribunal Supremo, la situación de conflicto se identifica con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos (cfr., por todas, las Sentencias de 17 de enero y 5 de noviembre de 2003 y 17 de mayo de 2004). Se excluye así del supuesto previsto por la norma el mero peligro hipotético o la mera suposición de que pudiera concurrir un supuesto de conflicto si se dan circunstancias no acreditadas en el expediente. De esta interpretación resulta que no puede darse por sentado que siempre que en una partición hereditaria con liquidación previa del patrimonio ganancial inter venga el viudo en su propio nombre y en representación de un hijo no emancipado existe, por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas de cada caso.

Cuando el régimen económico matrimonial sea de gananciales y los bienes que lo integren reciban aquella cualidad del título de adquisición (artículo 1347 del Código Civil), al no operar la presunción de ganancialidad (artículo 1361 del Código Civil) no cabe la posibilidad de que pueda ser destruida y por consiguiente no surge oposición de intereses en la realización del inventario de los bienes que son gananciales. Asimismo, no existe conflicto de intereses en la liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia otorgada por el cónyuge viudo en su propio nombre y en representación legal de sus hijos menores, cuando la liquidación es total, todos los bienes inventariados fueron adquiridos por el cónyuge premuerto para su sociedad conyugal y se adjudican «pro indiviso» al cónyuge superviviente y a los hijos por éste representados, respetándose estrictamente las cuotas legales en la sociedad conyugal disuelta y en el caudal relicto según la declaración de herederos «ab intestato»; tampoco en el caso de adjudicación «pro indiviso» de bienes de la herencia, realizada por la viuda en su favor y en representación de sus hijos menores de edad si había estado casada en régimen de separación de bienes (Resolución de 27 de enero de 1987); o cuando uno de los herederos interviene en su propio nombre y además como tutor de otro y se adjudica en nuda propiedad una cuota parte indivisa del único bien inventariado a los herederos (Resolución de 14 de septiembre de 2004).

En el caso al que se refiere este expediente, ciertamente el carácter ganancial de la vivienda adjudicada a la viuda de la causante está determinado por la manifestación expresa de ésta en el título adquisitivo (artículo 1347 del Código Civil). Por ello, al no operar la presunción de ganancialidad (artículo 1361 del Código Civil) no cabe la posibilidad de que pueda ser destruida, de suerte que no surge oposición de intereses por la mera realización del inventario de los bienes que son

gananciales. No obstante, debe entenderse que, precisamente, en la valoración de la vivienda objeto del ejercicio del derecho de atribución preferente se manifiesta que el cónyuge viudo tiene interés directo en las consecuencias de la liquidación de gananciales, pues la determinación de dicho valor por declaración unilateral de la representante beneficiada puede tener consecuencias favorables para ella y desfavorables para el representado. Por ello, el recurso no puede ser estimado.

Resolución de 10-1-2024

BOE 21-2-2024

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5.

FINCA REGISTRAL: REFERENCIA CATASTRAL.

Una cosa es identificar la finca objeto del título inscribible y otra el juicio de identidad necesario para incorporar la referencia catastral.

La finca constituye una unidad del tráfico jurídico inmobiliario, como porción de territorio, delimitado por la pertenencia a un titular, que tiene una proyección geográfica. Los títulos inscribibles deben respetar el principio de tracto sucesivo en relación a la descripción de la finca. El principio de tracto sucesivo consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, exige para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, debe constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. Aunque el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, al regular el principio registral de tracto sucesivo, literalmente sólo se refiere al aspecto subjetivo del principio, es decir, a la necesaria coincidencia entre la persona que otorga o en cuyo nombre se otorga el acto o contrato inscribible y el titular registral, lo cierto es que del artículo 38 de la propia ley, con su presunción de que los derechos reales inscritos existen en la forma determinada por el asiento respectivo, se desprende también la exigencia del tracto sucesivo objetivo, es decir, la coincidencia entre el objeto de derecho tal como aparece configurado en el Registro y como se hace en el título que se pretende inscribir (vid. Resoluciones de 1 de diciembre de 2004 y 3 de junio de 2006).

El legislador, consciente de la dificultad que en algunos casos podría conllevar la coordinación con el Catastro, no la impuso de manera obligatoria, aunque sí la promovió, otorgándole una serie de beneficios o efectos jurídicos. Partiendo de esa afirmación, en el presente caso, debemos tener presente que los comparecientes no inician, expresa o tácitamente, ningún expediente para concordar la realidad registral con la física extrarregistral de la finca y poder lograr la coordinación gráfica con el Catastro.

Tal y como se desprende del título, matizado con la diligencia aclaratoria sobre este particular, la descripción de la finca en el título es totalmente coincidente con la que figura en el Registro, por lo que no cabe ninguna duda de que se cumple el principio de tracto sucesivo en su aspecto objetivo, por lo que la calificación no puede mantenerse. Por ello declaró la Resolución de esta Dirección General de 6 de septiembre de 2023, que el hecho de que la descripción que de la finca se hace

en la escritura, descripción que es idéntica a la que figura en el Registro, no coincide con la descripción catastral, que resulta de las certificaciones incorporadas a la escritura (a las cuales no se remiten los interesados), no impide la inscripción, que puede practicarse con la descripción que consta en el Registro.

Distinta cuestión es el juicio de correspondencia para la asignación de una referencia catastral a una finca registral, sin georreferenciación inscrita, basada en el juicio que emite el registrador, tras la operación de comparación de las descripciones literarias de finca registral y parcela catastral, sin componente geográfico alguno. La referencia catastral será correspondiente con la identidad de la finca cuando se cumplan los requisitos el artículo 45 del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, expresando dicha situación como una circunstancia más de la inscripción (vid. artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria). Su no aportación o su aportación sin cumplir aquellos requisitos supone el incumplimiento de una obligación fiscal, que se hará constar por nota al margen del asiento y en la nota del despacho del título (cfr. artículo 44).

Por tanto, aunque no puede suspender la inscripción en el Registro de la Propiedad con la descripción registral actual, al no cumplirse con los requisitos del artículo 45 del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, debe declarar la referencia catastral como no correspondiente, expresando como motivación que a su juicio la finca registral está integrada por otra referencia catastral.

Resolución de 10-1-2024

BOE 21-2-2024

Registro de la Propiedad de Álora.

REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN.

Se reitera la doctrina sobre los criterios a tener en cuenta en la acreditación de los requisitos fiscales.

Son numerosas las ocasiones en las que este Centro Directivo (vid. Resoluciones recogidas en los «Vistos») ha analizado el alcance del denominado cierre registral por no acreditar el cumplimiento de las obligaciones fiscales. La doctrina mantenida por este Centro Directivo sobre el cumplimiento de tales requisitos tributarios puede resumirse del siguiente modo: el registrador, ante cualquier operación jurídica cuya registración se solicite, no sólo ha de calificar su validez y licitud, sino decidir también si se halla sujeto o no a impuestos; pero la valoración que haga de este último aspecto no será definitiva en el plano fiscal, pues no le corresponde la competencia liquidadora respecto de los diversos tributos; no obstante, será suficiente, bien para acceder, en caso afirmativo, a la inscripción sin necesidad de que la Administración Tributaria ratifique la no sujeción, bien para suspenderla en caso negativo, en tanto no se acredite adecuadamente el pago, exención, prescripción o incluso la no sujeción respecto del impuesto que aquél consideró aplicable, de modo que el registrador, al solo efecto de decidir la inscripción, puede apreciar por sí la no sujeción fiscal del acto inscribible, evitando una multiplicación injustificada de los trámites pertinentes para el adecuado desenvolvimiento de la actividad jurídica registral.

La decisión del registrador de suspender la calificación del documento por falta de liquidación del Impuesto es susceptible de ser recurrida, pues si bien no se trata de una auténtica calificación, lo cierto es que una decisión acerca del destino del título que se presenta a inscripción, por lo que un mero principio de proscripción de la indefensión obliga a que este acto pueda ser objeto de revisión.

En cuanto al Impuesto de Transmisiones, la adjudicación de fincas urbanas en un procedimiento de enajenación de bienes embargados en procedimiento administrativo de apremio es un supuesto sujeto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, si se atiende a lo dispuesto en el artículo 7.1.A) de su ley reguladora, en tanto que se produce una transmisión onerosa por actos «inter vivos» de bienes y derechos que integran el patrimonio de las personas físicas o jurídicas. Por lo tanto, de acuerdo con la expuesta doctrina de este Centro Directivo, al concurrir una clara causa legal de exención fiscal subjetiva, debe revocarse la nota de suspensión de la calificación del registrador en virtud de los artículos 254 y 255 de la Ley Hipotecaria por razón del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Lo contrario sería entorpecer la necesaria agilidad en la contratación inmobiliaria y mercantil, y supondría reducir la función registral calificadora a una actuación puramente mecánica.

No procede tampoco por tanto en este caso la suspensión de la calificación por razón del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana conforme a los artículos 254.5 y 255 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 11-1-2024

BOE 21-2-2024

Registro de la Propiedad de Murcia, número 7.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: NOTIFICACIÓN AL COLINDANTE QUE REALIZÓ ALEGACIONES Y CERTIFICACIONES DE LOS DOCUMENTOS OBRANTES EN EL PROCEDIMIENTO.

Se aclara que no han de realizarse notificaciones de la práctica de la inscripción a los colindantes que formularon alegaciones, aunque sí es posible certificar del contenido de dicho procedimiento.

El recurso es el cauce legalmente arbitrado para impugnar las calificaciones de los registradores cuando suspendan o denieguen el asiento solicitado. Pero cuando dicha calificación, haya sido o no acertada, ha desembocado en la práctica del asiento, éste queda bajo la salvaguardia de los tribunales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria) y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la propia ley, lo que conduce a su artículo 40, en el que se regulan los mecanismos para lograr la rectificación del contenido del Registro cuando es inexacto. Por tanto, la rectificación de los asientos registrales exige, bien el consentimiento del titular registral, y de todos aquellos a los que el asiento atribuya a algún derecho, o la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablada contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

En cuanto a la solicitud del interesado de que se notifique de oficio por el registrador el contenido de la inscripción practicada en un procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria en el que dicho interesado formuló oposición, no existiendo más posibilidad que la de recurrir la decisión de inscribir del registrador ante los tribunales de Justicia, carece de sentido notificar la misma quienes no van a poder recurrir administrativamente tal decisión, pues tal recurso sólo está previsto en caso de negativa a inscribir la representación gráfica. Notificación que, por otra parte, puede conducir al equívoco de estimar que el expediente admite trámites adicionales, cuando el expediente en realidad ha concluido y la inscripción ha sido practicada.

El artículo 342 del Reglamento Hipotecario dispone que “también podrán expedir los Registradores, a petición de los interesados, certificaciones de los documentos que conserven en su archivo y respecto de los cuales puedan considerarse como sus archiveros naturales”, documentos entre los que, sin duda, se encuentran los incorporados a la tramitación del expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Esta posibilidad debe entenderse limitada a los efectos informativos que se desprenden de los citados preceptos, sin que en ningún caso pueda traducirse en nuevos trámites no contemplados en el procedimiento que pudieran suponer sucesivas intervenciones de los interesados.

Resolución de 15-1-2024

BOE 22-2-2024

Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

BIENES PRIVATIVOS: PACTO DE ATRIBUCIÓN DE PRIVATIVIDAD.

Para que el pacto de atribución de privatividad a un bien sea inscribible es necesario que exprese la causa onerosa o gratuita.

La sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico-matrimonial, de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado según el cual se hacen comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia. La regulación que del régimen económico matrimonial contiene el Código Civil se caracteriza por un marcado principio de libertad que se manifiesta, entre otros, en los artículos 1315 (libertad en la determinación del régimen económico), 1325 (libertad en cuanto a su estipulación, modificación o sustitución), 1328 (libertad de pacto en tanto las estipulaciones no sean contrarias a las leyes o las costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge) y 1323 (posibilidad de transmitirse los cónyuges por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos), sin más limitaciones que las establecidas en el mismo Código (cfr. artículo 1315). El propio artículo 1355 —al permitir que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, con independencia de cuál sea la procedencia y la forma y plazos de satisfacción del precio o contraprestación— se encuadra dentro de ese amplio reconocimiento.

Este Centro Directivo ha admitido que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado (cfr. Resoluciones de 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991, 30 de julio de 2018, 12 de junio y 17 de diciembre de 2020, 15 de enero de 2021 y 4 de julio y 30 de noviembre de 2022).

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto son perfectamente lícitas las siguientes opciones en relación con la sociedad de gananciales, y la situación jurídica de los bienes privativos, en lo que se refiere al ámbito registral: Primera.–Justificar indubitadamente el carácter privativo del bien. Si el bien es fungible, como ocurre con el dinero, dicha justificación debe realizarse siempre mediante prueba documental pública. Segunda.–Que un cónyuge confiese el hecho del carácter privativo de la contraprestación con la que se adquirió el bien por el otro cónyuge, con lo que se sujeta al régimen especial de los artículos 1324 del Código Civil y 95.4 del Reglamento Hipotecario. Tercera.–Que los cónyuges celebren un negocio jurídico de atribución de carácter privativo, pero dejando claramente expresada la causa onerosa o gratuita de dicho negocio.

Ciertamente, en el caso de este expediente, la redacción de la escritura calificada no tiene la precisión deseable y contiene expresiones que son contradictorias. Por otra parte, si se tienen en cuenta no solo la simple y pura literalidad de los términos empleados en la escritura calificada –no exentos de imprecisiones y contradicciones, como se ha expuesto–, sino también la intención evidente de los otorgantes reflejada en el negocio documentado, la valoración global de sus cláusulas y su inteligencia en el sentido más adecuado para que produzca efecto (cfr. artículos 1281, 1284 y 1285 del Código Civil; y, por todas, Resolución de 6 de septiembre de 2023), debe entenderse que los cónyuges, por pacto, están determinando que los bienes comprados por la esposa tengan carácter privativo.

Resolución de 15-1-2024

BOE 22-2-2024

Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

BIENES PRIVATIVOS: PACTO DE ATRIBUCIÓN DE PRIVATIVIDAD.

Para que el pacto de atribución de privatividad a un bien sea inscribible es necesario que exprese la causa onerosa o gratuita.

La sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico-matrimonial, de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado según el cual se hacen comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia. La regulación que del régimen económico matrimonial contiene el Código Civil se caracteriza por un marcado principio de libertad que se manifiesta, entre otros, en los artículos 1315 (libertad en la determinación del régimen económico), 1325 (libertad en cuanto a su estipulación, modificación o sustitución), 1328 (libertad de pacto en tanto las estipulaciones no sean contrarias a las leyes o las costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge) y 1323 (posibilidad de transmitirse los cónyuges por cualquier título

bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos), sin más limitaciones que las establecidas en el mismo Código (cfr. artículo 1315). El propio artículo 1355 —al permitir que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, con independencia de cuál sea la procedencia y la forma y plazos de satisfacción del precio o contraprestación— se encuadra dentro de ese amplio reconocimiento.

Este Centro Directivo ha admitido que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado (cfr. Resoluciones de 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991, 30 de julio de 2018, 12 de junio y 17 de diciembre de 2020, 15 de enero de 2021 y 4 de julio y 30 de noviembre de 2022).

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto son perfectamente lícitas las siguientes opciones en relación con la sociedad de gananciales, y la situación jurídica de los bienes privativos, en lo que se refiere al ámbito registral: Primera.—Justificar indubitadamente el carácter privativo del bien. Si el bien es fungible, como ocurre con el dinero, dicha justificación debe realizarse siempre mediante prueba documental pública. Segunda.—Que un cónyuge confiese el hecho del carácter privativo de la contraprestación con la que se adquirió el bien por el otro cónyuge, con lo que se sujeta al régimen especial de los artículos 1324 del Código Civil y 95.4 del Reglamento Hipotecario. Tercera.—Que los cónyuges celebren un negocio jurídico de atribución de carácter privativo, pero dejando claramente expresada la causa onerosa o gratuita de dicho negocio.

Ciertamente, en el caso de este expediente, la redacción de la escritura calificada no tiene la precisión deseable y contiene expresiones que son contradictorias. Por otra parte, si se tienen en cuenta no solo la simple y pura literalidad de los términos empleados en la escritura calificada —no exentos de imprecisiones y contradicciones, como se ha expuesto—, sino también la intención evidente de los otorgantes reflejada en el negocio documentado, la valoración global de sus cláusulas y su inteligencia en el sentido más adecuado para que produzca efecto (cfr. artículos 1281, 1284 y 1285 del Código Civil; y, por todas, Resolución de 6 de septiembre de 2023), debe entenderse que los cónyuges, por pacto, están determinando que los bienes comprados por la esposa tengan carácter privativo.

Resolución de 15-1-2024

BOE 22-2-2024

Registro de la Propiedad de Andújar.

OPCIÓN DE COMPRA: CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES.

Para la cancelación de las cargas inscritas o anotadas tras la opción será necesaria la consignación del precio abonado por el optante a disposición de los titulares de dichas cargas.

Hay que recordar por lo que se refiere a la aplicación al derecho real de opción y a la mecánica cancelatoria prevista en el artículo 175 del Reglamento Hipotecario, lo que constituye la doctrina muy consolidada desde antiguo en la Dirección General de Registros y del Notariado, que arranca con una Resolución de 10 de

abril de 1987, reiterándose en las de 8 de junio de 1998, 26 de marzo de 1999 y 18 de abril de 2002, así como en muchas otras hasta llegar a la más recientes. Así la Resolución de 10 de diciembre de 2019 puso de relieve que según doctrina reiterada de este Centro Directivo «(...) (vid., por todas, Resoluciones de 18 de mayo de 2011 y 2 de marzo de 2015), una vez ejercitado un derecho de opción puede solicitarse la cancelación de las cargas que hubiesen sido inscritas con posterioridad al reflejo registral del mismo, pues no otra cosa significa la transcendencia real de la opción. Al afectar el ejercicio del derecho de opción de forma tan directa a los titulares de derechos posteriores inscritos en la medida en que deben sufrir la cancelación del asiento sin su concurso, se requiere —como indicó la mencionada Resolución— que puedan al menos contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble para la satisfacción de sus respectivos créditos o derechos, máxime cuando todas las actuaciones de los interesados tienen lugar privadamente y al margen de todo procedimiento judicial y con la falta de garantías que ello podría implicar para los terceros afectados (cfr. artículo 175.6.º Reglamento Hipotecario)». En definitiva, es necesario, como regla general, el depósito del precio pagado a disposición de los titulares de las cargas posteriores (cfr. artículo 175.6.º Reglamento Hipotecario).

Y en cuanto a las cantidades que pueden ser retenidas y no consignadas, esta Dirección General ha admitido que puede efectuarse la deducción del importe de la prima de la opción, es decir, de aquella cantidad que se ha abonado al concederla, o del importe de cargas anteriores a la propia opción que sean asumidas o satisfechas por el optante; igualmente no procede exigir tal consignación cuando el optante retiene la totalidad del precio pactado para hacer frente al pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca y que es de rango preferente al derecho de opción ejercitado o cuando se haya pactado el pago por compensación siempre que no encubra una opción en garantía. Pero en todos estos casos es necesario que todas estas circunstancias consten pactadas en la escritura de opción y que figuren debidamente inscritas.

En el supuesto de hecho de este expediente, las partes intervinientes no pueden en el ejercicio del derecho real de opción, modificar el contenido del Registro con perjuicio de terceros cuyos derechos están anotados —ya que confiaron en los pronunciamientos de los asientos registrales—, defraudando sus expectativas a consolidar sus derechos sobre el precio de la compraventa. Así, tanto por exigencia legal como por exigencia contractual, para la cancelación de esta anotación de embargo debe acreditarse al registrador la consignación de la diferencia entre el precio de compra y el saldo deudor que se acredite del préstamo garantizado con la hipoteca de conformidad con el artículo 175.6.º del Reglamento Hipotecario, tal como exige el registrador en su nota de calificación.

Resolución de 15-1-2024

BOE 23-2-2024

Registro de la Propiedad de Málaga, 13.

HERENCIA: DESHEREDACIÓN.

El registrador puede considerar que se presume inimputable a los efectos de incurrir en causa legal de desheredación a los menores de 14 años.

Para inscribir la adjudicación hereditaria en caso de desheredación de algún legitimario es necesario que se cumplan los siguientes requisitos que, entre otros, son propios de toda desheredación: a) que dicha privación de la legítima se funde en una de las causas de establecidas en la ley y sea expresada en el testamento (artículos 848 y 849 del Código Civil). b) que la certeza de la causa expresada no sea negada por los desheredados o, si se ha negado, que haya sido probada por los herederos (arts. 850 y 851). c) que, mientras no se declare judicialmente que no es cierta la causa de desheredación, intervengan los hijos o descendientes de los desheredados (salvo que se trate de un caso en que el testador haya nombrado contador-partidor con facultades para realizar la partición de la herencia de la que resulte que se ha reconocido la legítima a tales herederos forzosos).

En el supuesto de este expediente, se debate la exigencia de que el desheredado sea imputable a los efectos de la realización u omisión de la conducta que da lugar a la causa de la desheredación. En este punto, la doctrina reiterada de este Centro Directivo ha determinado que la desheredación requiere que se le atribuya al desheredado una acción (u omisión) que la ley tipifique como bastante para privarle de la legítima, y que haya ocurrido antes de que se otorgue el testamento. Pero, en realidad, esta exigencia conlleva, además de la identificación del legitimario afectado y la expresión de la causa desheredationis (aunque no que sea preciso inicialmente acreditar su certeza), la existencia del desheredado al tiempo en que se formalice testamentariamente la voluntad de su exclusión y que entonces tenga aptitud para ser excluido.

Así, la cuestión es si la registradora tiene competencia para negar la eficacia de un testamento en el que se ordena la desheredación de descendientes de la testadora, menores de edad, sin que los Tribunales de Justicia hayan decretado tal ineficacia en el correspondiente juicio contradictorio iniciado a instancia de parte legitimada legalmente para ello, lo que nos lleva a determinar previamente si los menores tienen o no aptitud para ser desheredados. La llegada de la mayoría de edad significa la desaparición de cualquier causa de restricción de la capacidad que determina la menor edad y en este sentido, el artículo 246 del Código Civil dispone: «El mayor de edad puede realizar todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código». Pero esto no significa que esa mayoría de edad sea determinante, dado que existen numerosas excepciones en la legislación común y foral. Lo cierto es que el Código Civil no regula ordenadamente la situación del menor de edad, sino que, al disciplinar el contrato u otros negocios, regula aisladamente qué puede y no puede hacer. Se debe concluir que los menores, de acuerdo con sus condiciones de madurez y de acuerdo con las circunstancias de cada caso en particular, pueden ser sujetos pasivos de la desheredación.

Este Centro Directivo estima que, por debajo de un determinado límite de edad del desheredado, la conclusión ha de ser la contraria, de modo que deba partirse de su inimputabilidad a falta del correspondiente pronunciamiento judicial sobre las condiciones de madurez del menor que le hagan apto para ser sujeto pasivo de la desheredación. Y bien puede entenderse que ese límite de edad no es otro que el de catorce años, que es la edad exigida para otorgar testamento —salvo el ológrafo— así como la establecida como límite mínimo para la exigencia de responsabilidad sancionadora con arreglo a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (cfr. artículo 3, según el cual a los menores de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a

dicha Ley, sino que se les aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes). En el caso del presente recurso, al tener los desheredados la edad de ocho y trece años, respectivamente, debe confirmarse la calificación impugnada.

Resolución de 16-1-2024

BOE 23-2-2024

Registro de la Propiedad de Oliva.

HERENCIA: INSTANCIA DE HEREDERO ÚNICO.

No procede la utilización del instrumento excepcional de la instancia privada de heredero único en un caso en el que concurren heredar fiduciaria de residuo con la fideicomisaria que además es legataria de los bienes privativos.

El artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales, y esta norma se reitera a través de toda la Ley Hipotecaria, así como de su Reglamento, salvo contadas excepciones que son ajenas al caso ahora debatido. En el caso de las sucesiones «mortis causa», el artículo 14 de la Ley Hipotecaria en su párrafo primero establece que «el título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) n.º 650/2012 (...) Cuando se tratase de heredero único y no exista ningún interesado ni tampoco Comisario o persona autorizada para adjudicar la herencia, el título de la sucesión acompañado de los documentos a que se refiere el artículo dieciséis de esta Ley, bastará para inscribir directamente a favor del heredero los bienes y derechos de que en el Registro era titular el causante». Este precepto se complementa con el artículo 79 del Reglamento Hipotecario.

En el concreto supuesto, en cuanto a los bienes gananciales, el testador instituye heredera a su esposa y establece una sustitución fideicomisaria de residuo a favor de la hermana del testador, sustituida vulgarmente por sus descendientes –con expreso deseo de que aquellos bienes gananciales de los que no hubiere dispuesto pasen a su hermana doña E. P. M., con sustitución vulgar en favor de sus descendientes–; la instancia se suscribe sin que esta tenga conocimiento de su llamamiento como heredera fideicomisaria de residuo. En este caso, no hay una heredera única sino dos: una heredera fiduciaria con facultad de disposición y otra heredera fideicomisaria de residuo, por lo que no se trata del supuesto de «heredero único» de los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 79 del Reglamento.

En consecuencia, la heredera fideicomisaria de residuo, que además es legataria de los bienes privativos, aunque no sea legitimaria, tiene, indudablemente, interés en los actos de partición y adjudicación de la herencia, que, conforme al citado artículo 3 de la Ley Hipotecaria, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos.

Resolución de 16-1-2024
BOE 23-2-2024
Registro de la Propiedad de Oliva.

REPRESENTACIÓN ORGÁNICA: FORMAS DE ACTUACIÓN.

En el caso de administradores mancomunados es necesario que todos actúen conjuntamente, dado que no se trata de un órgano colegiado.

En relación con la referencia a la insuficiencia de motivación de la calificación, del análisis de la nota objeto del recurso resulta que se señalan los motivos que, a juicio del registrador, impiden la inscripción de la escritura, y los fundamentos en los que se apoya para justificarlos –que podrán o no ser acertados–. El escrito de recurso está destinado a rebatir las normas en las que se fundamenta la calificación. En consecuencia, no puede entenderse que la calificación está insuficientemente motivada.

La representación orgánica constituye el instrumento a través del cual el ente societario manifiesta externamente la voluntad social y ejecuta los actos necesarios para el desenvolvimiento de sus actividades, de modo que es el propio ente el que actúa, siendo, por tanto, un elemento imprescindible de su estructura y conformación funcional, y sus actos directamente vinculantes para el organismo actuante, por lo que, en puridad, no puede afirmarse que exista un supuesto de actuación «alieno nomine», sino que es la propia sociedad la que ejecuta sus actos a través del sistema de actuación legal y estatutariamente establecido. De esta naturaleza peculiar derivan, a su vez, las características que la definen: actuación vinculada, competencia exclusiva del órgano, determinación legal del ámbito del poder representativo mínimo eficaz frente a terceros, y supeditación, en todo lo relativo a su existencia y composición, a las decisiones del órgano soberano de manifestación de la voluntad social. A diferencia de la representación orgánica, la representación voluntaria se dirige a posibilitar la actuación de un sujeto distinto del titular de la relación jurídica con plenos efectos para este último, por lo que queda sometida a principios de actuación diferentes de los de la primera: Su utilización, de carácter potestativo y su contenido, en todo lo concerniente al ámbito de la actuación representativa y a la actuación del apoderado, se somete a lo estrictamente estipulado en el acto de otorgamiento del poder, correspondiendo la decisión sobre su conveniencia y articulación, en sede de persona jurídica, al órgano de administración, al tratarse de una materia reservada a su ámbito de competencia exclusiva, sin perjuicio de la obligación de respetar las disposiciones estatutarias al respecto (cfr. Resolución de 26 de febrero de 1991).

Pese a la manifestación contenida en la escritura no estamos en presencia de una certificación de un acto de un acuerdo de un órgano colegiado, puesto que como se ha dicho, la administración mancomunada no es una administración colegiada, sino conjunta, de las diversas personas que la componen. Por ello, los diversos apoderamientos que puedan otorgarse por los diversos administradores mancomunados deberán revestir la forma de escritura pública, en la medida en que dichos actos sean inscribibles en el Registro de la Propiedad (cfr. artículo 1280.5.º del del Código Civil en relación con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria), o de la forma que prescriba la legislación del Registro Mercantil.

Resolución de 16-1-2024

BOE 23-2-2024

Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz.

HIPOTECA: OBLIGACIÓN ASEGURADA.

Se analiza la particularidad de una hipoteca en garantía de las obligaciones que surgirán si el fiador personal tiene que atender al pago de la deuda.

Dado que en el expediente no se ha acreditado que el notario presentante haya accedido al contenido de la notificación de la calificación antes del día 18 de octubre de 2023, debe entenderse que el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido.

Reconocida la naturaleza autónoma de la relación de fianza, también es cierto que su carácter accesorio y subordinado determina una interconexión con la obligación principal que no se da en otro tipo de contratos. Una de las manifestaciones de esta peculiaridad se concreta en la posibilidad de que el fiador que paga se subrogue en la posición jurídica del acreedor (artículo 1839 del Código Civil). Pero ese efecto subrogatorio no significa que la fianza se confunda con la obligación principal. Esto es evidente si se tiene en cuenta que los efectos específicos de la fianza se siguen produciendo en favor del fiador aún después de haber ejercitado con éxito los derechos del acreedor, como lo demuestra la subsistencia de la vía de regreso contra el deudor si por aquel medio no se produjo la íntegra satisfacción del primero.

En el presente supuesto, del contenido de la escritura resulta inequívocamente que la obligación asegurada con la hipoteca es la que puede nacer en el caso de que el fiador pague al acreedor principal, que se trata de una obligación diferente de la obligación contraída por el deudor para con dicho acreedor como consecuencia del préstamo. Por ello, el hecho de que la cantidad máxima garantizada con la hipoteca sea —como es natural— superior a la del capital del referido préstamo no constituye ningún obstáculo para la inscripción de tal derecho real, estando la obligación asegurada suficientemente determinada en sus aspectos definidores, como resulta de las pólizas de préstamo y afianzamiento cuyos testimonios se incorporan en la escritura calificada.

Resolución de 17-1-2024

BOE 23-2-2024

Registro de la Propiedad de Almería, número 5.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

Se reitera la doctrina de este Centro Directivo sobre las causas de denegación del asiento de presentación.

Este Centro Directivo ha entendido (cfr., Resoluciones citadas en los «Vistos») que la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante el mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento

previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Naturalmente, el objeto de recurso en estos casos es exclusivamente determinar si procede o no la práctica del asiento de presentación, sin prejuzgar sobre la calificación que, de practicarse dicho asiento, deberá en su momento llevar a cabo el registrador respecto al acceso del título presentado a los libros de inscripciones.

Este Centro Directivo ha reiterado que la negativa a la práctica de un asiento de presentación sólo debe realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea, palmaria e indudablemente, de imposible acceso al Registro. Este es el criterio que ha de presidir la interpretación del referido precepto reglamentario (vid. también el apartado 3 del mismo artículo 420, que prohíbe extender asiento de presentación de «los demás documentos que por su naturaleza, contenido o finalidad no puedan provocar operación registral alguna»). Por tanto, sólo en aquellos casos en los que el propio presentante manifieste que su objetivo no es la práctica de un asiento en los libros del Registro, o en los que de una forma evidente resulte que el título nunca podría provocar dicho asiento, cabría denegar la presentación. Es indudable que en el presente expediente nos encontramos claramente ante una instancia privada que no puede provocar asiento registral alguno, por lo que debe confirmarse la negativa del registrador a la práctica del asiento de presentación.

La rectificación de los asientos registrales exige, bien el consentimiento del titular registral, y de todos aquellos a los que el asiento atribuya a algún derecho, o la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablada contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

Resolución de 17-1-2024

BOE 23-2-2024

Registro de la Propiedad de Huete.

AGUAS: FORMAS DE INSCRIPCIÓN.

Se analiza la forma y requisitos de inscripción de la titularidad de aguas privadas.

Como ha señalado este Centro Directivo (véase Resoluciones citadas en los «Vistos») la legislación hipotecaria relativa a las aguas, al tomar en consideración la coexistencia de aguas públicas y privadas, ha regulado tanto la inscripción de las concesiones administrativas de las primeras, de las que deriva un derecho de aprovechamiento que es lo que en realidad se inscribe, como la inscripción de la propiedad privada del agua, contemplada en el doble aspecto de un bien inmueble en sí misma (artículo 334.8.º del Código Civil) y de un bien vinculado a otros inmuebles, normalmente fincas rústicas. Todo esto ha dado lugar a varias posibilidades de reflejar en el Registro los derechos privados sobre el agua: a) agua inscrita como finca independiente, en propiedad; b) agua inscrita en propiedad, pero no como finca independiente sino como cualidad de la finca de que forme parte o en la que esté situada; c) derecho a beneficiarse (cualidad del predio dominante) de aguas de propiedad ajena, situadas en otra finca o inscritas ellas mismas como finca independiente (predios sirvientes en ambos casos); d) agua inscrita en pro-

propiedad en favor de una comunidad especial considerada como entidad con personalidad propia; e) cuota de agua en una comunidad especial, inscrita en propiedad como finca independiente, y f) cuota de agua en una comunidad especial, inscrita en propiedad, pero no como finca independiente sino como cualidad de la finca a que se destina (que debe pertenecer al titular de la cuota).

El supuesto al que se refiere el presente recurso trata de unos derechos de aprovechamiento de aguas privadas preexistentes a la Ley de Aguas de 1985, que entró en vigor el día 1 de enero de 1986. La propiedad privada o aprovechamientos de aguas privadas existentes al entrar en vigor dicha ley podrán ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, tanto si ya había tenido acceso al Registro antes de dicha vigencia como si se pretendiera inmatricularla.

En el presente caso se presenta como título inscribible en el que pretende fundar su derecho a la quinta parte de las aguas privadas, en favor de la presentante, copias de escrituras que determinaron la inscripción a favor de otros cotitulares de los derechos de aguas privadas sobre la fincas, por lo que entiende este Centro Directivo que está suficientemente justificado el título de la recurrente sobre la participación indivisa cuya inscripción se solicita, al estar bajo la salvaguardia de los tribunales la inmatriculación de las citadas aguas privadas (cfr. artículo 1 de la Ley Hipotecaria), sin necesidad de levantar acta de notoriedad al respecto. Ahora bien, como ha señalado este Centro Directivo (véase la Resolución de 17 de abril de 2023) será imprescindible además de presentar de presentar el título o documento principal en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse la inscripción (cfr. artículo 33 del Reglamento Hipotecario) acompañar la certificación del organismo de cuenca o Administración Hidráulica de Comunidad Autónoma competente en la correspondiente cuenca intracomunitaria, acreditativa del contenido de la oportuna inscripción en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas, por lo que en esto sí debe confirmarse la nota de calificación.

Resolución de 17-1-2024

BOE 23-2-2024

Registro de la Propiedad de Marbella, número 4.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Procede denegar la inscripción de la base gráfica cuando concurren dudas acreditadas sobre la identidad de la finca.

En primer lugar, debe este Centro Directivo recordar su doctrina respecto a la posible toma en consideración de documentos aportados en sede del propio recurso y que el registrador no ha podido tener en consideración al emitir la calificación impugnada. En tal sentido y conforme a lo dispuesto en los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria no pueden ser tenidos en consideración cualquier documento que no hubiera sido presentado al Registrador a la hora de emitir la calificación recurrida (Resolución de 22 de noviembre de 2021).

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la

finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En primer lugar, debe confirmarse la legitimación de los cotitulares colindantes para formular la oportuna oposición, al resultar sobradamente acreditada su colindancia en el presente recurso, extremo éste no controvertido en el mismo escrito de recurso. En segundo lugar, de los datos y documentos que obran en el expediente, se evidencia que no es pacífica la delimitación gráfica que se pretende inscribir, resultando posible o, cuando menos no incontrovertido, que con la inscripción de la representación gráfica aportada se puede alterar la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, pudiendo afectar a los derechos de terceros.

Toda vez que existen dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, lo procedente es la denegación de dicha inscripción y podrá acudir al expediente de deslinde regulado en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria (tal y como prevé para estos casos el artículo 199), sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (cfr. artículo 198 de la Ley Hipotecaria), o bien solicitarse la conciliación regulada en el artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 18-1-2024

BOE 23-2-2024

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 4.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: AFECTACIÓN DE UNA REPRESENTACIÓN GRÁFICA YA INSCRITA.

Procede denegar la inscripción de la base gráfica cuando afecta a otra ya inscrita con anterioridad.

Como cuestión previa, debe volver a reiterarse la doctrina de este Centro Directivo, formulada en Resoluciones como las de 5 y 13 de octubre de 2021 y 8 de junio y 6 de septiembre de 2022, por la cual si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción, puesto que no puede ser inscrita la misma georreferenciación que ahora ha sido objeto de presentación, sino otra distinta, con acuerdo de los colindantes, o aprobada por la autoridad judicial, en su caso.

Como declaró la Resolución de esta Dirección General de 19 de abril de 2022, está justificada, como regla general, la negativa del registrador a iniciar la tramita-

ción del procedimiento si la georreferenciación aportada invade otra previamente inscrita. Así lo dispone el artículo 199.1, párrafo cuarto.

Como ha señalado reiteradamente esta Dirección General (cfr., por todas, Resolución de 23 de diciembre de 2020) en caso de dudas de invasión del dominio público, resulta esencial la comunicación a la Administración titular del dominio público afectado a efectos de valorar si efectivamente se produce dicha invasión. En el presente caso, es la escritura calificada la que incorpora el informe del Ayuntamiento sobre la petición de inscripción de la georreferenciación alternativa a la catastral, aportada en el expediente. Por tanto, una vez aportado por el propio interesado el informe municipal, como declaró la Resolución de este Centro Directivo de 12 de mayo de 2022, todas las declaraciones y documentos incorporados al título inscribible, en orden a la referencia catastral o a la inscripción de la georreferenciación están sujetas a calificación, sin que en modo alguno puedan quedar excluidas.

En el presente caso, por aplicación del principio de legitimación registral, en su vertiente geográfica, a la que se refiere el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria, se presume que la finca existe con la delimitación geográfica y ubicación que resulta del Registro y que, además, es coherente con la que resulta del planeamiento vigente de Candelaria, debiendo prevenir la registradora que puedan acceder situaciones que sean contradictorias con la normativa vigente, sin perjuicio de los actos de ejecución del planeamiento que sean necesarios. Por tanto, dicha georreferenciación solo puede modificarse con el consentimiento expreso del titular registral de la finca, acordada en documento público o a través del correspondiente expediente de deslinde administrativo de los artículos 50 y siguientes de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, con la georreferenciación resultante de dicha modificación; o bien por orden de la autoridad judicial competente en un procedimiento en el que el titular registral de la finca con georreferenciación inscrita haya sido parte, por aplicación del artículo 1 párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 18-1-2024

BOE 23-2-2024

Registro de la Propiedad de Escalona.

VÍAS PECUARIAS: NOTA MARGINAL DE POSIBLE DESLINDE FUTURO.

No cabe practicar ningún asiento si la intervención del titular registral y sin que dicho asiento tenga un contenido concreto.

Con carácter previo debe recordarse que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

A diferencia de las inscripciones, donde la doctrina y la jurisprudencia admiten la existencia de «*numerus apertus*» (así, los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario hablan de «*cualesquiera otros derechos reales*»)

en materia notas marginales nadie duda de que en nuestro ordenamiento jurídico rige un principio de «*numerus clausus*». No cabe practicar notas marginales, sino en los casos expresamente previstos en la Ley y el Reglamento Hipotecario. El procedimiento registral es de orden público.

La publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por éste se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca sólo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones Públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre (cfr. artículo 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total acerca de ninguna circunstancia afectante a la finca, ya que se limita a expresar la colindancia con una vía pecuaria, lo cual ya resulta de la propia descripción de la finca (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento); advierte la posibilidad de un eventual deslinde, sin concretar siquiera si efectivamente la finca pudiera verse afectada por ello y en qué medida; además de recordar los efectos legales del deslinde, cuestión que resulta de la propia Ley. Por tanto, tampoco puede practicarse la nota marginal solicitada al amparo de este precepto, pues no resulta una concreta calificación urbanística, medioambiental o administrativa de la finca más allá de su colindancia con una vía pecuaria y no resulta de la solicitud la intervención del titular de la finca.

Admitir una nota marginal de las características de las que pretende la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha iría en contra del principio registral de tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria), trasunto del principio constitucional de tutela judicial efectiva, pues supondría que la finca quedaría mermada en su valor por una afección indeterminada en su extensión y duración, sin haber sido oído al respecto el propio titular de dominio de la finca afectada.

Por último, es preciso señalar un error en la fundamentación del recurrente, en relación con la posibilidad de que puedan aparecer terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la superficie y linderos que se derivan de la inscripción de la base gráfica y su coordinación con Catastro. Los efectos de la inscripción de la base gráfica, ya sea catastral, o alternativa una vez coordinada con Catastro, se recogen en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria que

establece que: «Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real». Por tanto, se presume que la finca tiene la ubicación y delimitación geográfica que resulta de la base gráfica, pero se trata de una presunción «*iuris tantum*» que admitirá, en todo caso, prueba en contrario en el correspondiente procedimiento de deslinde administrativo realizado por los trámites correspondientes.

Resolución de 18-1-2024

BOE 23-2-2024

Registro de la Propiedad de Murcia, número 7.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: CONSTANCIA DE LA CONDICIÓN DE SUELO INUNDABLE.

No existe pues ningún argumento para dispensar de la constancia registral de la condición de inundable de una finca con carácter previo a la inscripción de una obra nueva aunque sea por antigüedad.

En el caso objeto del presente recurso, el notario autorizante de la escritura calificada negativamente hace un uso correcto de la posibilidad contenida en el citado artículo 153 del Reglamento Notarial para subsanar por sí mismo «errores materiales» cometidos al transcribir determinados extremos del informe técnico que quedó incorporado a la escritura matriz. Y con ello, subsana convenientemente el segundo defecto señalado en la calificación registral, que consistía precisamente en «no coincidir la descripción de la obra nueva recogida en el título —en cuanto a la superficie del almacén— con la descripción recogida en la certificación expedida por el técnico, acreditativa de su descripción y antigüedad». Incluir en una diligencia subsanatoria «a solicitud del titular de la finca» argumentaciones jurídicas para intentar rebatir una calificación registral negativa, ya resulta incorrecto desde el punto de vista de la técnica notarial, pues no queda amparado dentro del ámbito de aplicación del citado artículo 153 del Reglamento Notarial, ni se corresponde tampoco con las llamadas actas de referencia reguladas en el artículo 208 del Reglamento Notarial para recoger «las declaraciones de los que en ellas intervengan», pues en esta concreta diligencia notarial que analizamos no interviene compareciente alguno ni el notario ostenta ni puede arrogarse a tales efectos la representación del otorgante inicial ni cumplimenta debidamente el supuesto hecho de ser requerido al efecto por persona alguna. Y solicitar que si el registrador mantiene su calificación negativa «se tenga por interpuesto el oportuno recurso gubernativo con base en los anteriores hechos y fundamentos de derecho», además de incurrir en las extralimitaciones reglamentarias ya citadas, deja sin precisar quién es la persona legitimada que supuestamente interpone dicho recurso, si el titular registral otorgante de la escritura inicial, o el propio notario autorizante, pues en este extremo el notario no dice nada al respecto.

No existe pues ningún argumento para dispensar de la constancia registral de la condición de inundable de una finca con carácter previo a la inscripción de una obra nueva aunque sea por antigüedad. Y no lo es que la misma se exija con carácter previo al inicio de las obras, pues bastaría con un inicio de las mismas, aún básico o simbólico, en cualquier supuesto para dispensarlo. Lo relevante desde el punto de vista registral es, lógicamente que la nota conste extendida con anterioridad a la inscripción de la declaración de obra, sea nueva o por antigüedad, pues este es el momento en que tal hecho tiene acceso al Registro. Al respecto cabe recordar que con arreglo a la Guía técnica de apoyo a la aplicación del Reglamento de Dominio Público Hidráulico en las limitaciones a los usos del suelo en las zonas inundable de origen fluvial del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, dado que la modificación operada en el citado Reglamento por Real Decreto 9/2008, de 11 de enero, permitió con determinados condicionantes de seguridad, la construcción de edificaciones y viviendas en la zona de flujo preferente y en toda la zona inundable, se estableció la necesidad de incorporar esta información al Registro de la Propiedad para intentar garantizar el conocimiento y su correcta transmisión a los futuros usuarios de esas construcciones, finalidad que se vería burlada si se pretendiera exonerar de esta obligación a las obras declaradas por antigüedad.

Resolución de 18-1-2024

BOE 23-2-2024

Registro de la Propiedad de Barakaldo.

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: CANCELACIÓN DE ASIENTOS YA PRACTICADOS.

No puede accederse a la cancelación de un asiento registral mediante una instancia privada.

Es cierto que, según doctrina de este Centro Directivo, el registrador puede, a instancia de interesado, cancelar las menciones de derechos carentes de trascendencia real o de derechos reales susceptibles de inscripción separada y especial, cuando no reúnan los requisitos que para la inscripción exige el artículo 33 del Reglamento Hipotecario, esto es, cuando no resulten directa e inmediatamente del título inscribible o tengan alcance puramente personal (véase artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 9 del Reglamento Hipotecario). Pero en el caso que nos ocupa, no está tan claro que carezca de trascendencia real la carga cuya cancelación se pretende. Antes bien, la posible consideración de las fincas de resultado como fincas de cesión obligatoria, tiene indudable interés para posteriores adquirentes de las fincas.

En general una mera instancia privada no es título suficiente para solicitar la cancelación de un asiento registral, salvo que se trate de casos de caducidad o casos claros de pactos de alcance puramente personal, lo que no se da en el caso que nos ocupa. Como se ha dicho, tampoco estamos ante una mera mención de un derecho de alcance obligacional. Lo que se dirime en el fondo es si se puede cancelar, en virtud de instancia privada, un asiento que según el recurrente no se

debió haber practicado. Esta cuestión ha sido resuelta por la Dirección General de los Registros y del Notariado (vid. Resolución de 28 de marzo de 2011) al entender que «la respuesta a la cuestión planteada ha de ser negativa y, por tanto, el recurso debe ser desestimado.

Resolución de 19-1-2024

BOE 23-2-2024

Registro de la Propiedad de Almendralejo.

HERENCIA: PARTICIÓN POR CONTADOR PARTIDOR EXISTIENDO HEREDEROS AFECTADOS POR DISCAPACIDAD.

Se confirma que no puede entenderse adecuadamente cumplido el trámite de citación a los representantes legales previsto en el artículo con la mera intervención de los supuestos guardadores de hecho de dicho heredero, que hasta la fecha se encontraba sujeto a patria potestad prorrogada.

Como cuestión previa, respecto de las alegaciones del recurrente sobre el hecho de que la escritura haya sido inscrita, respecto de determinada finca, en otro Registro de la Propiedad, debe recordarse que, como ha reiterado este Centro Directivo, el registrador, al ejercer su competencia calificadoras de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, y ello por aplicación del principio de independencia en ese ejercicio de su función, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica.

La citada disposición transitoria quinta se ocupa de la revisión de las medidas ya acordadas: «Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud. Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.» A la vista de esta normativa, extinguida la patria potestad rehabilitada judicialmente —por fallecimiento de su titular— cabe adoptar no sólo medidas de apoyo que se limiten a complementar la actuación del afectado por discapacidad sino también aquellas medidas que tengan consideración de representación legal. Debe tenerse en cuenta que, en el presente caso, la capacidad del heredero don F. S. M. C. fue modificada por sentencia que consta en el Registro Civil, y que habiendo fallecido los titulares de la patria potestad rehabilitada, queda vacante la representación legal del heredero con discapacidad, equivalente a la de un curador representativo en la legislación actual, pero ello no implica ni que la situación de discapacidad desaparezca ni que el

discapacitado pueda quedar desprovisto del apoyo que sea necesario. Lo que debe producirse es la revisión de la medida de apoyo que ha quedado extinguida y su adaptación a la concreta situación de esa persona, tarea reservada exclusivamente al juez. En este sentido cabe recordar que los hermanos, quienes manifiestan ser los guardadores de hecho están legitimados para promover este expediente, así resulta del artículo 42 bis a) de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, modificada por la Ley 8/2021.

De este modo, si en el presente supuesto existiera falta absoluta de discernimiento, la medida de apoyo que habría de sustituir a la extinguida patria potestad rehabilitada debería contemplar la representación, pero a través de la curatela, en su modalidad representativa. Como ha afirmado recientemente el Tribunal Supremo: «del mismo modo que no es necesario constituir una curatela cuando los apoyos que precisa esa persona están cubiertos satisfactoriamente por una guarda de hecho, nada impide que, aun existiendo hasta ahora una guarda de hecho, pueda constituirse una curatela, si las circunstancias del caso lo muestran más conveniente para prestar mejor ese apoyo» (Sentencias números 1443/2023 y 1444/2023, de 20 de octubre).

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo en Resoluciones de 9 y 20 de octubre de 2023, del art. 1057 CC se desprende que es preceptiva la citación al representante legal de la persona afectada por discapacidad en los supuestos en que de la sentencia que haya establecido las medidas de apoyo así resultara exigible (cfr. artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Asimismo, deberá ser citada la persona que en la correspondiente medida de apoyo dispuesta haya sido designada para asistir o representar en la partición de la herencia al afectado por discapacidad. Es cierto que a diferencia del supuesto analizado en las citadas Resoluciones de 9 y 20 de octubre de 2023, han comparecido a la formación de inventario (mediante el otorgamiento de la escritura de partición de herencia formalizada por el contador-partidor testamentario) quienes manifiestan ser guardadores de hecho de la persona afectada por discapacidad. La guarda de hecho en este caso es una circunstancia sobrevenida por el fallecimiento de los progenitores, que, como se ha dicho anteriormente, no responde a la revisión judicial de las medidas anteriormente adoptadas que, entre tanto no se modifiquen seguirán vigentes aun cuando este vacante la figura del representante legal y sean ejercidas provisionalmente por el guardador, correspondiendo a la autoridad judicial determinar su suficiencia, idoneidad y permanencia.

El guardador meramente asistencial, en realidad, efectúa una función de complemento a la persona con discapacidad, pero es ella la que actúa, con el apoyo del guardador de hecho. Además, sin requerir autorización judicial, el guardador de hecho solo pueda realizar actos jurídicos sobre bienes de la persona con discapacidad que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar (vid. párrafo tercero del artículo 264 del Código Civil). En esta línea, el mismo artículo 264 del Código Civil regula la función representativa del guardador de hecho, que se configura con carácter excepcional, siendo la regla general la de la actuación asistencial. Asimismo, cuando la función de apoyo la presta un guardador de hecho, puede ser preciso el nombramiento puntual de un defensor judicial, (así, el artículo 295.1.º del Código Civil prevé que se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad cuando, por cualquier cau-

sa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona). También cuando es precisa la autorización judicial para una actuación representativa del guardador de hecho, el artículo 264 del Código Civil en su último párrafo expresamente establece que el juez «podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan». Esto sucederá no solo cuando se aprecie conflicto de intereses sino también cuando, por la complejidad del acto, el guardador de hecho no sea la persona idónea para llevarlo a cabo.

Por tales razonamientos, en el presente expediente, existiendo ya medidas judiciales que han quedado extinguidas y no habiéndose producido conocimiento o control alguno por parte del juzgado competente en torno a la idoneidad de la guarda de hecho como sustitutiva de la medida anteriormente adoptada, debe concluirse que debió ponerse en conocimiento del Juzgado competente el fallecimiento de los progenitores y la situación de guarda de hecho adoptada por los familiares, citarse al Ministerio Fiscal para que, en su caso impulse el procedimiento de jurisdicción voluntaria pertinente (cfr. el anteriormente transcrito artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, ex analogía, el artículo 793.1.5.º de la misma ley, relativo a la citación para formación de inventario en caso de intervención del caudal hereditario); o, si hubiera sido nombrado, al defensor judicial a que se refiere el artículo 295 del Código Civil. Y, en el caso de que por la autoridad judicial se valorara como idónea la guarda de hecho ejercida por los dos hermanos, estos deberán asumir la representación de los intereses de don F. A. en el trámite de citación a la formación de inventario que prevé el ya citado art. 1057 del Código Civil. Y para ello, tratándose de una función representativa que excede de la prevista para la guarda de hecho, habrán de obtener la preceptiva autorización judicial que establece el expuesto párrafo primero del artículo 264 del Código Civil. Todo ello, salvo que el juez determine otras medidas de apoyo aplicables en este caso para auxiliar a don F. A. M. C. en el ejercicio de su capacidad, en cuyo caso a estas habría que atenerse.

Resolución de 19-1-2024

BOE 23-2-2024

Registro de la Propiedad de Almendralejo.

HERENCIA: PARTICIÓN POR CONTADOR PARTIDOR EXISTIENDO HEREDEROS AFECTADOS POR DISCAPACIDAD.

Se confirma que no puede entenderse adecuadamente cumplido el trámite de citación a los representantes legales previsto en el artículo con la mera intervención de los supuestos guardadores de hecho de dicho heredero, que hasta la fecha se encontraba sujeto a patria potestad prorrogada.

Como cuestión previa, respecto de las alegaciones del recurrente sobre el hecho de que la escritura haya sido inscrita, respecto de determinada finca, en otro Registro de la Propiedad, debe recordarse que, como ha reiterado este Centro Directivo, el registrador, al ejercer su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo

por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, y ello por aplicación del principio de independencia en ese ejercicio de su función, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica.

La citada disposición transitoria quinta se ocupa de la revisión de las medidas ya acordadas: «Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud. Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.» A la vista de esta normativa, extinguida la patria potestad rehabilitada judicialmente —por fallecimiento de su titular— cabe adoptar no sólo medidas de apoyo que se limiten a complementar la actuación del afectado por discapacidad sino también aquellas medidas que tengan consideración de representación legal. Debe tenerse en cuenta que, en el presente caso, la capacidad del heredero don F. S. M. C. fue modificada por sentencia que consta en el Registro Civil, y que habiendo fallecido los titulares de la patria potestad rehabilitada, queda vacante la representación legal del heredero con discapacidad, equivalente a la de un curador representativo en la legislación actual, pero ello no implica ni que la situación de discapacidad desaparezca ni que el discapacitado pueda quedar desprovisto del apoyo que sea necesario. Lo que debe producirse es la revisión de la medida de apoyo que ha quedado extinguida y su adaptación a la concreta situación de esa persona, tarea reservada exclusivamente al juez. En este sentido cabe recordar que los hermanos, quienes manifiestan ser los guardadores de hecho están legitimados para promover este expediente, así resulta del artículo 42 bis a) de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, modificada por la Ley 8/2021.

De este modo, si en el presente supuesto existiera falta absoluta de discernimiento, la medida de apoyo que habría de sustituir a la extinguida patria potestad rehabilitada debería contemplar la representación, pero a través de la curatela, en su modalidad representativa. Como ha afirmado recientemente el Tribunal Supremo: «del mismo modo que no es necesario constituir una curatela cuando los apoyos que precisa esa persona están cubiertos satisfactoriamente por una guarda de hecho, nada impide que, aun existiendo hasta ahora una guarda de hecho, pueda constituirse una curatela, si las circunstancias del caso lo muestran más conveniente para prestar mejor ese apoyo» (Sentencias números 1443/2023 y 1444/2023, de 20 de octubre).

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo en Resoluciones de 9 y 20 de octubre de 2023, del art. 1057 CC se desprende que es preceptiva la citación al representante legal de la persona afectada por discapacidad en los supuestos en que de la sentencia que haya establecido las medidas de apoyo así resultara exigible (cfr. artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Asimismo, deberá

ser citada la persona que en la correspondiente medida de apoyo dispuesta haya sido designada para asistir o representar en la partición de la herencia al afectado por discapacidad. Es cierto que a diferencia del supuesto analizado en las citadas Resoluciones de 9 y 20 de octubre de 2023, han comparecido a la formación de inventario (mediante el otorgamiento de la escritura de partición de herencia formalizada por el contador-partidor testamentario) quienes manifiestan ser guardadores de hecho de la persona afectada por discapacidad. La guarda de hecho en este caso es una circunstancia sobrevenida por el fallecimiento de los progenitores, que, como se ha dicho anteriormente, no responde a la revisión judicial de las medidas anteriormente adoptadas que, entre tanto no se modifiquen seguirán vigentes aun cuando este vacante la figura del representante legal y sean ejercidas provisionalmente por el guardador, correspondiendo a la autoridad judicial determinar su suficiencia, idoneidad y permanencia.

El guardador meramente asistencial, en realidad, efectúa una función de complemento a la persona con discapacidad, pero es ella la que actúa, con el apoyo del guardador de hecho. Además, sin requerir autorización judicial, el guardador de hecho solo pueda realizar actos jurídicos sobre bienes de la persona con discapacidad que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar (vid. párrafo tercero del artículo 264 del Código Civil). En esta línea, el mismo artículo 264 del Código Civil regula la función representativa del guardador de hecho, que se configura con carácter excepcional, siendo la regla general la de la actuación asistencial. Asimismo, cuando la función de apoyo la presta un guardador de hecho, puede ser preciso el nombramiento puntual de un defensor judicial, (así, el artículo 295.1.º del Código Civil prevé que se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona). También cuando es precisa la autorización judicial para una actuación representativa del guardador de hecho, el artículo 264 del Código Civil en su último párrafo expresamente establece que el juez «podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan». Esto sucederá no solo cuando se aprecie conflicto de intereses sino también cuando, por la complejidad del acto, el guardador de hecho no sea la persona idónea para llevarlo a cabo.

Por tales razonamientos, en el presente expediente, existiendo ya medidas judiciales que han quedado extinguidas y no habiéndose producido conocimiento o control alguno por parte del juzgado competente en torno a la idoneidad de la guarda de hecho como sustitutiva de la medida anteriormente adoptada, debe concluirse que debió ponerse en conocimiento del Juzgado competente el fallecimiento de los progenitores y la situación de guarda de hecho adoptada por los familiares, citarse al Ministerio Fiscal para que, en su caso impulse el procedimiento de jurisdicción voluntaria pertinente (cfr. el anteriormente transcrito artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, ex analogía, el artículo 793.1.5.º de la misma ley, relativo a la citación para formación de inventario en caso de intervención del caudal hereditario); o, si hubiera sido nombrado, al defensor judicial a que se refiere el artículo 295 del Código Civil. Y, en el caso de que por la autoridad judicial se valorara como idónea la guarda de hecho ejercida por los dos hermanos, estos deberán asumir la representación de los intereses de don F. A. en

el trámite de citación a la formación de inventario que prevé el ya citado art. 1057 del Código Civil. Y para ello, tratándose de una función representativa que excede de la prevista para la guarda de hecho, habrán de obtener la preceptiva autorización judicial que establece el expuesto párrafo primero del artículo 264 del Código Civil. Todo ello, salvo que el juez determine otras medidas de apoyo aplicables en este caso para auxiliar a don F. A. M. C. en el ejercicio de su capacidad, en cuyo caso a estas habría que atenerse.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 22-12-2023

BOE 14-2-2024

Registro Mercantil de Madrid, número X

LA FIRMA ELECTRÓNICA DEL CERTIFICADO NO SE PUEDE VERIFICAR.

SE CONFIRMA

La DG confirma su doctrina de que en la certificación de los acuerdos adoptados en la junta general aprobando las cuentas debe constar la huella digital que genera la aplicación, certificación que debe estar firmada electrónicamente por la persona legitimada a tales efectos, debiendo ser dicha firma validada (art.366 RRM). El hecho de no poder validar la firma electrónica que resulta del certificado presentado telemáticamente imposibilita establecer la correspondencia entre el firmante y la persona legitimada para hacerlo según la información que obra en el registro. (Resoluciones de 1 de febrero de 2022 y 9 de mayo de 2023).

Resolución de 22-12-2023.

BOE 16-2-24

Registro Mercantil de Madrid, número II

Resolución de 26-12-2023.

Registro Mercantil de Madrid, número XI, XIII y III.

A FIRMA ELECTRÓNICA DEL CERTIFICADO NO SE PUEDE VERIFICAR

SE CONFIRMA.

En las cuatro resoluciones mercantiles que se publican hoy, 16 de febrero, en el BOE, la DG confirma su doctrina de que en la certificación de los acuerdos adoptados en la junta general aprobando las cuentas debe constar la huella digital que genera la aplicación, certificación que debe estar firmada electrónicamente por la persona legitimada a tales efectos, debiendo ser dicha firma validada

(art.366 RRM). El hecho de no poder validar la firma electrónica que resulta del certificado presentado telemáticamente imposibilita establecer la correspondencia entre el firmante y la persona legitimada para hacerlo según la información que obra en el registro. (Resoluciones de 1 de febrero de 2022, 9 de mayo de 2023 y de 22 de diciembre de 2023).

Resolución de 15-1-2024.

BOE 22-2-2023

Registro Mercantil de Madrid, número XVI.

LA FIRMA ELECTRÓNICA DEL CERTIFICADO NO SE PUEDE VERIFICAR.

SE CONFIRMA

En esta resolución que es idéntica a las publicadas estos días, la DG confirma su doctrina de que en la certificación de los acuerdos adoptados en la junta general aprobando las cuentas debe constar la huella digital que genera la aplicación, certificación que debe estar firmada electrónicamente por la persona legitimada a tales efectos, debiendo ser dicha firma validada (art.366 RRM). El hecho de no poder validar la firma electrónica que resulta del certificado presentado telemáticamente imposibilita establecer la correspondencia entre el firmante y la persona legitimada para hacerlo según la información que obra en el registro. (Resoluciones de 1 de febrero de 2022, 9 de mayo de 2023, de 22 de diciembre de 2023 y 16 de febrero de 2024).

Resolución de 16-1-2024.

BOE 23-2-2024

Registro Mercantil de Córdoba.

DEJAR SIN EFECTO UN ACUERDO PREVIO INSCRITO DE TRANSFORMACIÓN SOCIAL.

SE CONFIRMA

Antes de entrar al fondo del recurso la DG indica que esta instancia no es la fórmula para subsanar o aportar documentación complementaria, sino, para determinar si la nota negativa emitida por el registrador es acorde o no a derecho.

En cuanto al fondo la DG confirma su doctrina de que la eficacia y requisitos de los acuerdos adoptados en Junta General cuyo objeto es dejar sin efecto los acuerdos adoptados en una junta general anterior (relativo a una transformación social) debe cumplir los requisitos exigidos para aquellos, debiéndose garantizar y cumplir los requerimientos de garantías que la ley indica que se tienen que aplicar para proteger a los socios, acreedores y terceros regulados por la norma con el objetivo de que no sufran ningún perjuicio. No basta con indicar que no se ha provocado ningún perjuicio a ningún acreedor, socio o tercero, ni tampoco que el acuerdo adoptado tiene efectos retroactivos.

Resolución de 17-1-2024.

BOE 23-2-2024

Registro Mercantil de Valencia, número VI.

DENEGACIÓN DE DEPÓSITO DE LAS CUENTAS ANUALES DE UNA SOCIEDAD COOPERATIVA.

SE CONFIRMA

Una sociedad cooperativa que presenta el depósito de cuentas en el Registro Mercantil conforme al convenio a estos efectos con la Generalitat valenciana, con los siguientes defectos: no hay inscripción previa del auditor de cuentas en el ejercicio, el informe de auditoría no ha estado a disposición de los socios y, finalmente, la convocatoria de la Asamblea, respecto del derecho de información de los socios conforme al art. 26 del Decreto Legislativo 2/2015 de 15 de mayo del Consell, por lo que no es válida la Asamblea en cuanto a la aprobación de cuentas se refiere. Son defectos que indica la nota de calificación son subsanables pero el recurso contra la calificación del registrador no es el medio adecuado para subsanar los defectos puestos de manifiesto.

Resolución de 18-1-2024.

BOE 23-2-2024

Registro Mercantil de Guadalajara.

CELEBRACIÓN DE JUNTA GENERAL EN TÉRMINO MUNICIPAL DISTINTO AL DEL DOMICILIO SOCIAL.

SE CONFIRMA

Las juntas generales han de celebrarse, salvo que los estatutos sociales indiquen disposición contraria, en el término municipal en que la sociedad tenga su domicilio.

**ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES**

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

La solidaridad familiar y su relación con la indignidad como causa de la desheredación y con la revocación de donaciones por ingratitud

Family solidarity and its relationship with indignity as a cause of disinheritance and with the revocation of donations due to ingratitude

por

ELENA FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA*

Profesora de Derecho Civil. UCM.

RESUMEN: En Derecho el principio de solidaridad tiene su máxima expresión en el ámbito de la *solidaridad familiar*. Apoyo, respaldo, ayuda, protección, son manifestaciones de la solidaridad intergeneracional realizadas a través de actos para beneficiar a un miembro familiar o del círculo socioafectivo sin esperar recibir nada a cambio, especialmente en aquellos casos de vulnerabilidad, necesidad o de riesgo. Nuestro ordenamiento jurídico basado en el sistema de valores gira en torno al principio fundamental de la *dignidad de la persona* (art. 10 CE), como germen o núcleo fundamental de derechos constitucionales y su proyección en el Derecho de Familia como fundamento del contrato de donación, y como cauce de reconocimiento de derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante. Si esa solidaridad desaparece, por haber incurrido el hijo en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley, es lícita la extinción o privación de la prestación alimenticia, o la consideración del maltrato como causa de desheredación, o como causa de ingratitud en la revo-

* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0003-0999-9044

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyo equipo de investigación soy miembro.

cación de donaciones porque *no es equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares, así como al respaldo y ayuda de todo tipo que éstas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales.*

ABSTRACT. In Law, the principle of solidarity has its maximum expression in the area of family solidarity. Support, backing, help, protection, are manifestations of intergenerational solidarity carried out through acts to benefit a family member or member of the socio-affective circle without expecting to receive anything in return, especially in those cases of vulnerability, need or risk. Our legal system based on the system of values revolves around the fundamental principle of the dignity of the person (art. 10 CE), as the germ or fundamental nucleus of constitutional rights and its projection in Family Law as the basis of the donation contract., and as a means of recognizing inheritance rights, especially the hereditary rights of the deceased's heirs. If this solidarity disappears, due to the child having incurred in any of the reprehensible conduct provided for in the law, the extinction or deprivation of the alimony benefit is lawful, or the consideration of abuse as a cause of disinheritance, or as a cause of ingratitude in the revocation of donations because it is not equitable that those who renounce family relationships, as well as the support and help of all kinds that these entail, can later benefit from a legal institution that finds its foundation, precisely, in parental ties.

PALABRAS CLAVE: Solidaridad familiar. Pensión alimenticia. Desheredación. Indignidad. Ingratitud. Testamento. Donación.

KEYWORDS. Family solidarity. Alimony. Disinheritance. Indignity. Ingratitude. Will. Donation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA SOLIDARIDAD COMO VALOR.—II. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR EN EL SENO DE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES: A. EL DERECHO DE ALIMENTOS DE LOS MENORES DE EDAD. B. ALIMENTOS DE HIJOS MAYORES DE EDAD. C. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES VULNERABLES O CON DISCAPACIDAD.—III. LA INDIGNIDAD COMO CAUSA DE DESHEREDACIÓN: A. INTRODUCCIÓN. B. LA INDIGNIDAD DEL PROGENITOR. C. LOS HIJOS MAYORES DE EDAD Y LA INDIGNIDAD. *a. La falta de afectos y de comunicación entre padres e hijos y la extinción de la pensión alimenticia. b. La comisión de una falta por parte del hijo mayor de edad que da lugar a desheredación. c. La mala conducta o falta de aplicación en el trabajo por parte del hijo mayor.* D. PERSONAS MAYORES VULNERABLES O CON DISCAPACIDAD Y DESHEREDACIÓN POR INDIGNIDAD.—IV. MALTRATO PSICOLÓGICO COMO CAUSA NO PREVISTA LEGALMENTE.—V. LA REFORMA DE LAS CAUSAS DE INDIGNIDAD POR LA LEY 15/2015 DE 2 DE JULIO, DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.—VI. EL MALTRATO DE OBRA O PSICOLÓGICO COMO CAUSA DE REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN POR INGRATITUD.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—X. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: LA SOLIDARIDAD COMO VALOR

En términos generales la solidaridad es el apoyo o la adhesión circunstancial a una causa o al interés de otros, por ejemplo, en situaciones difíciles. La palabra solidaridad es de origen latín “*solidus*” que significa “solidario”.

La solidaridad es sinónimo de apoyo, respaldo, ayuda, protección, que cuando persigue una causa justa cambia el mundo, lo hace mejor, más habitable y más digno.

Podemos concretar que solidaridad es todo acto que hacemos para beneficiar a otro sin esperar recibir nada a cambio. Es un acto desinteresado. Su finalidad es ayudar a alguien que está en estado de vulnerabilidad, necesidad o riesgo.

Hay momentos en que las personas o incluso las comunidades se unen espontáneamente para ayudar a alguien, en estos casos las autoridades, las ONG’s hacen llamamientos a la población cuando ocurren desgracias, o se necesita prestar socorro a alguien (terremotos, guerras...) con víveres, ropa o con dinero. Pero no sólo se puede ser solidario en lo material, también en el plano sentimental. En estos momentos, la solidaridad nos saca “de nosotros mismos” para prestar ayuda desinteresada a los demás, salvo la satisfacción personal de ayudar a alguien. Todos nos beneficiamos.

El valor de la solidaridad se inculca desde la infancia y desde la propia casa, desde el núcleo familiar.

El principio de solidaridad familiar implica el reconocimiento de la situación que otro familiar atraviesa y el *hecho de colocarse en su lugar*.

II. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR EN EL SENO DE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES

En Derecho el principio de solidaridad tiene su máxima expresión en el ámbito de la solidaridad familiar. La evolución del principio dentro del Derecho de familia e indirectamente o por conexión dentro del derecho de sucesiones,¹ es fruto de todos los cambios que en los últimos años se están produciendo dentro del ámbito de la familia, siempre teniendo en cuenta los nuevos modelos o tipos de familia o incluso de relaciones socio afectivas, como ocurre en el caso de los allegados.²

En las relaciones familiares, podemos decir, que parece casi de carácter «natural» la existencia de dicha solidaridad en los comportamientos y conductas asistenciales, cuya protección, por otra parte, resulta de interés para el Estado en su labor de protección social de la familia constitucionalmente amparada por el artículo 39 CE.

Y, ¿dónde podemos ver concretamente que actúa este principio en el derecho de familia? Desde siempre se ha puesto el énfasis en que la obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar y tiene su fundamento constitucional en el señalado artículo 39.1, estando obligados recíprocamente a prestar alimentos: por este orden, los cónyuges, los descendientes (hijos y nietos), los ascendientes (padres y abuelos) y los hermanos, si bien estos últimos única-

mente tendrán que cumplir dicha obligación cuando la situación de necesidad vital no haya sido causada por el propio alimentista.

No obstante, cabe diferenciar, dentro de este deber genérico tres ámbitos diferentes. Por un lado, el de los alimentos de menores, el de la atención y protección de los hijos mayores de edad dependientes económicamente y el de la protección de las personas mayores vulnerables o con discapacidad.

A. EL DERECHO DE ALIMENTOS DE LOS MENORES DE EDAD,

En este ámbito se unen no sólo la solidaridad familiar, sino el deber de los padres de proteger a sus hijos. Deber exigible que deriva de la filiación, aunque haya una privación de la patria potestad.

Además, este deber está en conexión con el deber de asistencia de los padres respecto de los hijos conforme al artículo 39.3 CE (principio de orden público y por ello a veces se apliquen soluciones de oficio por parte del Estado)

A lo largo de los últimos años, la prof. DE LA IGLESIA, en esta misma sección de la revista, se ha hecho eco de varios comentarios sobre sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, relativas a algunos de los temas sobre este punto:

- prestación de alimentos en los casos de custodia compartida derivada de la desigualdad económica entre los progenitores,
- privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes de cuidado,
- asunción de la tutela por parte de la Administración,
- suspensión de la obligación del pago de alimentos en los supuestos de imposibilidad material de hacerlo por el progenitor,
- abono del mínimo vital.

En el caso de los hijos menores, según la Sentencia del Supremo 111/2015 de 2 de marzo, el hecho de que el alimentante se encuentre en una situación de precariedad no impide que se disponga una pensión ínfima o simbólica de “mínimo vital”, como mucho y en términos excepcionales se podría suspender el pago de la misma, pero jamás proceder a la extinción. En cambio, si la pensión es para un hijo mayor de edad, la falta de recursos del alimentante puede dar lugar, por causa legal, a la extinción de la misma.

B. ALIMENTOS DE HIJOS MAYORES DE EDAD

El título VI del Libro I del Código Civil regula los alimentos entre parientes en los artículos 142 a 153. En dichos artículos se regula la obligación recíproca de darse alimentos entre los cónyuges y los ascendientes y descendientes comprendiendo el concepto de alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Asimismo, los alimentos también incluyen la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Finalmente, el artículo 142 establece que son alimentos los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.

Cuando hablamos de los alimentos a los hijos mayores de edad, aunque se enmarcan en los alimentos entre parientes del 142 CC, se basan en la relación paternofamiliar que les une, de tal modo que ello se configura como una excepción al régimen general puesto que al ocupar el hijo la posición de alimentista, este no puede ser considerado como un pariente más.³

Incluso la STS 661/2015 de 2 de diciembre de 2015⁴ señaló que por imperativo constitucional los progenitores están obligados a prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Continuando con este criterio la STS de 7 de marzo de 2017 determina que el art. 93.2 CC da respuesta a la necesidad social de que los padres protejan a sus hijos que, aun habiendo alcanzado la mayoría de edad, no sean económicamente independientes y sigan conviviendo con alguno de ellos.⁵ Aparte está el caso de los hijos con discapacidad.⁶

En los alimentos de un mayor de edad se incluye como tal aquello que sea indispensable para su mantenimiento, vivienda, formación, vestimenta y asistencia médica. En cambio, en los hijos menores de edad el concepto de alimentos engloba mucho más que la mera satisfacción de las necesidades indispensables.

Como indica la Sentencia del Alto Tribunal 661/2015 de 2 de diciembre, los alimentos de los hijos menores de edad se determinan conforme a las circunstancias y necesidades económicas de los hijos en cada momento. En cambio, en los hijos mayores, como anteriormente se ha mencionado, partimos de una convivencia de estos en el domicilio familiar junto con una falta de recursos propios que les permita satisfacer sus necesidades, por lo tanto, los alimentos serán proporcionales al caudal de quien los da y a las necesidades de quien los recibe reduciéndose los alimentos al contenido indispensable del art. 142 CC.

Los alimentos dados a un hijo no se extinguen por alcanzar los 18 años y ello se justifica por el contexto social en el que nos encontramos. Partimos del hecho que una persona termina su educación obligatoria a los 16 años, momento en el que se abre la opción de poder entrar en el mundo laboral. No obstante, un individuo también tiene la posibilidad de optar por una formación profesional en grado medio o superior o bien por hacer un bachillerato con la consiguiente realización de un grado universitario. Ello produce que sea bastante típico que los hijos alcancen la mayoría de edad y no hayan terminado sus estudios y mucho menos que hayan encontrado un trabajo acorde con los mismos.⁷ Por otro lado, la situación económica actual no permite que la remuneración de un primer trabajo sea suficiente como para poder mantenerse ni independizarse.

La jurisprudencia tiene muy presente este contexto, y muestra de ello es la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 2 de diciembre de 2015 que expone que la mayoría de edad no comporta de modo automático la extinción de la pensión alimenticia, pues la propia realidad social demuestra que los hijos, aun adquirida la mayoría de edad y extinguida la patria potestad, continúan bajo la dependencia económica de sus padres, habida cuenta de la especial dificultad que supone hoy en día acceder al mercado de trabajo con objeto de obtener unos ingresos que le permitan llevar una vida independiente de sus progenitores.

Los requisitos para atribuir una pensión de alimentos a hijos mayores de edad se encuentran regulados en el art. 93.2 CC, aunque, la doctrina y jurisprudencia ha añadido otros requisitos, entre otros, que el hijo demuestre que merece esos

alimentos por haber mostrado un esfuerzo suficiente y un aprovechamiento ante el cumplir de sus obligaciones y responsabilidades. Así el señalado artículo 93.2 CC establece que, si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código. Los dos requisitos fundamentales para la atribución de alimentos a hijos mayores son: por un lado, la carencia de ingresos propios del hijo mayor de edad, entendidos por el Tribunal Supremo como una falta de independencia económica (Sentencia de 12 de julio de 2014 y la convivencia de dichos hijos en el domicilio familiar.⁸

Junto con los dos requisitos del art. 93.2, se añade el que *el alimentista no haya finalizado su formación por una causa no imputable al mismo* y ello en virtud del art. 142.2 CC. La jurisprudencia es conforme a que el progenitor acreedor siga dando los alimentos en aquellos casos en que los hijos muestran un buen aprovechamiento académico, prolongando su formación con la expectativa de tener un mejor futuro. Si, por el contrario, los hijos no aprovechan esa educación o la alargan innecesariamente, los tribunales suelen fallar en sentido contrario.⁹ Se trata de evitar el parasitismo social reconocido por el Tribunal Supremo.¹⁰

Parte de la doctrina se posiciona a favor de que las pensiones de alimentos de los hijos mayores se deberían limitar temporalmente, de ese modo, consideran que no se favorece el parasitismo social ya que si los hijos conocen cuando dejen de percibir tales ingresos ello les serviría de estímulo para aprovechar lo máximo posible su formación y así introducirse con mayor rapidez al mercado laboral y conseguir un puesto de trabajo que les aporte los ingresos suficientes que les permita satisfacer sus necesidades más básicas¹¹. También la jurisprudencia es partidaria de esta limitación temporal.¹²

Se puede extinguir la pensión cuando el alimentista tiene mejor fortuna o ejerce un oficio, profesión o industria, (art. 152.3 CC). Según la AP de Valencia, en la sentencia de 30 de mayo de 2019 “para que cese la obligación de la prestación alimenticia es preciso que el ejercicio de una profesión, oficio o industria sea una posibilidad concreta y eficaz según las circunstancias, no una mera capacidad subjetiva”. Es decir, se requiere que el hijo haya podido acceder al mercado laboral, sin perjuicio de que ello se haya o no producido efectivamente.¹³

Por otro lado, el apartado cuarto del art. 152 CC establece como causa de extinción el hecho de que “el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación”. Pero este punto será tratado más adelante.

Por último, y conectando esta situación con el tema objeto de estudio, hay que tener en cuenta el supuesto en que no existe relación alguna entre padres e hijos por causas imputables a los hijos. El Tribunal Supremo acepta la extinción de la pensión de alimentos de un progenitor para con hijos mayores de edad, por ausencia continuada de relación de estos hacia aquel, por causa principal, relevante e intensa imputable al alimentista, haciendo hincapié en la necesaria prueba rigurosa y restrictiva de la falta de relación manifiesta y de que esta sea imputable, de modo principal, y relevante, al hijo.¹⁴ La realidad social actual pone de manifiesto, en los últimos tiempos, la falta de relación entre progenitores e hijos. No solo las nuevas estructuras familiares propician situaciones en las que los progenitores

han perdido todo contacto con hijos o tienen muy mala relación con ellos, sino también el alargamiento de la vida y la existencia de la llamada cuarta edad, el desapego en las relaciones entre padres, hijos, abuelos... originan situaciones que afectan a distintos momentos de la familia, hasta hace pocos años impensables, donde las ausencias, el maltrato psicológico... conforman el día a día...¹⁵

C. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES VULNERABLES O CON DISCAPACIDAD

Las personas mayores dependientes o con discapacidad pueden requerir no tanto el pago de una pensión alimenticia, pero sí una atención por parte de sus hijos o descendientes en los momentos finales de la vida o de deterioro cognitivo vinculado con el proceso de envejecimiento. Punto clave de conexión entre el principio de solidaridad familiar de carácter sentimental y la indignidad.

Hay una relación directa entre la prestación de alimentos con las atenciones asistenciales por parte de los hijos y las consecuencias que ello tiene directamente en relación con los derechos legítimos de los hijos tras el fallecimiento del progenitor alimentista. La desatención o incluso la falta de relaciones personales entre hijos y padres mayores ha provocado la desheredación por parte de los progenitores por falta de esa atención que pudiera ser entendida como «malos tratos psíquicos» vinculados con la desafección emocional, como vamos a ver detalladamente a continuación. Donde los hijos desheredados reclaman como legitimarios sus derechos sucesorios tras el fallecimiento del progenitor por el perjuicio causado.

III. LA INDIGNIDAD COMO CAUSA DE DESHEREDACIÓN

A. INTRODUCCIÓN

Nuestro ordenamiento jurídico basado en el sistema de valores gira en torno al principio fundamental de la *dignidad de la persona* (art. 10 CE), como germen o núcleo fundamental de derechos constitucionales y su proyección en el Derecho de Familia como fundamento del contrato de donación, y como cauce de reconocimiento de derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante.

La realidad social de nuestros días demanda reconsiderar las causas de desheredación y sobre todo justificarlo con que ya se han cumplido los deberes y obligaciones paternales del mayor (futuro causante) hacia sus hijos.

En el Código civil se contemplan diversas causas de desheredación, que permiten la posibilidad de excluir a un legitimario de su derecho a la legítima. Como consecuencia de la importancia histórica y económica que tiene la legítima en nuestro Derecho, sólo puede hacerse por testamento y basándose en alguna de las causas tasadas específicamente por el Código Civil. De ahí que los propios tribunales sean los que puedan anular aquellos supuestos de desheredación que no motiven la causa en la que la fundamentan o que sea distinta de las establecidas legalmente.

Las concretas causas de desheredación se contienen en los artículos 852 a 855 CC. Algunas de ellas coinciden con las causas *de indignidad para suceder* y otras aparecen tipificadas con carácter específico según se trate de hijos y descendientes, padres y ascendientes o del cónyuge. La causa de desheredación debe ser cierta y corresponde la prueba de la certeza a los herederos del testador si el desheredado la negase. Se entiende que la desheredación ha de ser total, no siendo admisible la parcial, y basta la expresión en el testamento de la causa en que se basa sin que sea necesario describir los hechos que la integran.

Además de las causas genéricas para la desheredación están las específicas. Para *desheredar a los hijos y descendientes*, el artículo 853 del Código Civil, señala las siguientes:

- Negar alimentos al padre o ascendiente que realiza la desheredación sin motivo aparente.
- Injuriar o maltratar gravemente ya sea de obra o de palabra.¹⁶

Para *desheredar a los padres*, el artículo 854 del Código Civil establece como causas:

- Haber sido privados de la patria potestad judicialmente por incumplimiento de los deberes que comporta.
- Haber negado alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo.
- Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro y no existiese entre ambos la reconciliación.

La novedad de los últimos años (desde 2014) se centra en que el Tribunal Supremo ha determinado que: “en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, *debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra*”¹⁷

B. LA INDIGNIDAD DEL PROGENITOR

En este contexto, resultaba relevante mencionar una STS de 23 de abril de 2018,¹⁸ en la que se abre la puerta al análisis de la valoración de la *indignidad de un progenitor como consecuencia de su conducta reprobable, por falta de atención respecto de su hijo menor, que termina falleciendo*. El interés de la sentencia se evidencia por la conexión que puede tener un supuesto de privación de la patria potestad por desatención física y moral por parte de un progenitor respecto de un hijo con la declaración de indignidad de tal progenitor para sucederle y, consecuentemente, con la posibilidad igualmente genérica de pérdida por parte del progenitor, si llegara el caso, del derecho de alimentos como acreedor de sus hijos. Más allá, por tanto, de la acción de privación de paternidad entablada por la madre inicialmente, extinguida por el fallecimiento del menor y continuada por la misma para abrir el proceso de declaración de indignidad del padre, resulta interesante en este caso el posicionamiento del Tribunal Supremo, donde se entiende que se produjo un *abandono considerado como causa de indignidad derivado del abandono no solo económico sino también emocional del menor dependiente*. La relevancia de esta decisión permite reflexionar sobre la idea y entendimiento del abandono en relación con la falta de cuidados y afectos.¹⁹

C. LOS HIJOS MAYORES DE EDAD Y LA INDIGNIDAD

a. *La falta de afectos y de comunicación entre padres e hijos y la extinción de la pensión alimenticia*

El Código Civil, a diferencia de otros ordenamientos civiles, como el Código de Cataluña, no contempla como causa de desheredación específica, la ausencia de relaciones familiares por lo que se propugna una extensión de las causas concretas de desheredación previstas, haciendo una interpretación flexible de las mismas conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen (art. 3.1 CC), mientras el legislador no prevea expresamente dicha circunstancia.

De acuerdo con esta jurisprudencia, para decidir si la *ausencia de relación entre el alimentante y sus hijos* puede integrarse en el artículo 152-4º en relación con el 853-2ª del Código Civil, por vía de interpretación flexible de esta causa de desheredación, ha de acudir a la doctrina sobre el fundamento del derecho a los alimentos de los hijos mayores de edad, que radica en la *solidaridad familiar e intergeneracional*, la cual a su vez debe ponerse en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado.

Si esa solidaridad desaparece, por haber incurrido el hijo en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley, es lícita la extinción o privación de la prestación alimenticia, porque *no es equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares, así como al respaldo y ayuda de todo tipo que éstas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales.*

Ahora bien, la misma jurisprudencia, haciendo una interpretación rigurosa y restrictiva, exige que la falta de relación familiar sea continuada y manifiesta, así como que esa falta de relación sea imputable, de forma principal y relevante, al hijo, lo que conduce a desestimar la extinción cuando no resulta probado. La STS de 19 de febrero de 2019²⁰ desestima la solicitada extinción de la prestación alimenticia por ausencia de relación personal entre el padre y los hijos mayores de edad, concretamente por falta de afectos, comunicación o conexión entre padre alimentante e hijos alimentistas.²¹

b. *La comisión de una falta por parte del hijo mayor de edad que da lugar a desheredación*

El art. 152-4º CC establece como causa de extinción que “el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación”. Causas reguladas en los arts. 852 a 855 CC. Esta causa se basa en que no se puede obligar a alguien a dar alimentos a otra persona que ha tenido un comportamiento reprochable contra él. Es una causa de interpretación restrictiva por los tribunales, por lo que su acreditación debe probarse.

Causa que recae sobre el alimentista a quien se le puede privar de su derecho si realiza alguno de los supuestos de desheredación previsto en el CC, *no pudiendo con ello reclamar alimentos al pariente contra el que ha cometido dicha falta.* No

obstante, el alimentante conserva tal derecho lo que supone que si se intercambian las posiciones y el progenitor alimentante no puede cubrir sus necesidades, podrá solicitar a aquellos hijos que cubran las mismas, partiendo de que disponen de recursos suficientes para ello y que se dan el resto de los requisitos para dar cumplimiento a la obligación de alimentos.

c. La mala conducta o falta de aplicación en el trabajo por parte del hijo mayor

El art. 152.5 CC establece dos requisitos para extinguir la pensión de alimentos: que el alimentista sea descendiente del obligado a darlos y, que esa necesidad derive de una mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.

También estamos ante una cuestión de prueba, es decir, es complicado que los tribunales extingan por completo la pensión por esta causa optando por la reducción de la cuantía o limitar temporalmente la misma.

Extinción que puede tener efectos temporales, de modo que el alimentista pierde su derecho durante el tiempo que dura su mala conducta o su falta de aplicación en el trabajo, pudiendo reclamar con posterioridad tales alimentos si rectifica en su comportamiento junto con la concurrencia del resto de requisitos.

En todo caso, la jurisprudencia entiende que dentro del concepto de *falta de aplicación en el trabajo* no solo se incluye una falta de diligencia laboral si no también una desidia en la dedicación a los estudios. Los tribunales no quieren fomentar conductas que conlleven una falta de diligencia y/o esfuerzo en el empleo o en los estudios. No obstante, hay que recordar la causa de extinción del 152.3 que también castigaría a aquellos hijos que presenten un comportamiento tendente a lo que la jurisprudencia ha denominado “parasitismo social”.

La STS de 3 de junio de 2014²² hace una interpretación flexible de la desheredación por maltrato emocional, aunque no sea maltrato físico. Esa interpretación flexible de la causa de desheredación por ausencia de relaciones afectivas conduciría igualmente a la posibilidad de dejar de prestar alimentos en supuestos semejantes, lo que se analizaba en la ponencia de forma profusa en relación con la evolución de la posición jurisprudencial, teniendo en cuenta las causas de la desafección y la imputabilidad de esta. La Sentencia ya citada, pese a que declara la improcedencia de la extinción, abre la puerta claramente a la admisión de la posibilidad de que ello ocurra en otro supuesto distinto al que se encontraba juzgando.

D. PERSONAS MAYORES VULNERABLES O CON DISCAPACIDAD Y DESHEREDACIÓN POR INDIGNIDAD

En esencia, resurge nuevamente el valor de la «afectividad» o la ausencia de ésta, vinculada con la falta de atenciones como causa posible de desheredación por ingratitud, lo que está conectado directamente con el mantenimiento y el respeto a los derechos legitimarios de herederos forzosos.

Desde que en 2014 el Tribunal Supremo incluyera el maltrato psicológico como causa de desheredación, con los correspondientes matices, ha tenido una clara repercusión en la evolución jurisprudencial. Así, en sentencias posteriores

aflora claramente el tema, considerando la validez de la desheredación ante una conducta activa de los hijos desheredados por maltrato psicológico. En otros dos supuestos se valora la desheredación como injusta, porque esa falta de relación no le era imputable exclusivamente a los hijos, lo que está conectado con la ausencia de relación derivada de una crisis matrimonial que origina el distanciamiento.

IV. MALTRATO PSICOLÓGICO COMO CAUSA NO PREVISTA LEGALMENTE

El maltrato psicológico no se consideraba como una de las causas previstas en el Código Civil, de 1889, para desheredar a un hijo.

La propia Jurisprudencia del Tribunal Supremo como señala la STS Sala Primera, de lo Civil, de 28 de junio de 1993,²³ mantenía que la aplicación de las causas de desheredación requiere interpretación restrictiva y se exige justificación suficiente. De manera que la falta de afecto y la ausencia de trato en la última enfermedad escapa a la ley y queda sólo en el campo moral. En dicha sentencia se acredita la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés, demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc., etc., son circunstancias y hechos que corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que en definitiva sólo están sometidos al tribunal de la conciencia.

Situación que se modificó con la publicación de la STS de 3 de junio de 2014 y que determinó que: “Las causas de desheredación deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social y a los valores del momento (...) el maltrato psicológico determina un menoscabo de la salud mental de la víctima (...) debe considerarse comprendido en la expresión de maltrato de obra...”²⁴

Esta sentencia emplea el argumento de que la interpretación sociológica que se propone no entraña extensión de la norma a otros supuestos no contemplados por ella, sino una lectura de la misma conforme al sistema de valores que impera actualmente en nuestra sociedad, el cual debe impregnar el Derecho de sucesiones.

Juiciosamente con esta sentencia se abre la puerta a la consideración del maltrato psicológico, y en relación a él se da paso a la importancia de uno de los derechos constitucionales más importantes de nuestro ordenamiento como es el de la dignidad de la persona (art. 10 CE), sin olvidar del principio general del derecho del *favor testamenti*. Recordemos que dicho precepto constitucional consagra la dignidad de la persona como fundamento del orden político y la paz social.

Así el ponente, ORDUÑA MORENO, en la sentencia insiste que el maltrato psicológico, es una acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, que debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, sin que sea un obstáculo para ello la alegación de la falta de jurisprudencia clara y precisa al respecto²⁵. Y sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (artículo 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de

los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género, 1/2004.

Aboga, además, por la inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador. El principio general de derecho de la autonomía de la voluntad, con proyección en el ámbito del Derecho sucesorio en relación con el *favor testamenti*, que conlleva la posibilidad de privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella por una causa justificada y prevista por la norma. Argumento que se halla reforzado por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que el Alto Tribunal tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho.

Por lo tanto, esta sentencia ha dado la razón a quienes defendían que una interpretación del precepto de manera más acorde con la realidad social no presentaba necesariamente el peligro de subsumir en aquél otras causas diferentes a las que el legislador estableció.

La Sentencia anterior inició una vía jurisprudencial que fue seguida por la STS de 30 de enero de 2015, cuyo ponente fue también ORDUÑA MORENO y en la que se insiste en que “No es necesario el empleo de la violencia física para configurar la situación de maltrato de obra”.

La doctrina de la sentencia vuelve a resaltar en que “Dentro de la expresión maltrato de obra se incluye el maltrato psicológico por suponer un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima. El hijo desheredado arrebató dolosamente a la madre todos sus bienes y le dejó sin ingresos para afrontar dignamente la última etapa de su vida. Ello le causó a la testadora un estado de zozobra y afectación profunda que le acompañó los últimos años de su vida”²⁶

Se entiende la inclusión del maltrato psicológico dentro del de obra, para proteger a las personas mayores quienes en los últimos años de su vida son personas vulnerables. En el caso que se enjuicia resulta en ambas instancias probada la realidad del maltrato psicológico de forma clara y sin matices. El estado de zozobra y afectación profunda sufrida por la causante, tiene su origen en la maquinación dolosa de su hijo para forzarla, a finales del año 2003, a otorgar donaciones en favor suyo, y de sus hijos, que representaban la práctica totalidad de su patrimonio personal. Comportamiento doloso y conflicto emocional de la testadora que ya apreció esta Sala en la sentencia de 28 de septiembre de 2011 al declarar la nulidad de las citadas donaciones; pero que en nada pudo reparar su estado de afectación ya que su muerte aconteció el 28 de abril de 2009, año y medio antes de la citada sentencia.

El juzgador es el garante de la protección de la anciana ya fallecida porque el supuesto de hecho es realmente demostrativo de la inexistente relación familiar pues la situación existente entre hijo y madre había llevado a ésta a desheredarlo, ya que no sólo le había arrebatado dolosamente todos sus bienes, sino que le dejó sin ingresos con los que poder afrontar dignamente su etapa final de vida. Su actuación es ejemplificativa de que maltrató psíquicamente y de manera permanente e intensa a su madre desde el 31 diciembre 2003, en que le arrebató su patrimonio, hasta que la misma falleció el 28 abril 2009, sin intención alguna de devolvérselo, más bien al contrario.

Como hemos expuesto en menos de 20 años, el cambio jurisprudencial ha sido importante, porque desde aquella STS de 1993 donde se entendía que “el abandono sentimental a los padres corresponde al campo de la moral y no a la valoración jurídica”...hasta la flexibilización de la rigurosidad de las causas tasadas de desheredación mantenido en el Código civil, en relación con el ámbito del maltrato psicológico responde a un avance significativo. Sin olvidar como indica PEREZ CONESA que dentro del maltrato no se encuentra sólo la violencia física sino también la psicológica como indica el artículo 1.3 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, contra la violencia de género.²⁷

¿Por qué el cambio? Xavier O'CALLAGHAN, uno de los magistrados que firmó la primera sentencia, cree que las causas para poder privar a un hijo de la legítima “irán ampliándose progresivamente” Pero este magistrado sería partidario no solo de ampliarlas, sino de “eliminar la legítima”, como en los países anglosajones, donde esta figura no existe.

Estos pasos que el Tribunal Supremo se ha decidido a dar, son bienintencionados: intentos de ensanchar el ámbito de la libertad de testar. Pero los jueces no pueden legislar, y estos tímidos avances jurisprudenciales esperan a que el legislador se pronuncie.

V. LA REFORMA DE LAS CAUSAS DE INDIGNIDAD POR LA LEY 15/2015 DE 2 DE JULIO, DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La desheredación priva de la legítima a las personas que tuvieren derecho a ella, es decir, a los descendientes, ascendientes y cónyuge. Sólo puede desheredarse por medio de testamento.

La indignidad, por el contrario, priva a alguien de todos los derechos sucesorios, no tiene por qué ser legitimario. Ésta operará se haya hecho, o no, testamento. Es una diferencia importante ya que la indignidad afecta a cualquier persona mientras que la desheredación sólo afecta a los legitimarios. Es una cualidad relativa a la conducta, calificada como reprobable por la Ley, del indigno con el causante, que se basa en razones morales y éticas. Se considera una pena privada y no limita la voluntad del testador, ya que éste puede rehabilitar al indigno.

Las causas de indignidad son actos ilícitos. Suponen una verdadera transgresión jurídica y se fundan en una presunción *iuris tantum*. Se presume que el causante habría excluido de la sucesión al indigno si hubiese tenido conocimiento del hecho constitutivo de la indignidad.

Tras la flexibilización del precepto de derecho sucesorio referido a las causas de desheredación de los descendientes para evitar la rigurosa interpretación literal del precepto que lleva a resultados que atentan contra la dignidad de los padres y nuestro sistema de valores en las dos sentencias del Tribunal Supremo vistas, el legislador consciente de que la sociedad le exige un cambio ha reaccionado, pero de forma tímida e insuficiente.

Y lo ha hecho mediante la reforma de las causas de indignidad a través de la Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria. Tras la reforma dice el art. 756,1º CC que “*son incapaces de suceder por causa de indignidad, 1.º El que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por*

haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes.”

El Preámbulo de la citada Ley dice que tal modificación se justifica “por considerarse necesario su adaptación a la nueva realidad social y al desarrollo legislativo en el ámbito penal”.

Como puede verse la reforma es muy pequeña porque requiere que la violencia psíquica se haya ejercido habitualmente y haya dado lugar a una sentencia penal condenatoria. Habría sido deseable que la reforma hubiera sido más profunda como así ha sido en Derecho comparado y en los derechos civiles forales, sobre todo tras la ampliación hacia la libertad del testador marcado por estas dos sentencias, y al igual que la sentencia referida a la *revocación de donaciones por ingratitud* que refuerzan y dignifican la autoridad paterna en conexión con el principio constitucional de la dignidad de la persona. Máxime cuando la realidad social de nuestros días demanda reconsiderar las causas de desheredación y sobre todo su justificación en las relaciones paterno filiales donde los mayores ya han cumplido sus deberes y obligaciones hacia sus hijos.

Del mismo modo que se puede considerar indigna a una persona, el ofendido puede declarar su voluntad de levantar la indignidad y concederle al ofensor la capacidad sucesoria arrebatada al mismo por la Ley. El perdón o la remisión de la indignidad puede funcionar de dos modos distintos:

1. Cuando la ofensa se produce antes de otorgar testamento y el testador conoce la causa de indignidad. En este caso el simple hecho de testar a favor del ofensor se considera que hay perdón.
2. Cuando la ofensa es posterior al otorgamiento del testamento, o bien anterior pero desconocida para el agraviado. En este caso el perdón ha de ser expreso y en documento público, según el Código Civil.

En nuestro ordenamiento jurídico no es admisible el caso de perdón previo a una futura causa de indignidad.

VI. EL MALTRATO DE OBRA O PSICOLÓGICO COMO CAUSA DE REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN POR INGRATITUD

Vamos a estudiar en este apartado la aplicación analógica que tiene como epicentro el maltrato de los hijos o favorecidos a sus mayores y la necesidad de protección de éstos por el ordenamiento jurídico a través de los mecanismos de la desheredación por causa de maltrato psicológico equiparado al maltrato de obra y la revocación de la donación por ingratitud.

En esta misma línea cabe indicar que las donaciones que haya realizado en vida el testador, en favor del ofensor, no pueden ser revocadas salvo que el hecho que haya dado lugar a la desheredación sea también causa de revocación de la donación.²⁸

Así pues, ha sido también ORDUÑA MORENO el ponente de la STS de 20 de julio de 2015 que fija como doctrina jurisprudencial que el maltrato, de obra o psicológico, por parte del donatario hacia el donante, queda calificado como un hecho integrado en la causa de ingratitud contemplada en el artículo 648.1 del Código Civil.²⁹

En este supuesto resulta plenamente acreditado el maltrato, en toda su extensión, de la donataria respecto a los donantes, agravado por su relación filial y exteriorizado en diversos episodios de trato despectivo y humillante que culminaron en una bofetada a su padre y en insultos e injurias graves a su madre.

El Supremo Tribunal establece directrices o criterios de interpretación ante casos de maltrato de obra o psicológico en relación con la donación y basándose en su jurisprudencia establecida en relación con la desheredación. Así, en cuanto a la caracterización de la figura precisa el Ponente que, aunque las causas de revocación de la donación sean únicamente las que expresamente contempla la norma (artículo 648 CC), y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de aplicación analógica, ni de interpretación extensiva; no obstante, *esto no significa que los elementos conceptuales contemplados por la norma, deban ser, asimismo, objeto de interpretación rígida o sumamente restrictiva.*

En cuanto al contenido y alcance del artículo 648.1 CC destaca la interpretación flexible que cabe realizar de este precepto tanto respecto a la falta de precisión técnica con la que se refiere al concepto de delito y a los concretos derechos o bienes protegidos (“persona, honra y otros bienes”), por lo que el precepto debe interpretarse, en sentido laxo, con relación a todo posible delito por el que pudiera resultar ofendido el donante en su gratitud, como a la innecesariedad que, a tales efectos, se haya producido previamente una sentencia penal condenatoria, ni tan siquiera que el procedimiento penal se haya iniciado; bastando la existencia de una conducta del donatario socialmente reprobable, que revistiendo caracteres delictivos, aunque no estén formalmente declarados como tales, resulte ofensiva para el donante.

Y ello porque el criterio de interpretación sociológica del precepto hay que considerar que hay conductas de los hijos que, aunque no puedan ser tipificadas de delitos, constituyen comportamientos socialmente reprobables que atentan contra la dignidad de los padres. Teniendo en cuenta además, la relación paternofilial de donantes y donatario, puesto en conexión con la finalidad de la institución de la donación, hay que entender que el deber de consideración y gratitud que todo donatario debe tener para con su donante, consecuencia del sacrificio económico y patrimonial que este realiza a favor de aquél, conlleva que conculcar ese deber de gratitud con el maltrato psicológico, dota de fundamento a la revocación de la donación y justifica esta excepción al principio de irrevocabilidad de los contratos (*pacta sunt servanda*).³⁰

Por último, y de acuerdo con los criterios interpretativos de la realidad social del momento de aplicación de la norma y su propia finalidad, el maltrato de obra o psicológico realizado por el donatario debe quedar reflejado como un hecho integrado en la causa de ingratitud del artículo 648.1 CC.

La STS de 18 de diciembre de 2012,³¹ que analiza una acción de revocación por causa de ingratitud ante la donación de un inmueble, la desestima porque no concurre ninguno de los supuestos que configuran las causas de ingratitud ya que el hecho relativo a la presunta agresión y maltrato, que afectaba a la hija de la donataria, concluyó con el archivo de las actuaciones penales, y la alegación de la denegación indebida de alimentos requiere de una situación de necesidad económica del donante, de un requerimiento o petición al donatario y de una injustificada denegación, cuestiones que no han resultado acreditadas³²

La STS de 5 de diciembre de 2006,³³ cuyo ponente fue O'CALLAGHAM mantuvo la existencia de revocación por ingratitud de donaciones ya que los donatarios habían cometido un delito contra los bienes del donante, apropiación de dinero. Se establece que no es preciso que se haya producido una sentencia penal que les condene por delito contra los bienes, sino que basta con la realización de una conducta reprobable que puede constituir delito, pese a que no se les haya condenado como autores del mismo. Pero no se hace referencia al supuesto de maltrato psicológico hacia la donante simplemente se revoca la donación por la conducta reprobable de los donatarios.

Por último, la STS de 19 de noviembre de 1987, cuyo ponente fue SANTOS BRIZ trata sobre la ofensa al donante como un supuesto de revocación de la donación. Así estableció la revocación de la donación por ingratitud del donatario, interpretándose en el sentido de que no es preciso que se trate de uno de los delitos catalogados en el Código Penal contra las personas, la honestidad o la propiedad, sino que el precepto se refiere a todos aquéllos por los cuales resulte ofendido el donante, que revelen ingratitud; comprende, por ello, el delito de coacciones.³⁴

VII. CONCLUSIONES

I. La solidaridad como valor se encuentra desde el núcleo familiar, y, en Derecho, el

principio de solidaridad, tiene su máxima expresión en el ámbito familiar el cual ha ido evolucionando como consecuencia de todos los cambios que se han producido en el concepto de familia. El principio de solidaridad en este ámbito podemos encontrarlo en tres supuestos: en primer lugar, en los alimentos que se prestan a los menores de edad; en segundo lugar, en la atención y protección de los mayores de edad económicamente dependientes; y, en tercer lugar, en la protección de las personas mayores vulnerables o con discapacidad.

II. En el derecho de alimentos de los menores de edad se unen la solidaridad familiar y el deber de protección de los padres para con los menores, teniendo en consideración que este principio implica el reconocimiento de la situación que otro familiar atraviesa y el hecho de colocarse en su lugar; en este caso, la necesidad de que el progenitor se ponga en el lugar del menor que es a quien benefician los alimentos.

III. En el derecho de alimentos de los mayores de edad dependientes económicamente, debemos tener en cuenta el principio de solidaridad junto con la obligación recíproca de darse alimentos entre los cónyuges y los ascendientes y descendientes. El principio de solidaridad puede dejarse de lado para el caso de que no haya relación alguna entre padres e hijos por causas imputables a los hijos por lo que, en este caso, el Tribunal Supremo acepta la extinción de la pensión de alimentos.

IV. En la protección de las personas mayores vulnerables o con discapacidad puede que exista la necesidad de una pensión de alimentos, pero en la mayoría de los casos, lo que es necesario es una atención por parte de sus hijos o descendientes. Este deber de protección está íntimamente ligado con el principio de solidaridad familiar de carácter sentimental y la indignidad.

V. Como consecuencia del posible incumplimiento de estos deberes mencionados, hemos estudiado la indignidad como causa de desheredación conforme al

principio fundamental de la dignidad de la persona del artículo 10 CE. En los artículos 852 a 855 del Código Civil se contemplan diversas causas de desheredación con la posibilidad de excluir a un legitimario de su derecho a la legítima. La novedad incluida en este ámbito desde el año 2014 por el TS es la relativa al maltrato psicológico que se ha incluido en el maltrato de obra.

Dentro de esta indignidad podemos encontrar la del progenitor como consecuencia de su conducta reprochable con respecto a los menores y la de los hijos mayores de edad como consecuencia de la falta de afectos y comunicación con respecto de sus progenitores. En el caso de la comisión de una falta consecuencia de la indignidad por parte del hijo mayor de edad se contempla la posibilidad de que se desherede al mismo ya que no se puede obligar a alguien a dar alimentos a una persona que ha tenido un comportamiento reprochable contra él, aunque esto es una causa de interpretación restrictiva por los tribunales, por lo que su acreditación debe probarse.

VI. Otra cuestión novedosa en materia de desheredación de los hijos mayores es la relativa a la falta de aplicación en el trabajo queriendo decir esto que no sólo se incluye una falta de diligencia laboral si no también una desidia en la dedicación a los estudios.

Esta cuestión también debe ser probada y la jurisprudencia no extingue por completo la pensión de alimentos, sin embargo, sí que opta por la reducción de la cuantía o su limitación temporal.

VII. En relación con la indignidad en las personas mayores vulnerables o con discapacidad, la cuestión está íntimamente relacionada con el valor de la afectividad o la ausencia de ésta. Teniendo en cuenta que desde el año 2014 se ha incluido el maltrato psicológico como causa de desheredación se viene acordando la misma siempre y cuando los descendientes tengan una conducta activa de maltrato, aunque se estudia caso por caso.

VIII. El maltrato psicológico no se encuentra incluido en el Código Civil como causa de desheredación lo que junto con que la aplicación de las causas tasadas requiere de interpretación restrictiva y se exige justificación suficiente, llevó a indicar en determinados asuntos que estas cuestiones corresponden al campo de la moral. Sin embargo, con la sentencia de 2014 se determinó que estas causas de desheredación deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social y a los valores del momento, por lo que el maltrato psicológico debe considerarse maltrato de obra, ya que supone un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima y el juzgador debe ser garante de protección de la persona más vulnerable.

IX. Como consecuencia de esta evolución en la sociedad se considera necesario ampliar las causas de desheredación ya que existen en la actualidad supuestos nuevos que no coinciden con las cuestiones contempladas en la norma. La desheredación priva de la legítima a las personas que tuvieren derecho a ella y sólo puede hacerse por medio de testamento. Por otro lado, la indignidad priva a alguien de todos los derechos sucesorios y operará se haya hecho, o no, testamento. Es importante diferenciar que la indignidad afectará a cualquier persona y esta se genera como consecuencia de una conducta reprochable del indigno con el causante.

El legislador ha modificado las causas de indignidad a través de la Ley de Jurisdicción Voluntaria para intentar adaptar esta figura a la nueva realidad social, pero no es suficiente para contemplar todos los casos analizados, ya que se requie-

re una violencia psíquica habitual y una sentencia penal condenatoria; además, la sociedad reclama una ampliación de la libertad del testador.

X. Dentro de este estudio nos hemos planteado igualmente la revocación de la donación por ingratitud. Las donaciones que haya realizado en vida el testador, en favor del ofensor, no pueden ser revocadas salvo que el hecho que haya dado lugar a la desheredación sea también causa de revocación de la donación. Aunque las causas de revocación de la donación sean únicamente las contempladas en la norma, esto no quiere decir que los elementos contemplados sean objeto de interpretación rígida o sumamente restrictiva, por lo que se puede tener en consideración el maltrato de obra o psicológico como causa de revocación de la donación por ingratitud.

XI. Con todo lo mencionado hemos podido ver cómo los diferentes conceptos han ido evolucionando como consecuencia del desarrollo de la sociedad, debiendo extraer cinco cuestiones esenciales en este estudio: en primer lugar, es importante tener en cuenta que el concepto de solidaridad sigue presente en las personas y especialmente en el ámbito familiar; en segundo lugar, hemos analizado el principio de solidaridad junto con la dignidad de la persona, puesto que hemos considerado la indignidad como causa de desheredación en diferentes supuestos; en tercer lugar, el Tribunal Supremo incluyó a nivel jurisprudencial el maltrato psicológico como causa de desheredación, aunque no se encuentra como causa tasada en el CC; en cuarto lugar, la sociedad requiere de una evolución a nivel legislativo en este asunto, por lo que el legislador reformó las causas de indignidad a través de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, aunque esto no ha sido suficiente para garantizar por norma la libertad del testador; y, en último lugar, esta inclusión del maltrato de obra o psicológico como causa de desheredación se tienen consideración también como causa de revocación de la donación por ingratitud.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO CAROL, Ignacio: (2018). *La pensión de alimentos de los hijos en el Derecho español*, Tirant lo Blanch.Valencia. Pag. 29.
- DE LA IGLESIA MONJE, M^a Isabel: “Derecho de alimentos versus gastos de crianza y educación de los hijos mayores de edad. Los gastos de crianza como indemnización en los supuestos de wrongful conception o wrongful pregnancy”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (749), 1533–1550
- DE LA IGLESIA MONJE, M^a.I. (2010). Limitación temporal del derecho de alimentos a favor de hijos mayores de edad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (718), 767-771.
- DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I. *El allegado: Su derecho de relaciones personales (visita, comunicación y estancias) con el menor*. Dykinson, 2021. ISBN 9788413774329
- DE LA IGLESIA MONJE, M^a Isabel: “El uso de la vivienda familiar como compensación del derecho de alimentos. Los hijos menores y mayores con discapacidad: (art. 96 CC y su relación con el art. 149 CC)”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n^o 98, N^o 790, 2022, págs. 1065-1081.
- DE LA IGLESIA MONJE, M^a Isabel “La nula atención de los hijos hacia sus padres ¿excusa para extinguir el derecho de alimentos de padres a hijos?” *Revista*

Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, Año nº 95, Nº 776, 2019, págs. 2987-2998.

HIJAS CID, E: “Doctrina del Tribunal Supremo sobre el maltrato psicológico y sus efectos en sucesiones y donaciones”, en *El Notario* del s. XXI, nº 64. p. 34–37.

KARRERA EGIALDE, Mikel Mari: “La indignidad para suceder mortis causa por incumplimiento de los deberes paterno-filiales. Comentario a la STS de España núm. 235/2018, de 23 de abril.(CENDOJ: ROJ STS 1392/2018)”, en *Revista Boliviana de Derecho*, ISSN 2070-8157, Nº. 27, 2019, pags. 420-433

PEREZ CONESA, C: “El maltrato psicológico como justa causa de desheredación de hijos y descendientes. Interpretación del artículo 853.2 CC por la doctrina jurisprudencial reciente”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Nº 3/2015, p. 3.

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 12 de diciembre de 2023. Número Sentencia: 1713/2023 Número Recurso: 3641/2019. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 5389:2023. Ecli: ES:TS:2023:5389
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1072/2023, de 3 de Julio de 2023, Rec. 3309/2022, (ECLI:ES:RS:2023:3162)
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 587/2019, de 6 de Noviembre de 2019, Rec. 1424/2019, (ECLI:ES:TS:2019:3613).
- STS, Sala Primera de lo Civil, Sentencia de 19 de febrero de 2019. Número Sentencia: 104/2019 Número Recurso: 1434/2018. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. Numroj: STS 502:2019. Ecli: ES:TS:2019:502
- STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 23 de abril de 2018. Número Sentencia: 235/2018 Número Recurso: 2056/2016. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. Numroj: STS 1394:2018. Ecli: ES:TS:2018:1394
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 395/2017, de 22 de Junio de 2017, Rec. 4194/2016, (ECLI:ES:TS:2017:2511).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 156/2017, de 7 de Marzo de 2017, Rec.217/2015, (ECLI:ES:TS:2017:857).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 661/2015, de 2 de Diciembre de 2015, Rec. 1738/2014, (ECLI:ES:TS:2015:4925).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 59/2015 de 30 de enero de 2015, Rec. 2199/2015. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno (La Ley 10075/2015).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 258/2014 de 3 de junio de 2014, Rec. 1212/2012. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. (La Ley 74491/2014).
- STS, Sala Primera, De lo Civil, 422/2015 de 20 de julio de 2015, Rec. 1617/2013. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. (RJ 2015\4460).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 250/2013, de 30 de Abril de 2013, Rec. 988/2012, (ECLI:ES:TS:2013:2081).
- STS Sala Primera, De lo Civil, de 18 de diciembre de 2012. Número Sentencia: 747/2012 Número Recurso: 881/2010. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno

- STS, Sala Primera, de lo Civil, 1287/2006 de 5 de diciembre de 2006, Rec. 455/2000. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz. (La Ley 150012/2006).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 184/2001, de 1 de Marzo de 2001, Rec. 46/1996, (ECLI:ES:TS:2001:1584).
- STS Sala Primera, de lo Civil, de 28 de junio de 1993 Ponente: Gumersindo Burgos Pérez de Andrade. (La Ley 22850-JF/0000).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 19 de noviembre de 1987. Ponente: Jaime Santos Briz. (La Ley 53155-JF/0000).
- Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2ª, Sentencia 207/2023, de 19 de Junio de 2023, Rec. 177/2023, (ECLI:ES:APBU:2023:501).
- Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, Sentencia 277/2023, de 3 de Mayo de 2023, Rec. 5/2023, (ECLI:ES:APV:2023:1265).
- Audiencia Provincial de Coruña, sección 5ª, de 20 de marzo de 2023. Número Sentencia: 89/2023 Número Recurso: 722/2022. Ponente: Carlos Fuentes Candelas. Numroj: SAP C 880/2023. Ecli: ES:APC:2023:880.
- Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1ª, Sentencia 268/2022, de 14 de Mayo de 2022, Rec. 88/2022, (ECLI:ES:APAB:2022:393).
- Audiencia Provincial de Las Palmas. Sección 3ª, de 20 de enero de 2021. Número Sentencia: 20/2021 Número Recurso: 1200/2020. Ponente: José Antonio Morales Mateo. Numroj: SAP GC 289/2021.
- Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 4ª, Sentencia 399/2019, de 8 de Noviembre de 2019, Rec. 371/2019, (ECLI:ES:APO:2019:4386).
- Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª, Sentencia 282/2019, de 26 de Julio de 2019, Rec. 357/2019, (ECLI:ES:APC:2019:1789).
- Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6ª, Sentencia 185/2019, de 30 de Septiembre de 2019, Rec. 56/2019, (ECLI:ES:APC:2019:2164).
- Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, Sentencia 320/2019, de 30 de Mayo de 2019, Rec. 307/2019, (ECLI:ES:APV:2019:2475).
- Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, Sentencia 265/2018, de 24 de Mayo de 2018, Rec. 123/2018, (ECLI:ES:APTF:2018:1129).
- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, Sentencia 547/2016, de 5 de Julio de 2016, Rec. 808/2015, (ECLI:ES:APB:2016:7643).
- Audiencia Provincial de Teruel, Sección 1ª, Sentencia 23/2009, de 28 de Enero de 2009, Rec. 216/2008, (ECLI:ES:APTE:2009:100).

X. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA

- España. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313 a 29424.
- España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil. Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889, pp. 249 a 259.
- España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, núm. 7, de 8 de enero de 2000, pp. 575 a 728.
- Ley 15/2015 de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria

NOTAS

¹ Ejemplo de principio de solidaridad familiar en el Derecho de Sucesiones se halla en la mejora como porción o cuota de los bienes que deja un ascendiente en su testamento a favor de uno de sus descendientes con preferencia a otros y con cargo a uno de los tercios de la herencia (arts 823 y ss CC).

² IGLESIA MONJE, M^a Isabel de la: *El allegado: Su derecho de relaciones personales (visita, comunicación y estancias) con el menor*. Dykinson, 2021. ISBN 9788413774329

³ APARICIO CAROL, Ignacio: (2018). *La pensión de alimentos de los hijos en el Derecho español*, Tirant lo Blanch.Valencia. Pag. 29.

⁴ STS 661/2015 de 2 de diciembre de 2015

⁵ STS de 7 de marzo de 2017

⁶ DE LA IGLESIA MONJE, M^a Isabel: “El uso de la vivienda familiar como compensación del derecho de alimentos. Los hijos menores y mayores con discapacidad: (art. 96 CC y su relación con el art. 149 CC)”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n^o 98, N^o 790, 2022, págs. 1065-1081

⁷ DE LA IGLESIA MONJE, M^a Isabel: “Derecho de alimentos versus gastos de crianza y educación de los hijos mayores de edad. Los gastos de crianza como indemnización en los supuestos de wrongful conception o wrongful pregnancy”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (749), 1533–1550.

⁸ el Tribunal Supremo, en su sentencia 1072/2023 de 3 de julio confirma la extinción de la pensión de alimentos de los dos hijos mayores de edad. El primero de ellos, se encuentra cursando el último año de un grado universitario, sin estar contratado para ello mientras que el segundo se encuentra realizando un contrato en prácticas cuya remuneración es de 375€ mensuales. El tribunal considera que ambos hijos, según consta como hecho probado, adquirieron independencia económica, e incluso residencia independiente. Respecto del primero de los hijos, el tribunal de instancia corrobora que se puede considerar consolidada su estabilidad laboral puesto que obtiene ingresos regulares que le permiten tener independencia económica. Respecto del segundo hijo, de la prueba practicada se obtiene la misma conclusión puesto que lleva realizando varios trabajos a tiempo parcial compaginados con sus estudios.

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1072/2023, de 3 de Julio de 2023, Rec. 3309/2022, (ECLI:ES:RS:2023:3162)

⁹ La AP de Barcelona en su sentencia 547/2016 de fecha 5 de julio revoca la extinción establecida por el Juzgado de Primera Instancia puesto que la hija seguía formándose, obteniendo un buen rendimiento en sus estudios. En sentido contrario, la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife, en la sentencia 265/2018 de 24 de mayo confirma el fallo de Primera Instancia y declara improcedente que el padre deba seguir pagando una pensión a favor de sus dos hijos de 24 y 25 años, uno de ellos realizando el primer curso de bachillerato y el otro matriculado en un grado universitario. El tribunal afirma que “deberían haber terminado su formación, incluso universitaria, y con la edad que se ha reflejado ninguno de ellos le consta un aprovechamiento académico adecuado ni ningún esfuerzo por incorporarse al mercado laboral. No es suficiente para la concesión de una pensión alimenticia con que se acredite que carecen de ingresos o que se han matriculado en alguna formación académica, sino que es necesario acreditar un rendimiento de aquella o un intento de incorporarse al trabajo”.

¹⁰ El Alto Tribunal, ya en la sentencia 184/2001 de 1 de marzo declaró extinguida la pensión de alimentos a favor de dos hijas porque si dicha pensión se mantenía entonces se favorecía “una situación pasiva de lucha por la vida, que podía llegar a suponer un parasitismo social.

Considera el Supremo que dos personas, graduadas universitariamente, con plena capacidad física y mental y que superan los treinta años de edad, no se encuentran hoy por hoy en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedoras de una prestación de alimentos”. STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 184/2001, de 1 de Marzo de 2001, Rec. 46/1996, (ECLI:ES:TS:2001:1584).

En el mismo sentido se pronuncia en su sentencia de fecha 5 de noviembre de 2008, entre otras, al considerar que “la necesidad del alimentista debe provenir de una causa no imputable al mismo, siendo asimilable la falta de diligencia laboral a la desidia en la dedicación a los estudios, pues lo contrario sería favorecer una postura pasiva a la hora de salir adelante en la vida”.

El 22 de junio de 2017, el TS reconoce dejar extinguida la pensión de un hijo que había finalizado la Educación Secundaria Obligatoria con 20 años, tan solo habiéndose matriculado en una FP, pero sin constar un aprovechamiento de la misma ni la intención de una incorporación al mercado laboral. En otros supuestos, los tribunales han fallado favorablemente al mantenimiento o reconocimiento de una pensión cuando los hijos han decidido iniciar los estudios de manera tardía siempre que se constate que dicha tardanza no sea usada como una excusa para no perder la prestación. STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 395/2017, de 22 de Junio de 2017, Rec. 4194/2016, (ECLI:ES:TS:2017:2511).

Así, a modo de ejemplo, la AP de Teruel, en su sentencia 23/2009 de 28 de enero, se muestra favorable a establecer una pensión de alimentos a una hija mayor de edad que decide retomar los estudios, mostrando un aprovechamiento de los mismos a pesar de haberlos abandonado con 16 años y haber realizado algunos trabajos. El tribunal considera que “imputarle dicha responsabilidad es un castigo innecesario. Máxime en casos como el presente en que la solicitante parece haber encontrado el camino de su capacitación profesional en el marco de unos estudios en los que está consiguiendo unos resultados excelentes”. Audiencia Provincial de Teruel, Sección 1ª, Sentencia 23/2009, de 28 de Enero de 2009, Rec. 216/2008, (ECLI:ES:APTE:2009:100).

Ejemplo de la jurisprudencia menor más reciente es la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 207/2023 de 19 de julio que consideró que la hija que recién había alcanzado la mayoría de edad no mostraba una aptitud tendente a dejar la formación profesional que estaba cursando, estudios que compagina con la realización de unas prácticas que tampoco le permiten subsistir de modo independiente. Por ello, la Audiencia desestimó la petición del padre alimentante de suprimir la pensión puesto que la hija seguía dependiendo económicamente de sus progenitores.

¹¹ DE LA IGLESIA MONJE, Mª Isabel: Limitación temporal del derecho de alimentos a favor de hijos mayores de edad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (718), 2010. 767-771.

¹² Esta posición doctrinal se ha visto reflejada en sentencias como la 185/2019 de la AP de A Coruña de 30 de septiembre o la sentencia 399/2019 de la AP de Asturias de 8 de noviembre. En la primera de ella se da un margen de 3 años dado que el hijo está cursando el último año del grado universitario y a su vez vive con su pareja, con la cual comparte todos los gastos, de modo que el tribunal considera que ese margen de tiempo es suficiente para que el susodicho encuentre un empleo acorde con su formación. En la segunda, aumentó a 4 años la limitación temporal de 1 año establecida en Primera Instancia al considerar que, atendiendo a la edad de 21 años del acreedor de los alimentos, el periodo de 4 años era suficiente para acabar su formación y encontrar un trabajo que le proporcionara los recursos necesarios para atender sus necesidades. Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª, Sentencia 282/2019, de 26 de Julio de 2019, Rec. 357/2019, (ECLI:ES:APC:2019:1789).

Del mismo modo, la sentencia 268/2022 de la Audiencia Provincial de Albacete considera que “*lo que resulta correcto es mantener la pensión de alimentos durante el periodo de dos años a contar desde el 1 de febrero de 2021 puesto que en ese momento el hijo mayor inició su preparación de acceso a instituciones penitenciarias, periodo que, a plena dedicación, se estima razonable para preparar la misma u encontrar otro empleo alternativo acorde con su formación*”. Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1ª, Sentencia 268/2022, de 14 de Mayo de 2022, Rec. 88/2022, (ECLI:ES:APAB:2022:393).

La sentencia 250/2013 de 30 de abril del Tribunal Supremo acepta limitar temporalmente la pensión atendiendo únicamente a la edad del sujeto, normalmente en torno a los 25 o 26 años, sin necesidad de constatar causa que justifique tal limitación. En todo caso, el Alto Tribunal establece que serán los tribunales los que atendiendo al caso concreto decidirán si es adecuado proceder a tal limitación y si es así determinarán la edad concreta por la cual se extingue la pensión. STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 250/2013, de 30 de Abril de 2013, Rec. 988/2012, (ECLI:ES:TS:2013:2081).

En todo caso el Supremo, en sentencia 587/2019 de fecha 6 de noviembre de 2019 precisó esta limitación temporal basada en la edad apreciando que “*no cabe condicionar a los hijos con plazos fatales para conseguirlo, pues la tardanza de los hijos en abandonar el hogar, son múltiples y no siempre imputables a su pasividad*”. STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 587/2019, de 6 de Noviembre de 2019, Rec. 1424/2019, (ECLI:ES:TS:2019:3613).

¹³ Por ello, la SAP de A Coruña en la sentencia 282/2019 de 26 de julio de 2019 extingue la pensión a un hijo mayor de edad que tras finalizar sus estudios quiso hacer un máster universitario con la intención de prolongar sus estudios. En dicha resolución el tribunal concluye que el hijo no tiene derecho a la pensión puesto que se ha acreditado que estaba en condiciones de poder ejercer su profesión tras finalizar su grado universitario, de tal modo que si prolongaba los estudios se debía a una decisión propia y no a una necesidad de mayor formación. En el mismo sentido falla la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia 320/2019 de 30 de mayo por la que extingue la pensión a un hijo de 30 años que no muestra interés ni esfuerzo en conseguir trabajo para poder subsistir por sus propios medios. Con tal pronunciamiento se pretende no favorecer una situación de pasividad que podría llegar a suponer un “parasitismo filial”.

¹⁴ “Extinción de la pensión de alimentos por ruptura unilateral, voluntaria y sostenida del hijo hacia el progenitor”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año nº 97, Nº 788, 2021, págs. 3679-3689. El deber de los padres de sufragar los gastos de crianza y educación del hijo mayor de edad solo puede darse cuando el hijo que no ha terminado su formación mantenga una actitud diligente, porque de lo contrario deja de ser razonable exigir a los padres sufragar sus gastos.

¹⁵ “La nula atención de los hijos hacia sus padres ¿excusa para extinguir el derecho de alimentos de padres a hijos?” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año nº 95, Nº 776, 2019, págs. 2987-2998.

¹⁶ Este es precisamente el supuesto de hecho que origina la STS, Sala Primera, de lo Civil, 258/2014 de 3 de junio de 2014, Rec. 1212/2012. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. (La Ley 74491/2014) y que establece como doctrina que *El maltrato psicológico como justa causa de desheredación incluyéndose en el maltrato de obra*, pues aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (artículo 848 CC) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo.

Insistiéndose en que los malos tratos o injurias graves de palabra de acuerdo con su naturaleza, deben ser *objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen.*

Existe una conducta de menosprecio y de abandono familiar de los hijos hacia el padre, al no interesarse por él durante los últimos siete años de vida, ya enfermo.

¹⁷ STS, Sala Primera, de lo Civil, 258/2014 de 3 de junio de 2014, Rec. 1212/2012. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. (La Ley 74491/2014).

¹⁸ STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 23 de abril de 2018. Número Sentencia: 235/2018 Número Recurso: 2056/2016. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. Numroj: STS 1394:2018. Ecli: ES:TS:2018:1394

¹⁹ KARRERA EGIALDE, Mikel Mari: “La indignidad para suceder mortis causa por incumplimiento de los deberes paterno-filiales. Comentario a la STS de España núm. 235/2018, de 23 de abril.(CENDOJ: ROJ STS 1392/2018)”, en *Revista Boliviana de Derecho*, ISSN 2070-8157, N.º. 27, 2019, pags. 420-433

²⁰ STS, Sala 1ª de lo Civil, de 19 de febrero de 2019. Número Sentencia: 104/2019 Número Recurso: 1434/2018. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. Numroj: STS 502:2019. Ecli: ES:TS:2019:502

²¹ Vid. también las SSAP de Coruña, sección 5ª, de 20 de marzo de 2023. Número Sentencia: 89/2023 Número Recurso: 722/2022. Ponente: Carlos Fuentes Candelas. Numroj: SAP C 880/2023. Ecli: ES:APC:2023:880, y la SAP de Las Palmas. Sección 3ª, de 20 de enero de 2021. Número Sentencia: 20/2021 Número Recurso: 1200/2020. Ponente: José Antonio Morales Mateo. Numroj: SAP GC 289/2021

Ecli: ES:APGC:2021:289.

²² STS, Sala Primera, de lo Civil, 258/2014 de 3 de junio de 2014, Rec. 1212/2012. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. (La Ley 74491/2014).

²³ STS Sala Primera, de lo Civil, de 28 de junio de 1993 Ponente: Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

(La Ley 22850-JF/0000).

²⁴ Que aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (artículo 848 CC) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo.

Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación, (artículo 853.2 CC), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen.

En el presente caso, y conforme a la prueba practicada, debe puntualizarse que, fuera de un pretendido “abandono emocional”, como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, los hijos, aquí recurrentes, incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios.

²⁵ STS Sala Primera, de lo Civil, de 28 de junio de 1993 Ponente: Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

(La Ley 22850-JF/0000)

²⁶ STS, Sala Primera, de lo Civil, 59/2015 de 30 de enero de 2015, Rec. 2199/2015. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno (La Ley 10075/2015).

SEGUNDO.—1. La parte demandada, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) interpone recurso de casación que articula en un único motivo. En dicho motivo se denuncia la infracción del artículo 853.2 del Código Civil (LEG 1889, 27), y de la jurisprudencia de esta Sala contemplada en las sentencias de 26 de junio de 1995 (RJ 1995, 5117), 9 de julio de 1934, de 20 de mayo de 1931 y de 4 de noviembre de 1904, en relación con la interpretación y significado que las mismas en conjunto confieren a la expresión “haberle maltratado de obra” del mencionado artículo, como causa de desheredación de un padre respecto a alguno de sus hijos. Considera la recurrente que el maltrato psicológico que las sentencias de ambas instancias han considerado probado es de tal entidad que debe entenderse incluido en el concepto de maltrato de obra reseñado en el Código Civil, ya que de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala no es necesario el empleo de violencia física para configurar la situación de maltrato de obra que da pie a entender aplicable la aludida causa de desheredación. Ha quedado probado que la causante sufrió un trato desconsiderado de su hijo, quien le despojó sin ninguna consideración de todos sus bienes inmuebles a través de una fraudulenta donación que, engañada, le obligó a hacerle a él y a sus hijos, ante notario, con inevitable afección en el plano psicológico o psíquico, intolerable a la luz de la realidad social en la que resulta altamente reprobable el hostigamiento económico habido del hijo para con su madre.

²⁷ PEREZ CONESA, C: “El maltrato psicológico como justa causa de desheredación de hijos y descendientes. Interpretación del artículo 853.2 CC por la doctrina jurisprudencial reciente”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Nº 3/2015, p. 3.

²⁸ Hacemos referencia a la última jurisprudencia que trata el tema de la ingratitud como causa de revocación.

La STS de 12 de diciembre de 2023, analiza un supuesto de *revocación de donación por causa de ingratitud de la donataria*. Estamos ante un supuesto en el que la donación se hizo por el esposo a la esposa en 1997, durante el matrimonio que concluyó por divorcio en 2011, previa separación de hecho desde 2008. Tras la ruptura matrimonial la donataria formuló una querrela contra el donante como administrador de una de las sociedades participadas en su totalidad por ambos. Se constituyó en acusación particular y solicitó la condena por un delito de apropiación indebida. El Ministerio Fiscal acusó por el mismo delito y se dictó una sentencia absolutoria por no estar suficientemente acreditado que el acusado utilizara en beneficio propio bienes ajenos.

La donataria presentó otra querrela contra el donante que dio lugar a una sentencia condenatoria del donante por un delito de apropiación indebida por actos relacionados con otra de las sociedades de las que ambos eran socios.

El donante interpuso una demanda en la que solicitada la revocación de aquella donación por ingratitud de la donataria. La demanda fue desestimada en primera instancia y se estimó en apelación. La donataria interpuso recurso de casación en el que interesó la revocación de la sentencia recurrida por infracción del art. 648.2º CC.

La sala constata que la donataria imputó un delito perseguible de oficio (apropiación indebida), y, analiza, si concurre la excepción a la apreciación de ingratitud, basada en que el delito

imputado «se hubiese cometido contra el mismo donatario», y si la norma exige el pronunciamiento condenatorio del donante para entender operativa la causa de exclusión.

La Sala concluye que existían indicios suficientes de criminalidad para que se incoaran diligencias previas y posterior apertura de juicio oral, que el Ministerio Fiscal ejercitó la acción penal y civil y formuló escrito de acusación, la sentencia, pese a que fue absolutoria, no proclamó la inexistencia de los hechos objeto de acusación, sino que no se había adquirido el grado de certeza necesario sobre la titularidad del dinero que fue dispuesto. Y, por otra parte, con respecto al otro delito de apropiación indebida, objeto de querrela por la donataria, el demandante fue condenado, por lo que concurre el supuesto del art. 648.2 CC. En resumen, considera que *no concurre la causa de revocación*, amén de que la revocación de un negocio jurídico debe ser objeto de *interpretación restrictiva*.

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 12 de diciembre de 2023. Número Sentencia: 1713/2023 Número Recurso: 3641/2019. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 5389:2023. Ecli: ES:TS:2023:5389.

²⁹ STS, Sala Primera, De lo Civil, 422/2015 de 20 de julio de 2015, Rec. 1617/2013. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. (RJ 2015\4460). En definitiva, no cabe duda de que en la actualidad el maltrato de obra o psicológico del donatario, como conducta socialmente reprochable, reviste o proyecta caracteres delictivos que resultan necesariamente ofensivos para el donante. Del mismo modo que su comisión atenta a los más elementales deberes de consideración y gratitud hacia el donante, dotando de fundamento a la revocación de la donación por ingratitud como sanción impuesta a los donatarios que infringen dicho deber básico de consideración hacia el donante

³⁰ HIJAS CID, E: “Doctrina del Tribunal Supremo sobre el maltrato psicológico y sus efectos en sucesiones y donaciones”, en *El Notario* del s. XXI, nº 64. p. 34–37.

³¹ STS Sala Primera, De lo Civil, de 18 de diciembre de 2012. Número Sentencia: 747/2012 Número Recurso: 881/2010. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno

³² ...Ante la ausencia de reconocimiento formal en la escritura de donación de la pretendida carga o modo, y la falta de proyección delictual de la conducta de la donataria, la vía escogida del artículo 648.1 CC no puede prosperar como causa de ingratitud; por el contrario, si el razonamiento lleva a que la donataria se aprovechó de la “debilidad de carácter” de la donante, el fundamento jurídico de la pretendida ineficacia, en este supuesto de invalidez, estaría en el vicio del consentimiento, pero no en el ámbito de la ingratitud.

³³ STS, Sala Primera, de lo Civil, 1287/2006 de 5 de diciembre de 2006, Rec. 455/2000. Ponente: Xavier O’Callaghan Muñoz. (La Ley 150012/2006).

³⁴ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 19 de noviembre de 1987. Ponente: Jaime Santos Briz. (La Ley 53155-JF/0000).

1.2. Derecho de Familia

La renta vitalicia como instrumento económico de protección para las personas mayores y discapacitadas

Life annuity as an economic instrument of protection for elderly and disabled people

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil (acreditada a profesora Titular)
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: Una sociedad española cada vez más envejecida, una situación de crisis económica con una tendencia inflacionista de los precios que implica una pérdida del poder adquisitivo, un incremento del valor de la vivienda unida al hecho que España es un país de propietarios y que la cuantía de la pensión de jubilación y en su caso, por discapacidad no llegan en este contexto a cubrir las necesidades vitales y los gastos aparejados al envejecimiento determina la búsqueda de nuevas formas de ahorro y financiación que complementen tales pensiones. Entre estos instrumentos podemos destacar la hipoteca inversa, la venta de la nuda propiedad, la venta con alquiler garantizado, el seguro de rentas vitalicias, el contrato de alimentos y la renta vitalicia entre otros. El presente estudio por razones de espacio que va a centrar en el análisis de la renta vitalicia en todo lo que implica su dimensión jurídica.

ABSTRACT: *An increasingly aging Spanish society, a situation of economic crisis with an inflationary trend in prices that implies a loss of purchasing power, an increase in the value of housing combined with the fact that Spain is a country of homeowners and that the amount of The retirement pension and, where applicable, disability pension do not cover vital needs in this context and the expenses associated with aging determine the search for new forms of savings and financing that complement such pensions. Among these instruments we can highlight the reverse mortgage, the sale of the bare property, the sale with guaranteed rent, the annuity insurance, the alimony contract and the annuity among others. This study, due to space, will focus on the analysis of the annuity in everything that its legal dimension implies.*

PALABRAS CLAVES: Renta vitalicia, pensión, bienes muebles e inmuebles, personas mayores, personas con discapacidad, capital o renta, beneficiario o pensionista, tercero, aleatoriedad, entidades crediticias y aseguradoras.

KEYWORDS: *Life annuity, pension, movable and immovable property, elderly people, people with disabilities, capital or income, beneficiary or pensioner, third party, randomness, credit institutions and insurance companies.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. RENTA VITALICIA. 1. CONCEPTO Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RENTA VITALICIA. 2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RENTA VITALICIA.—3. CARACTERES DE LA RENTA VITALICIA. *A. La aleatoriedad. B. Unilateralidad o bilateralidad en el contrato de renta vitalicia. C. Onerosidad y gratuidad. D. Negocio de ejecución periódica y de atribución patrimonial.* 4. FINALIDAD.—5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RENTA VITALICIA. *A. Elementos personales.* a) Constituyente o acreedor de la renta. b) Deudor de la renta o titular pasivo de la relación. c) Beneficiario de la renta. d) La vida módulo. Su función en la renta vitalicia. *B. Elementos reales. El objeto del contrato de renta vitalicia.* a) Capital. b) La pensión o renta. *C. Elementos formales.* 6. CONTENIDO. *A. Obligaciones del constituyente de la renta.* a) Entrega del capital. b) Obligación de saneamiento. c) Otras obligaciones. *B. Obligaciones del deudor de la renta.* a) Pago de la pensión o renta. b) Prestación de garantías para asegurar el cumplimiento de la obligación de pago. 7. EFECTOS DEL CONTRATO DE RENTA VITALICIA. *A. La irresolubilidad del contrato por incumplimiento. B. Efectos de la extinción de la vida contemplada. C. La muerte del pensionista o deudor.* 8. LA RENTA VITALICIA GRATUITA. 9. LA EXTINCIÓN DE LA RENTA VITALICIA.—III. TRATAMIENTO FISCAL DE LA RENTA VITALICIA.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el actual Estado de Bienestar, el sistema público de pensiones se muestra insuficiente para cubrir el coste que representa la dependencia y la discapacidad y, a lo que hay que añadir el progresivo envejecimiento de la población; de ahí que, se tenga que recurrir a instrumentos privados de previsión y provisión de recursos para paliar tales deficiencias. Algunos de tales instrumentos son negocios patrimoniales de Derecho privado no especialmente diseñados para ello, pero que pueden ser utilizados para dicha finalidad, así donaciones con cláusula de reversión, disposiciones de bienes con la reserva de la facultad de disponer, usufructos, derechos de uso y habitación, sustituciones fideicomisarias, etc. Y otros, en cambio, no están pensados específicamente para la asistencia y protección de personas mayores, dependientes y discapaces, como son, esencialmente, el contrato de alimentos, los patrimonios protegidos, el acogimiento familiar de personas mayores, las situaciones convivenciales de ayuda mutua, el mandato o apoderamiento preventivo, la hipoteca inversa, el seguro privado de dependencia, la venta con alquiler garantizado, la venta de la nuda propiedad, el seguro de renta vitalicia, y la renta vitalicia.

Por otra parte, procede señalar que, una de las características que definen la sociedad española es la de ser un país de propietarios de vivienda. Además la inmensa mayoría de los pensionistas tienen completamente pagada la vivienda familiar, siendo uno de sus miembros al menos de 65 años y algunos también tienen una segunda vivienda en propiedad y libre de cargas; además que en la realidad actual nos encontramos ante una situación económica con una tendencia inflacionista que conlleva un incremento progresivo de los precios y una cuantía de las pensiones que no cubren las necesidades vitales de las personas mayores y las personas con discapacidad a lo que hay que añadir los gastos ordinario y sobre todo extraordinarios que se derivan tanto del envejecimiento como de la propia discapacidad, pues, la situación económica descrita les golpea más directamente. Es, por ello, que actualmente se busquen nuevas formas de ahorro, financiación y previsión que palien en parte los efectos económicos adversos en que se ven inmersos está parte mayoritaria de la población española y permiten adaptarse a las concretas necesidades de quienes las contratan.

Son varias las figuras financieras que permiten al propietario utilizar un bien inmueble (*vgr.* la vivienda) para completar su pensión y hemos aludido a alguna de ellas en líneas precedentes. Nos vamos a referir a estas brevemente, pues, un análisis exhaustivo de todas ellas representaría una investigación ambiciosa y necesaria; sin embargo, por limitaciones de espacio nuestro estudio se va a centrar únicamente en la renta vitalicia, sin por supuesto, dejar de asumir el reto propuesto de un análisis en profundidad de aquellas¹.

Nos referimos, en primer lugar, a la venta con alquiler garantizado o *sale and leaseback* que representa aquella operación que permite al propietario de la vivienda venderla obteniendo una cantidad de dinero con dicha venta y simultáneamente quedarse como arrendatario por el tiempo pactado. Suele optarse por esta figura cuando el vendedor es de edad avanzada y se quiere obtener la mayor cantidad de dinero por la venta de la vivienda. En este supuesto, las figuras de vendedor y comprador propias de cualquier contrato de compraventa se transforman automáticamente en inquilino o arrendador. Se vende el 100% de la propiedad al comprador y, por tanto, se percibe el precio total convenido por esa operación. La compraventa que se realiza del inmueble es una venta convencional que suele ir acompañada de un descuento respecto del precio de mercado (el que acuerden comprador y vendedor) y algunas veces con el aplazamiento de una parte del precio (por los plazos y cuantía acordada por las partes). Tanto el contrato de compraventa como el arrendamiento se formalizan en la misma escritura.

El comprador de la vivienda se convierte de forma automática en arrendador y el vendedor en inquilino que abonará mensualmente la renta de alquiler pactada: el importe de dicha renta se establece en base a las condiciones que tenga el mercado en cada momento para una vivienda de similar ubicación y características que la suya.

El cálculo del precio de la venta se hará mediante tasación de la vivienda a través de un análisis comparativo de los valores de la zona, la estimación de la proyección que a futuro pueda tener el inmueble, la revisión de la situación legal de la finca, el cálculo de costes ordinarios y extraordinarios del inmueble (ITE, reformas necesarias, mejoras en la vivienda), tributos (IBI, plusvalía y tasa de resi-

duos urbanos). En todo caso, la rentabilidad media que puede obtener el inversor (comprador) que, además, arrienda es entre un 4% y 6%.

Ahora bien, se pueden diferenciar varios tipos de *sale and leaseback* en función del plazo del alquiler que quiera fijar el vendedor: a) Modalidad vitalicia: se garantiza que el vendedor (inquilino) puede permanecer en la vivienda como arrendatario hasta su fallecimiento o cuando este decida dar por finalizado el arriendo; b) Modalidad temporal: se pacta por un plazo determinado, atendiendo a la normativa de arrendamientos urbanos existente en cuanto a lo referente a la duración del arriendo y prórrogas forzosas y legales.

En este contexto, tiene como ventajas que se puede vender la vivienda sin renunciar a su uso; liberarse de importantes gastos generados por la vivienda (IBI; cuotas de la comunidad de propietarios, seguro de vivienda); además se recibe una cantidad por la venta que permite hacer frente a las necesidades económicas que tenga la persona del vendedor y le permite, asimismo, si los tuviera, cancelar posibles hipotecas, deudas, embargos u otros gastos imprevistos o necesarios a futuro. Fiscalmente para los mayores de 65 años, la transmisión de la vivienda está totalmente exenta de tributación en la declaración de la renta (IRPF).

En segundo lugar, a la venta de la nuda propiedad: en esta operación la persona mayor recibe una cantidad de dinero a cambio de la venta de la nuda propiedad de su vivienda, reservándose a la vez el derecho de usufructo durante toda la vida que, es lo más habitual, o durante un determinado periodo de tiempo². Se puede acordar el percibo de la cantidad total de la venta en un solo pago; o una renta mensual de carácter vitalicio o temporal. También se puede optar por renunciar al uso y disfrute de la vivienda, con el fin de obtener un importante incremento de la renta a percibir mensualmente que, le permita costear la residencia o centro de mayores que elija. Si la operación consiste en que la persona vende la nuda propiedad y mantiene el usufructo vitalicio o temporal a cambio de una única cantidad al inicio de la operación, resulta lógico que el comprador adquiera la vivienda con un descuento en función del número de años teóricos de la operación. Esto es, cuando más mayor sea la persona, la venta de la nuda propiedad conllevará un descuento menor. Si la operación consiste en vender la nuda propiedad y mantener el usufructo vitalicio a cambio de percibir una renta vitalicia de por vida³. El importe de la mensualidad depende del valor de la vivienda y de la esperanza de vida teórica. Cuanto más mayor sea y más valor tenga la vivienda, mayor cantidad de renta mensual se puede percibir. En fin, si la operación consiste en la venta de la nuda propiedad, manteniendo el usufructo vitalicio, pero a cambio de percibir una renta mensual en un plazo determinado. Por supuesto, el importe de la renta mensual será mucho mayor que en las operaciones anteriores, teniendo presente la temporalidad.

Esta operación en cualquiera de sus modalidades suele llevarse a cabo por personas mayores sin descendientes o ascendientes, esto es, sin legitimarios, propietarios de una vivienda libre de cargas y, se formaliza ante notario en escritura pública y se procede a su inscripción en el Registro de la Propiedad. En la escritura se puede establecer una condición resolutoria como garantía en caso de impago de las rentas, permitiendo a la persona mayor recuperar la titularidad de la vivienda sin tener que devolver las cantidades ya percibidas. Tiene como ventajas, por una parte, que le permite al vendedor el recibir una renta durante toda

la vida o temporalmente; mantener el uso y disfrute de su vivienda en las mismas condiciones en la que venía utilizando como propietario. Con ello rentabiliza su patrimonio inmobiliario, sin tener que renunciar a la ventaja de seguir viviendo su casa; por otro lado, dejará de abonar los gastos del inmueble (IBI, las cuotas de la comunidad, el seguro de vivienda); y, finalmente, esta operación tiene un excelente tratamiento fiscal, ya que los mayores de 70 años tienen exento de tributación el 92% de las cantidades mensuales que perciben a través de este producto. Además, si operamos sobre la vivienda habitual, al ser el vendedor mayor de 65 años, la venta de la nuda propiedad de su vivienda no genera incremento patrimonial que haya que declarar en el IRPF.

En tercer lugar, la hipoteca inversa es un crédito con garantía hipotecaria destinado a personas mayores de 65 años propietarias de una vivienda, a través de una entidad financiera que paga a éstas una renta mensual con la particularidad que la persona mayor no tiene que devolver en vida las cantidades recibidas, ni los intereses como ocurre en una hipoteca normal, sino que la deuda que genera este producto financiero queda aplazada hasta su fallecimiento. Por tanto, con carácter general como requisitos necesarios para contratar una hipoteca inversa es tener más de 65 años y ser propietario de una vivienda. Puede ser contratada por uno o dos titulares. La cuota mensual a percibir dependerá de la edad de la persona mayor que contrate y del valor de la vivienda conforme tasación oficial. De forma que, cuánto mayores sean los contratantes, mayor será la renta mensual a percibir. Supone la concesión de un crédito hipotecario a interés fijo que permite, como hemos indicado, el cobro de una cantidad mensual de por vida. Se regula en la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de regulación del mercado hipotecario y de las hipotecas inversas y en la Orden EHA/289/2011, de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios⁴.

En la actualidad existen dos modalidades de hipoteca inversa, la vitalicia y la temporal: la primera supone que se cobra una cantidad mensual hasta el fallecimiento del contratante. En algunos casos, el préstamo hipotecario se complementa con un seguro de rentas vitalicias que entra en funcionamiento en caso que la persona mayor sobreviva al plazo de concesión del crédito. Con ello se garantiza que el cobro de la cantidad fijada se percibirá mientras viva la persona mayor. En todo caso, se puede solicitar un anticipo del capital o disposición inicial; y la segunda se cobra una cantidad mensual durante un plazo fijado por el Banco en función de la edad del cliente. También en este supuesto se puede solicitar una cantidad inicial a la firma de la escritura.

Como ventajas esta operación financiera tiene las siguientes: se mantiene la propiedad de la vivienda; se recibe una renta mensual mientras viva que, es lo normal; se puede solicitar una cantidad inicial con la que poder cubrir algún gasto imprevisto; se puede cancelar la hipoteca en cualquier momento; se puede arrendar la vivienda, si no se va a hacer uso de la misma (ingreso en una residencia); y, tiene también importantes beneficios fiscales ya que están exentas de tributación, es decir, no se tiene que pagar nada en la declaración de la renta por las cantidades mensuales que se perciban.

Ahora bien, como cualquier crédito se formaliza ante notario en escritura pública y se inscribe en el Registro de la Propiedad.

Al fallecimiento del titular de la vivienda, los herederos reciben una propiedad con una carga hipotecaria y pueden: quedarse con la vivienda haciendo frente a la deuda hipotecaria, teniendo en cuenta que las entidades diseñan este producto para que puedan disfrutar del diferencial que existe entre la deuda y el valor de la vivienda, siéndoles favorable y permitiéndoles cancelar el crédito sin complicaciones; o no quedarse con la vivienda, ni, por ende, reembolsar los débitos vencidos y que el banco haga efectiva la garantía y obtenga el recobro del crédito, ejecutando la hipoteca.

Por otra parte, conviene señalar que, la diferencia entre la hipoteca inversa y una hipoteca tradicional es que el titular no tiene que pagar en vida nada al banco y la deuda acumulada solo puede ser exigida por la entidad financiera 12 meses después del fallecimiento del último titular.

En último lugar, se puede acordar un seguro de rentas vitalicias que es aquel que permite recibir una cantidad periódicamente por el beneficiario y de por vida. Para contratarlo hay que abonar una prima única al inicio de la operación. Permite al asegurado cobrar una cantidad mensual, con independencia de lo que viva. En este tipo de seguro, está implícito el riesgo de la longevidad. Lo que supone que, el beneficiario del seguro cuanto más viva, más beneficio obtendrá del seguro. Ahora bien, puede darse el caso que el beneficiario del seguro o asegurado fallezca prematuramente; en previsión de dicho hecho incierto se puede agregar diversas prestaciones que cubran la contingencia del fallecimiento. Así se puede convenir la reversión, cuando se paga la renta de forma vitalicia a una tercera persona. Pese al fallecimiento del contratante, se puede convenir que se siga abonando al tercero la renta íntegra, o un porcentaje de la misma; o bien pactar un contraseguro o capital de fallecimiento que, en caso de fallecimiento del titular o del último de los titulares, si hay dos, se abonará a los beneficiarios designados un único capital que, se calculará atendiendo a la prima pagada y las rentas cobradas hasta el fallecimiento; o, en fin, se pacta el pago de la renta en un periodo cierto (normalmente 5 o 10 años) y si se fallece antes de cumplir esos plazos, el beneficiario designado seguirá cobrando la renta hasta la finalización del plazo pactado.

Al igual que, los demás productos financieros expuestos tienen una buena fiscalidad. Los importes mensuales que se reciben en concepto de renta vitalicia están sujetos al impuesto de IRPF como rendimiento del capital inmobiliario; si bien queda sujeto a tributación en función de la edad (así si la edad del preceptor es entre 66 y 69 años el porcentaje a pagar es de un 20%; si tiene 70 años o más es de un 8%), y se le aplica un 19% de retención⁵.

II. LA RENTA VITALICIA

1. CONCEPTO Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RENTA VITALICIA

Como hemos manifestado al inicio de nuestra exposición como complemento del actual sistema público de pensiones y junto a productos de notable acogida como seguro de vida, o enfermedad, planes de pensiones, seguros privados de dependencia, la renta vitalicia se configura como un atractivo instrumento privado de previsión y provisión de fondos vitalicios –bien provenientes de la familia o de

un tercero- para la protección de personas mayores, dependientes, discapacitados, máxime si se pacta con carácter gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, y con cláusula de inembargabilidad del artículo 1807 del Código Civil.

Su regulación legal se encuentra inmutablemente recogida a lo largo de los tiempos en el Código Civil, en el Libro IV Obligaciones y contratos, Título XII De los contratos aleatorios o de suerte, Capítulo IV De la renta vitalicia, artículos 1802 a 1808, lo que le dota de una indudable tradición jurídica como tal mecanismo de previsión en forma de prestación periódica vitalicia.

Su origen remoto para una parte de la doctrina se encuentra en el Derecho romano, que ofreciendo un concepto único y unitario de la relación de renta vitalicia, se consideraba la misma como el pago en contraprestación a la cosa o cosas entregadas, de una determinada cantidad de dinero o de cosas fungibles, siendo diversas las fuentes generatrices de la misma, así en el contrato innominado *do ut des*, eficaz solo para la constitución onerosa, la *stipulatio quad vivam* que podía ser a título oneroso o gratuito, y el *legatum per damnatione in singulos annos* y la *donatio*, que sólo podían ser a título gratuito, teniendo el *legatum* además, la particularidad de fragmentarse en un conjunto de legados, de los que el derecho a cobro del primero que, era puro y simple, lo adquiría el legatario desde la muerte del testador; siendo los restantes condicionales –condición suspensiva- al estar sometidos a la existencia del beneficiario titular de la renta, esto es, a la supervivencia del mismo, al vencimiento de las sucesivas anualidades, evitando con ello la nulidad de un legado *ad diem*, y convirtiéndolo en sumatorio de legados válidos, condicionales todos respecto del primero⁶.

La duración de la renta venía determinada, bien por la vida del acreedor, o por la del deudor, sin hacer mención en las fuentes romanas a la vida de un tercero extraño a la situación como módulo de la relación. Por otra parte, la disciplina de la relación venía referida al tipo de fuente de la que surgía la relación, así como a su naturaleza onerosa o gratuita en los términos expuestos. En cuando al objeto de la prestación, la pensión periódica a pagar podía consistir lo mismo en una cantidad de dinero, que en la entrega de una determinada cosa fungible. Los plazos de la pensión no se consideraban como fruto de un capital, sino como capital mismo o prestación principal autónoma cuyo reparto era periódico, en concreto, en anualidades. Finalmente, el derecho a percibir la renta tenía un carácter personal.

La institución adquirió un notable impulso en la Edad Media. Mientras, los glosadores mantuvieron la sistemática romana, considerando como fuente capaz de dar lugar a la relación de renta vitalicia a título gratuito a la *stipulatio quod vivam* y al legado de renta; el “*contractus vitalicius*”, fuente más generalizada de la renta, fue objeto de una profunda transformación como consecuencia del desarrollo del instituto del “precario eclesiástico”. Mediante su celebración se cedía un capital la propiedad de una cosa o conjunto de cosas muebles o inmuebles o de un capital en dinero a una persona jurídica de Derecho eclesiástico. El cesionario se obligaba a pagar al cedente una pensión anual durante la vida de éste; hasta la muerte del pensionista que, en ocasiones conservaba la posesión precaria de los bienes, no se operaba la definitiva adquisición del dominio de éstos por el pagador de la renta. Si el capital consistía en una suma de dinero, se hablaba de “compra renta”; y si estaba integrado por otros bienes (muebles o inmuebles), se empleaba el término de contrato innominado en su modalidad de “*do ut des*”. Se constituía

por razones de previsión, al objeto de procurar la manutención o el sustento del constituyente. Los bienes transferidos tenían que ser suficientes para cubrir el pago de la renta. Finalmente, por un lado, con la finalidad de mantener la equivalencia de las prestaciones de las partes y de proteger al constituyente de la renta se establecía de forma imperativa la cuantía de las pensiones a percibir, a la par que, se disponía, precisamente, para amparar a quienes debían de pagar la renta, de unos límites máximos de renta, alejando así al contrato de prácticas usuarias; y, por otro, ante la necesidad de protección de los legitimarios, se disponían ciertos límites a la enajenación de bienes para la constitución de rentas vitalicias⁷.

Sobre las bases expuestas, con el fin de dotar de una regulación a la institución, y para evitar posibles abusos por parte de quienes recibían el capital (“gentes de la iglesia”), se dictaron numerosas disposiciones. Así, hay que destacar un Capítulo de Carlos el Calvo en el año 846 que mandó fijar la cuantía de las rentas en el doble del interés o rédito de los bienes cedidos si quedaban en la posesión precaria del cedente y en el triple para el caso contrario⁸.

Con posterioridad, ante la pérdida del carácter de manutención y alimenticio de la renta, acercándose más a una actividad especulativa traducida en la existencia de rentas muy elevadas con respecto al interés nominal del dinero o de los réditos y rentas de los bienes cedidos, que se traducía en prácticas usuarias, se reaccionó de nuevo, dictando nuevas disposiciones. La mayoría partieron de los propios Papas como Nicolás V, a instancia de Alfonso I, rey de Aragón y de Nápoles, que en la Bula “*Sollicitudo Officii*”, de 30 de septiembre de 1451 declaró que el contrato de renta vitalicia estaba excluido de la usura siempre que mantuviera ciertos límites. Otras, dimanaron de los monarcas, siendo confirmadas por los Papas. Así el propio Alfonso I para Nápoles, en su pragmática “*De censibus*”, de 20 de octubre del mismo año de 1451, que fue confirmada por los Papas Martino V, Calixto III y Pío V estableciéndose que los censos se podían imponer solo sobre un fundo libre, es decir, no gravado por otro censo con unos límites claramente determinados.

En esta dirección de intervención legislativa, si bien, tratando, además, de poner remedio al perjuicio de las legítimas expectativas de los herederos de que percibía la renta durante toda su vida y enajenaba sus propios bienes, en Francia un Edicto de Luis XIV del año 1661 fija “unos tipos de rentas que han de respetarse obligatoriamente, bajo sanción de nulidad, confiscación del capital o bienes entregados y multa elevada. Se trataba de poner límite a “*l’avarice des gens d’église*”⁹.

La revolución francesa mantuvo la institución no considerando que fuese una supervivencia feudal, dotando de un régimen típico y propio al contrato aleatorio y oneroso de renta vitalicia con una función previsora y de reciprocidad del riesgo para las partes que intervenían en la renta, que pasa al Código de Napoleón –pese a ser su redacción duramente combatida tanto con argumentos de orden moral como de consideraciones de carácter económico y social-; y a la generalidad de los Códigos continentales, entre los que se encuentra el nuestro. Frente a todo ello, como señala QUIÑONERO CERVANTES prevaleció la apreciación de su función previsora, así como la aleatoriedad y reciprocidad del riesgo para ambas partes que intervenía en la relación de renta¹⁰.

Paralelamente en España, en el marco de este proceso evolutivo de la institución, se conocieron algunas figuras semejantes a la renta vitalicia, así el fundo

vitalicio, el fundo muerto o perdido; pero sobre todo, en el siglo XIII una institución ampliamente utilizada, tanto por las entidades públicas como privadas, como vehículo para procurar un capital a cambio de una pensión conocida con el nombre de *censo vitalicio o violario* -como se denominaba en Cataluña-, próximo al censo consignativo; si bien, diferenciado del mismo por su temporalidad y es considerado por parte de la doctrina como el precedente de la renta vitalicia con la que comparte notas comunes¹¹.

Este censo vitalicio fue regulado durante la Edad Moderna por nuestras Leyes recopiladas, de la que son muestra tanto la Ley IV como la Ley VI del Título XV del Libro X de la Novísima Recopilación, que reproduce una pragmática de Felipe II, dada en Madrid, en el año 1583.

A pesar de considerarse por una decisión de la Rota de Roma en 1649, los censos vitalicios personales como ilegales por contravenir la Bulla Piana, los intérpretes posteriores apostaron por su validez, amparándose en el *alea* como elemento esencial del contrato. Así, DE LUCA en su *Theatrum veritatis et iustitiae* crea la categoría contratos aleatorios, al que pertenece el censo vitalicio.

Aunque para CADARSO “el punto de arranque de la regulación de la renta vitalicia se encuentra en el Proyecto de 1851”¹², -que de sobra es conocido la influencia en su contenido del *Code Civil*-, el primero de los precedentes legales en el proceso codificador español, lo encontramos en el Proyecto de Código Civil de 1836 formada su Comisión de redacción por D. José Ayuso, D. Eugenio Tapia y D. Tomás María Vizmanos, que prescinde en su regulación del censo vitalicio por su temporalidad y en el Título XV “De los contratos que dependen de un suceso incierto”, Capítulo II “Del contrato de renta vitalicia”, Sección 1ª “De la naturaleza de este contrato y de las condiciones que requiere para su validez”, de los artículos 1678 a 1694, se da una novedosa regulación a la renta vitalicia. El primero de ellos sobre la base de un tratamiento unitario de la materia, dispone al respecto que “*la renta vitalicia puede constituirse por título oneroso o por título puramente lucrativo. El primer caso se realiza mediante la entrega y percepción de una suma de dinero o de algunos bienes estimables, ya sean muebles o ya sean inmuebles. El segundo caso se verifica mediante una donación o un legado*”. Si la renta vitalicia se constituye por título oneroso, requiere el otorgamiento de escritura pública; si es por título gratuito basta con que se observen las formalidades que prescribe la Ley para las donaciones o legados (artículo 1679). Puede constituirse o por la vida del que suministra el capital o precio de ella, o por la vida del que debe percibirla o, en fin, por la vida de un tercero que no tenga derecho ni interés alguno en la renta, pero no por la del que ha de satisfacerla (artículos 1682 y 1683). Asimismo, se admite expresamente la constitución a favor de tercero (artículo 1684). Ha de existir una proporción entre el capital y la renta vitalicia, cuya fijación queda al arbitrio de las partes, de no existir tal proporción, la renta vitalicia así constituida es nula. Termina, la regulación de la renta vitalicia, con la sección 2ª “De los efectos de este contrato entre las personas contratantes” (artículos 1689 a 1694) relativos al otorgamiento de garantías por parte del prestador de la renta; de la exigencia de cumplimiento de las rentas no pagadas mediante el embargo y, la venta de bienes del deudor sin que quepa resolución. No incluyendo otros efectos frente a terceros que los previstos en el artículo 1684, ya que no señala nada sobre cláusula de inembargabilidad de las rentas.

Inspirado en el Código francés, el Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851, también opta por un tratamiento unitario de la institución, dentro del Título XV “De los contratos aleatorio o de suerte”, Capítulo IV “De la renta vitalicia”, si bien dedicando a la definición de la renta vitalicia y su constitución dos preceptos. Referido al contrato de renta vitalicia onerosa y conectado con la idea de la aleatoriedad que preside la esencia de esta institución, señala en el artículo 1703 que *“la constitución de la renta vitalicia es un contrato aleatorio, cuando el deudor queda obligado a pagar una pensión o rédito anual, durante la vida de una o más personas determinadas, por un capital en bienes muebles e inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión, la cual se extingue con la muerte del pensionista”*; por su parte, como complemento del anterior, precisa, el artículo 1704 que *“También puede uno constituir la renta vitalicia gratuitamente por donación o testamento sobre sus propios bienes, reteniendo su dominio para sí o para su heredero, en cuyo caso estará sujeta la respectivos en los títulos I y IV de este Libro”*. Al igual que con el proyecto de 1836, puede constituirse la renta sobre la vida del que entrega o pone el capital, sobre la de un tercero, o sobre la vida de varias personas. También puede constituirse a favor de aquella o aquellas personas sobre cuya vida se otorga, o a favor de otra u otras personas distintas (artículo 1705). Es nula la renta constituida sobre la vida de una persona muerta a la fecha de otorgamiento o que en el mismo tiempo se haya padeciendo una enfermedad que le causa la muerte dentro de los veinte días siguientes a aquel otorgamiento (artículo 1706). En caso, de que no se paguen las rentas por parte del deudor, podrá el acreedor exigir judicialmente a aquel el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras (artículo 1709). Si lo que no ha hecho el deudor de las rentas, es otorgar las garantías estipuladas, se podrá rescindir el contrato. Finalmente, y a diferencia del Proyecto de 1836, dispone el artículo 1711 que solamente el que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes puede convenir una cláusula de inembargabilidad de las de tales rentas.

El Anteproyecto de 1885-1888 de ALONSO MARTÍNEZ manteniendo la tendencia legal e histórica de tratar unitariamente la institución, se limita a reproducir el Proyecto Isabelino en lo concerniente a la renta vitalicia, dedicando para ello el Capítulo IV “De la renta vitalicia”, del Título “De los contratos aleatorios o de suerte”, del Libro IV (Cuaderno 2º) De las obligaciones (continuación), artículos 15 a 23 a su regulación. El artículo 16 y 17 reproducen respectivamente los artículos 1703 y 1704 del Proyecto de 1851, aunque con las remisiones adecuadas el primero de los citados al nuevo articulado, esto es, a los “Títulos 2º y 3º, del Libro 3º de este Código”; el 18 y 19, los artículos 1706 y 1708, y, el 22 el artículo 1711.

El Código Civil sin tener en cuenta a la hora de proceder a la regulación de la institución, el precedente inmediato de los artículos 16 y 17 del Anteproyecto, y, en consecuencia, sin adoptar el tradicional tratamiento unitario de la materia, se regula en los artículos 1802 a 1808 del Código Civil. El primero de ellos, también partiendo de la aleatoriedad que caracteriza el contrato de renta vitalicia señala al respecto que *“obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión”* ofrece un concepto de renta vitalicia, referido únicamente a la constituida a título oneroso. Por otra parte, procede señalar que, la totalidad de los preceptos que el Código Civil

dedica a tal figura se refieren a tal modalidad onerosa de renta vitalicia a excepción del artículo 1807 que alude a la constituida a título gratuito.

Dos modalidades de renta vitalicia, onerosa, la más habitual, cuya forma de constitución es el contrato y, la gratuita que bien *inter vivos*, mediante donación directa o indirecta, o contratos a favor de tercero; o *mortis causa*, a través del testamento -legado de renta del artículo 880 del Código Civil- pueden dar origen a aquella¹³. A estas fuentes debemos añadir otras que permiten, igualmente, la constitución de la renta vitalicia, así, el seguro de vida, una disposición legal, -siendo en el ámbito del Derecho civil, una de las posibilidades la prevista en los artículos 839 y 953 del Código Civil que faculta a los herederos a transformar el usufructo correspondiente al cónyuge viudo legitimario en una renta vitalicia-¹⁴; o la contenida en el artículo 157 de la LH, según el cual el remanente de los bienes gravados con hipoteca constituida en garantía de rentas o prestaciones periódicas asume la obligación personal de satisfacer la renta o prestaciones hasta el vencimiento completo de la obligación garantizada-; y, en el campo de derecho laboral los supuestos de accidente de trabajo, enfermedades profesionales, invalidez y vejez; o, finalmente, puede ser una sentencia judicial la que permita crear una situación jurídica de renta vitalicia; supuestos de reparación de daños, indemnizaciones derivadas del resarcimiento del ilícito civil o penal¹⁵.

Pese a que el tratamiento legal que ofrece el Código Civil incide especialmente en el contrato oneroso de renta vitalicia, y a que son diversas las fuentes de las que tal relación obligatoria puede surgir, cada una dotadas de una especificidad determinada, la doctrina dominante coincide en afirmar que, aun existiendo esa diversidad de fuentes, se puede ofrecer una conceptualización genérica de la renta vitalicia que abarque y comprenda los distintos supuestos de la misma, -pues, todos presentan siempre unas características comunes que permiten un tratamiento unitario- y, que, a su vez, respete los matices singulares que cada una de aquellas fuentes puede desarrollar¹⁶. En esta línea, opera el presente estudio, si bien, siempre teniendo en cuenta que casi la totalidad de la normativa de la renta vitalicia se refiere a su modalidad onerosa, y que, en consecuencia, el desarrollo que hagamos de la materia va a operar sobre la base de tal modalidad.

Pues bien, en este contexto, la doctrina española, opta a la hora de ofrecer un concepto de la renta vitalicia, bien por una definición amplia de la misma, así, BELTRÁN DE HEREDIA representa el primer autor en dedicar una monografía a esta institución, define la renta vitalicia como “una relación obligatoria duradera por medio de la cual una persona (deudor) se obliga a pagar a otra (acreedor) una prestación periódica, consistente en dinero o en especie, durante el tiempo de duración de la denominada “*vida contemplada*””. Esta vida que se toma en consideración, continúa el autor, “puede ser la del acreedor (que es la hipótesis más frecuente), la del deudor, o la de una tercera persona ajena por completo a la relación. Además, puede tratarse de una persona singular o de varias personas; en este segundo caso, sólo la muerte de la última de ellas determinará la extinción de la relación jurídica¹⁷”; o para LACRUZ BERDEJO el contrato de renta vitalicia representa “una relación de obligación en virtud de la cual un sujeto deudor, viene a entregar a otro, persona natural, pensionista una cantidad periódica durante la vida de ésta o teniendo como límite la vida de otra persona natural¹⁸”; o bien, centran la definición en una de las modalidades de renta, en concreto en la one-

rosa, así, para QUIÑONES CERVANTES el contrato oneroso de renta vitalicia “es aquél por el cual un sujeto se obliga a pagar a otro una pensión periódica, una renta, en contraprestación de un capital o de un bien mueble o inmueble que se le transmite”¹⁹; en esta línea para BADENAS CARPIO la renta vitalicia es “el contrato mediante el cual una persona, a cambio de la enajenación de un bien mueble o inmueble, se obliga a efectuar una determinada prestación periódica, consistente en una cantidad de dinero, durante la vida de una o más personas”²⁰; o, en fin, en uno de los caracteres como es la aleatoriedad que lo define, así ALBALADEJO GARCÍA dispone que “el contrato de renta vitalicia es aquel por el que una parte, a cambio de una cosa, cuya propiedad se le transmite, se obliga a pagar a la otra una pensión durante la vida de una o más determinadas”²¹.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RENTA VITALICIA

Cuando hablamos de la naturaleza de la renta se plantean una doble cuestión. Por un lado, se ha generado en el seno de la doctrina científica un intenso debate en torno al carácter personal o real del derecho que corresponde al preceptor de la renta o pensión, al que ha contribuido de manera especial la imprecisa y poco afortunada redacción del último inciso del artículo 1802 del Código Civil al determinar que el dominio de los bienes se transfiere al pagador de la renta *desde luego con la carga de la pensión*.

Y, por otro, se ha, igualmente, discutido por esta misma doctrina, el carácter consensual o real del contrato de renta vitalicia.

De ambas cuestiones nos vamos a ocupar en este apartado

En nuestro Derecho histórico, quizá fruto de una tradición censal, se consideraba reales los derechos a percibir rentas constituidas sobre inmuebles, incluidas las vitalicias. Y, en este sentido, para quienes propugnan la eficacia real del contrato de renta vitalicia, el preceptor de la renta adquirirá un derecho de naturaleza real y no meramente personal²², que asegura el puntual y sucesivo cumplimiento por el deudor, sin posibilidad –y sin necesidad- de que se establezca un pacto comisorio; y, asimismo, el dominio de la finca se transfiere con la carga de la renta; de forma que, tal carga trasciende en todas y cada una de las enajenaciones que se efectúen en la propia finca²³. El acreedor frente al deudor, señala BELTRÁN DE HEREDIA, tiene una acción personal, derivada del contrato, para exigir el pago de las anualidades vencidas, y, al mismo tiempo, puede ejercitar una acción real frente a terceros poseedores del inmueble sobre el que se hubiera constituido la renta. Ambas acciones, continúa el citado autor, pueden acumularse en el caso de que el bien inmueble entregado estuviese en poder y posesión del propio deudor de la renta, entonces la acción real tendría la consideración de principal, quedando las personas con un valor simplemente subsidiario²⁴.

En esta línea, argumenta DEL MORAL que “la renta vitalicia es un derecho real *in faciendo*, similar al censo, pues otorga al pensionista ante el impago de las pensiones, sin necesidad de ningún otro pacto o garantía, un derecho de realización de valor de los bienes transmitidos, con el mismo rango, entidad o naturaleza que la hipoteca que regula el artículo 157 de la Ley Hipotecaria. Tal afirmación la funda el autor a continuación: “a) gramaticalmente en que, las expresiones “carga”

del artículo 1802; y, “sobre sus bienes” del artículo 1807, atribuyen a la renta vitalicia el carácter de gravamen real; b) desde un punto de vista lógico y sistemático, la no admisión de la naturaleza real de la renta vitalicia, implicaría un desamparo a conciencia del interés patrimonial del pensionista, abandonándolo a la buena voluntad del deudor de la renta, a diferencia de los negocios de tracto duradero en los que el legislador vigoriza la posición del *tradens* poniendo a su servicio enérgicos poderes reales. Es un imperativo del dogma cambista de la nivelación patrimonial; c) Históricamente, en el origen de la renta vitalicia localizado en el censo vitalicio, lo que en lógica consecuencia determina que aquella debe tener la misma naturaleza que corresponde a éste”²⁵.

Desde tales razonamientos, la transferencia de la finca a cambio de renta supone en sí misma por imperativo legal (artículo 1802 del Código Civil) un gravamen real hipotecario de la especie contenida en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria. De ahí que, la hipoteca de renta de carácter voluntario quede como “módulo” de garantía para las prestaciones periódicas de índole distinta a la renta vitalicia onerosa y aleatoria²⁶; y que, la facultad del rentista de solicitar medidas de aseguramiento de las rentas adeudadas, prevista en el inciso final del artículo 1805 del Código Civil, se aplique solo a los supuestos de entrega de un capital en dinero o cosa mueble²⁷.

Por otra parte, también como participe de la teoría de la eficacia real, RODRÍGUEZ LÓPEZ atribuye a la renta la naturaleza de una obligación *ob rem*, señalando: “1) El titular de los bienes transmitidos a cambio de renta (con o sin pacto resolutorio por impago de las pensiones) será en todo caso deudor personal de las pensiones que venzan mientras se conserven en dicha titularidad. Si los bienes fuesen después enajenados, su adquirente asumirá la expresada deuda; 2) Cuando en garantía de la obligación de pago de la renta vitalicia se constituye hipoteca sobre determinados inmuebles sea o no los mismos que fueron objeto de transmisión a cambio de la renta, la obligación personal de pago de las pensiones o prestaciones periódicas seguirá quien ostente la titularidad de los mismos”. Y, añade “en la renta vitalicia la obligación personal se adhiere al que sea titular de los bienes en cada momento, se transmite con éstos, y, ello lo es por causas intrínsecas y derivadas de la naturaleza del contrato; de ahí que, pueda afirmarse que estamos en presencia de una obligación *propter rem* cuando el artículo 1802 del Código Civil emplea la palabra *carga*. Todo ello, sucede de manera natural, pues, en la constitución de la renta vitalicia, no hay necesidad de constituir hipoteca, al ser la eficacia real un efecto característico de la institución”²⁸.

Frente a estas posiciones, el sentir mayoritario de la doctrina²⁹ como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁰, y de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes Dirección General de los Registros y del Notariado)³¹ se inclinan por el carácter personal del derecho del titular de la renta vitalicia, esto es, apuestan por su carácter obligacional, generador de meros derechos de crédito. En apoyo de su posición se argumenta que: 1) La palabra *carga* empleada en el último inciso del artículo 1802, -frecuentemente utilizada sin un valor técnico y depurado en otros preceptos del Código Civil, como los artículos 452, 504 y 633 entre otros-, no significa “carga real” o de “derecho real”, sino que el deudor queda obligado al pago de la pensión o réditos en contraprestación a los bienes entregados por el acreedor³². Entenderlo de otra manera supondría que esa “carga”, constituiría derecho y grava-

men real sobre bienes muebles, que, como precisa BELTRÁN DE HEREDIA “sería inconcebible, máxime si se trata de una especie de aquellos de tanta importancia como el dinero”³³; 2) La dificultad que el carácter real supondría para el tráfico jurídico³⁴; 3) La necesidad para dotar de eficacia real la relación jurídica de renta que las partes pacten de manera expresa cualquier tipo de garantía para asegurar las pensiones periódicas (artículo 1805 del Código Civil), pues, si la renta tuviera naturaleza real, la propia garantía que la misma representa, haría innecesario la estipulación de cualquier medida precautoria. Y, por supuesto, no tendría razón de ser la posibilidad de excluir del embargo no sólo los bienes sobre los que gravita la renta, sino también esa misma renta como derecho personal del pensionista (artículo 1807). El pago de la pensión en los términos pactados puede ser garantizada con hipoteca sobre los bienes transmitidos o sobre otros diferentes, sin que tal gravamen suponga variación en el régimen aplicable a dicha garantía; asimismo, ni modificación del carácter y efectos de la renta vitalicia. La aparente y pretendida contradicción entre el artículo 1802 y 1805 del Código Civil, sólo reafirma la naturaleza personal del derecho de renta; 4) El carácter de bien mueble que el artículo 336 del Código Civil atribuye a las rentas o pensiones vitalicias o hereditarias “siempre que no graven con carga real una cosa inmueble”; y el de fruto civil que tiene el importe de las rentas o pensiones (artículo 335.3 del Código Civil); 5) Y, por último, frente al origen histórico de la renta vitalicia concretado en el censo de tal carácter, el silencio del Código Civil al no incluirse regulación ninguna del mismo dentro de los censos, y dotar de una específica a la renta, donde se prescinde de tal antecedente, supone que el legislador ha optado por sustituir la naturaleza real propia de los censos, y atribuir al pensionista un simple derecho personal³⁵. La pretendida analogía de la renta vitalicia con el censo, es “más aparente que real”³⁶.

En suma, en lógica adhesión a la última de las posiciones expuestas, en la relación jurídica de renta vitalicia cualquiera que sea su fuente de constitución, el titular de la pensión pactada tiene un derecho de naturaleza personal a exigir su pago periódicamente al deudor en los plazos convenidos y mientras viva la persona cuya vida se toma como módulo. Que se pacte inicialmente una garantía personal o real que refuerce la posición del acreedor de la renta en su derecho a percibir la pensión, o que se convenga tal aseguramiento, ante el eventual incumplimiento por el deudor de su obligación de pago respecto de futuras pensiones, no varía la naturaleza de tal derecho; como tampoco el hecho de constituir a título gratuito una renta vitalicia, y excluir la pensión del embargo de las obligaciones del pensionista. No estamos ante un gravamen real del capital, sino ante lo que en toda la relación obligatoria supone binomio deuda-responsabilidad, quien asume una deuda (pago periódico de la renta) responde con todo su patrimonio (artículo 1911 del Código Civil).

Otras de las cuestiones planteadas en torno a la naturaleza de la renta vitalicia es sí el contrato de renta tiene carácter consensual o real. Es sabido que los contratos consensuales son aquellos que se perfeccionan con el mero consentimiento; y los contratos reales, serían aquellos que, o bien exigen para su perfección la entrega de la cosa (*datio rei*) en lo que representa la fase formativa del negocio (contrato real *quod constitutionem*); o bien, posee un efecto traslativo constitutivo, modificativo o extintivo de los derechos reales (contrato real *quod effectum*)³⁷.

Aunque, la regla general en nuestro sistema jurídico-civil es la consensualidad de los contratos (artículo 1258 del Código Civil), nada obsta para que, como

excepción a tal regla, el Código Civil disponga como requisito esencial para la perfección de algunos contratos, la entrega de la cosa. Como señala DE CASTRO, siguiendo una tradición secular que “el Código Civil considera contratos reales el préstamo y el depósito; lo que se armoniza con el haberlos caracterizado de esencialmente (el comodato) o de naturalmente (simple préstamo y depósito) gratuitos (artículos 1740, 1760). Esta construcción del tipo en la Ley como contrato real o formal no implica que se niegue la posibilidad de negocios atípicos de préstamo y de depósito. Cabe la existencia de un contrato de donación de uso o de custodia, plenamente eficaz con tal que conste por escrito el consentimiento de las partes; y un simple préstamo y depósito oneroso, en el que se dota de validez al consentimiento sobre el objeto y causa, siempre y cuando haya mutua promesa de prestaciones. Resulta, pues, reducida la exigencia de entrega o recepción de la cosa por ser un requisito de forma, para los préstamos y depósitos gratuitos contraídos verbalmente. Lo que no parece contrario, sino conforme al sentir común, que regularmente estima tales ofrecimientos o peticiones hechas meramente de palabra como origen de obligaciones sociales o de cortesía cuyo cumplimiento no cabe que sea exigido judicialmente”³⁸.

En este contexto, la doctrina española más tradicional, a la par que consideran que del contrato de renta vitalicia solo nace una obligación para una de las partes (deudor) que consiste en el pago de la renta o pensión, sostienen su carácter real, al exigir como requisito para su existencia la entrega del capital³⁹. Los efectos del contrato, pues, no nacerán, sino a partir de tal entrega, no existiendo hasta ese momento más que un precontrato o una simple promesa de renta⁴⁰. La obligación de pagar la pensión, por ende, no surge hasta que se haya hecho entrega del capital⁴¹. Por tanto, la perfección del contrato no depende del mero consentimiento, sino del acto de entrega de la cosa (capital). Tal carácter real del contrato se apoya en la dicción del artículo 1802 del Código Civil, cuando señala en su inciso final que el “*dominio se transfiere, desde luego con la carga de la pensión*”. Con ello, se exige, por los partidarios de tal calificación, como requisito para la existencia misma del contrato que el capital se transfiera “*desde luego*”⁴². Esta expresión tiene su origen en la preocupación medieval de represión de la usura, que hizo equiparar el censo vitalicio al censo consignativo. En la regulación de éste era normal la necesidad de entrega de capital de presente, generalmente ante notario. De ahí que, la Ley 6ª, Título XV, Libro X de la Novísima Recopilación, sobre tales premisas, dispusiera que el contrato de renta vitalicia era inexistente, en tanto en cuanto el escribano (notario) no diere fe de haberse realizado la entrega de capital⁴³.

Ahora bien, partiendo de la supresión de toda referencia en el Código Civil al censo vitalicio; cómo afirma JORDANO BAREA⁴⁴ “la categoría de contratos reales no obedece a ninguna razón especial, sino a un mero residuo histórico impuesto por el peso de la tradición”; y, por otra parte, la expresión “*desde luego*” del artículo 1802 es, como dice GOMA SALCEDO “un cabo suelto que ha dejado el Código al realizar la acertada operación de transformar el censo en contrato”⁴⁵; “o una reminiscencia del sistema anterior; o, en fin, un intento poco afortunado de los redactores del Código Civil por señalar que la transmisión del dominio tiene lugar sin aplazamiento a ningún momento posterior” como afirma GUILARTE ZAPATERO⁴⁶.

La doctrina española⁴⁷, al igual que la extranjera, se inclinan por atribuir al contrato de renta vitalicia, naturaleza consensual, sosteniendo que, por el mero acuerdo se produce su perfección y nacen las obligaciones recíprocas para ambas partes. Así, por una parte, se ha de transmitir el dominio del capital (bienes muebles e inmuebles), mediante su oportuna entrega; y de otra, se ha de pagar las pensiones o rentas en la cuantía y plazos convenidos. Las razones, algunas ya apuntadas, que se aducen para defender tal carácter son: “1) La regla general consagrada en el artículo 1258 del Código Civil, que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; 2) Su analogía con el contrato de compraventa; 3) La distinción entre los contratos reales y consensuales está superada en la doctrina más reciente; 4) La diversa redacción de los artículos que el Código Civil dedica a los contratos considerados como nominados y típicamente reales y la expresión utilizada por el artículo 1802 (“*desde luego*”). Así, el artículo 1740 al definir el contrato de préstamo, utiliza la expresión “entrega”; el artículo 1758 referente al depósito, la de “recibir” la cosa; y, el artículo 1863, en sede de prenda, dice expresamente que “para constituir el contrato” es preciso que “se ponga en posesión de la cosa al acreedor o a un tercero”. Expresiones todas ellas bien diferentes de la expresión “*desde luego*”; 5) La entrega de la cosa en el Derecho moderno no sustituye al consentimiento, ni condiciona la perfección del contrato, sino que representa un simple presupuesto y título justificativo de la obligación de devolver⁴⁸; 6) Como dice DEL MORAL “el pago de la renta es “siempre” un cumplimiento o pago de una obligación previa. De otra manera sería.... una entrega sin causa”⁴⁹.

La atribución de tal consensualidad se predica cualquiera que haya sido el título constitución de la renta vitalicia, pues, si no plantea dudas tal atribución en el contrato oneroso de renta vitalicia, menos aún en la renta vitalicia gratuita.

En suma, el contrato de renta vitalicia es consensual, se perfecciona por el mero acuerdo de las partes, sin que la entrega de capital en bienes muebles o inmuebles, constituya requisito indispensable para su perfección, sino presupuesto de su eficacia, de su ejecución o cumplimiento. La transmisión del dominio de los bienes muebles o inmuebles que constituyen el capital en contraprestación a la pensión o renta convenida, ha de insistirse, debe siempre tener lugar, pues de no materializarse, no cabe hablar de renta vitalicia. La entrega del capital como el pago de la renta puede convenirse que sea simultánea, pero también es posible, dentro del margen de autonomía que concede el artículo 1255 del Código Civil que se pacte diferir la entrega del capital a un momento determinado y posterior al pago de la pensión; o que la propia entrega preceda al pago de la misma.

En todo caso, se puede someter a condición suspensiva o resolutoria⁵⁰; y su cumplimiento puede ser asegurado por las garantías admitidas en Derecho, en especial la hipoteca que puede gravar los bienes inmuebles constitutivos del capital (artículo 157 de la LH)⁵¹.

3. CARACTERES DE LA RENTA VITALICIA

Frente a quienes, en los términos vistos, califican el contrato de renta vitalicia como principal, real, unilateral y aleatorio⁵²; la mayoría de la doctrina y jurisprudencia se inclinan, por además de mantener la aleatoriedad como un carác-

ter definitorio de aquel, por considerarlo de tracto sucesivo, nominado, típico, de atribución patrimonial, de duración y ejecución periódica, bilateral, consensual, y oneroso y sinalagmático, o gratuito, mediante donación, según que se haya optado por la entrega o no del capital como corresponsivo de la pensión⁵³.

A todos ellos, nos vamos a referir a continuación.

A. La aleatoriedad

La renta vitalicia es un contrato aleatorio, tal como dispone el artículo 1802 del Código Civil y el Título II donde está incluido dedicado a los contratos aleatorios o de suerte. Tal aleatoriedad consiste en la incertidumbre que representa para las partes contratantes el término final del vínculo obligatorio, esto es, lo que durará la obligación de pagar la renta en cuanto depende de un elemento objetivamente incierto como es el tiempo exacto que durará la vida que se toma como módulo para medir la duración de la relación jurídica de renta vitalicia⁵⁴. Tal “alea” afecta, asimismo, al resultado final, esto es, a las pérdidas o ganancias que obtendrán, puesto que no se sabe cuál será el número total de anualidades que el deudor tendrá que satisfacer y, si el capital entregado será superior o inferior a las rentas que aquel debe abonar⁵⁵. Las partes contratantes han querido y aceptado el riesgo que supone el negocio en sí y su resultado –sino no se habrían vinculado contractualmente-, y habrán probablemente calculado, si bien, de una forma aproximativa, las ganancias o eventuales pérdidas que obtendrán. Todo depende del término final del contrato, que se concreta en la duración de la persona cuya vida se contempla. La existencia del elemento de la aleatoriedad es, pues, esencial en este contrato y común para ambas partes desde el momento de celebración del contrato.

En tal sentido, debe tener lugar lo que se denomina equivalencia del riesgo entre las partes en el momento de estipulación del negocio; en consecuencia, debe existir igual posibilidad de pérdida o de ganancia a la conclusión del mismo, pues ambas desconocen cuándo va a producirse el término final de aquel dependiente del momento de la muerte de la persona cuya vida se ha contemplado como módulo de la relación⁵⁶. No debemos olvidar que a tal incertidumbre aparece vinculada la aleatoriedad en la renta vitalicia; y que en lógica consecuencia, el resultado económico no puede ser más o menos oneroso solo para una de las partes⁵⁷.

Precisamente, si existe una falta de reciprocidad en la asunción del riesgo de ganancia y de pérdida, así, cuando la renta o pensión que haya de entregarse, sea igual o inferior a los frutos o intereses que produce el bien o capital entregado; en tal supuesto, como señala BADENAS CARPIO “nos hallamos ante la falta de alea subjetivo, el negocio existe, pues posee causa, pero ésta ya no será onerosa, sino gratuita⁵⁸. Podrá ser eficaz como donación indirecta, o como donación onerosa o modal. Pero si, de la indagación de la voluntad de las partes resulta que está excluido cualquier *animus donandi*, deberá concluirse que tal exclusión del riesgo comporta la anulabilidad del negocio por error, dolo o falsedad de causa⁵⁹; o su rescisión por lesión, pues, el perjuicio que experimenta una de las partes no es consecuencia de la aleatoriedad propia, sino de factores ajenos al contrato, no previstos ni queridos por los interesados”⁶⁰.

Ahora bien, si se diera el caso que la persona cuya vida sirve como módulo, estaba fallecida a la fecha de perfección del contrato o padecía una enfermedad que llegue a causarle la muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha (artículo 1804 del Código Civil) y la renta vitalicia ha sido estipulada sobre tal vida; nos encontramos en tal supuesto, como indica, de nuevo, BADENAS CARPIO, ante una falta de aleatoriedad objetiva, que tiene como consecuencia la nulidad del contrato por ausencia del elemento causal del negocio⁶¹.

Distinto de la aleatoriedad como elemento esencial del contrato de renta vitalicia, es la condicionalidad, a la que puede someterse como cualquier otro negocio jurídico. Si media una condición como elemento accidental, según sea suspensiva o resolutoria, la propia existencia del contrato de renta vitalicia o, en su caso, la resolución de su productividad queda pendiente de que tenga lugar el evento condicional⁶².

La alea que, representa la extinción de la vida tomada como módulo, no afecta, en cambio, a la eficacia del contrato, a diferencia de la condición, sino al resultado económico final de mayor o menor pérdida o ganancia⁶³.

Por último, señalar que la aleatoriedad de la renta vitalicia produce la inaplicabilidad de la rescisión por lesión, únicamente, y en los términos vistos, cuando el perjuicio (lesión) que experimente una de las partes tenga su origen en el elemento propio y típico del negocio, es decir, en la mayor o menor duración de la vida tomada como módulo⁶⁴.

B. Unilateralidad o bilateralidad en el contrato de renta vitalicia

Como apuntamos en líneas precedentes, quienes se mostraban partidarios del carácter real del contrato afirmaban, asimismo, su unilateralidad. Para ello, argumentaban que, una vez perfecto el contrato con la entrega de bienes que constituye el capital por parte del acreedor, aquel no produce más obligaciones que para el deudor de la renta; pues, como dispone, además, el artículo 1802 Código Civil este contrato “*obliga al deudor*”, sin mencionar ninguna obligación para el pensionista; y, asimismo, el artículo 1805 del citado cuerpo legal niega expresamente la resolución por falta de pago de las pensiones⁶⁵. Como observa LACRUZ BERDEJO para quienes defienden tal carácter, “la entrega de bienes incorporada al acto de celebración del contrato no sería, entonces una “prestación”, sino un elemento constitutivo de la relación”⁶⁶.

Tal opinión en la actualidad aparece revisada por la generalidad de la doctrina⁶⁷, afirmando el carácter bilateral del contrato de renta vitalicia constituido a título oneroso, puesto que nacen obligaciones recíprocas para ambas partes. Una, se obliga a transmitir el capital y otra, a pagar la pensión o renta, sin que la circunstancia de que una de las obligaciones deba cumplirse con posterioridad sea argumento para desconocer tal carácter⁶⁸, ni asimismo, el hecho que el artículo 1805 del Código Civil niegue la resolución del contrato por falta de pago de las rentas (y, por tanto, la aplicación del artículo 1124 del Código Civil), pues, de optarse por la unilateralidad, tal precepto resultaría innecesario⁶⁹. Por otra parte, como afirma BELTRÁN DE HEREDIA⁷⁰, si se considerase como única obligación a cumplir la que asume el deudor de pagar las pensiones, habría de llegarse a la

conclusión que la entrega del capital o se hace sin causa⁷¹, o supondría un acto de donación a título gratuito, en que la causa sería la pura liberalidad del constituyente”. En todo caso, precisa “la entrega de la cosa no es un momento extra ni precontractual, sino un derivado necesario y obligatorio del contrato”. A estos argumentos, añade DE AZURZA Y OSCOZ que “el hecho de que una (obligación) sea actual, presente, efectuada en tracto único, mientras que la otra, la renta, sea parcialmente futura, de tracto sucesivo, no es obstáculo para ello (para la bilateralidad) como tampoco lo es, por lo menos en términos insuperables, el que la paridad entre ambas prestaciones sea más o menos problemática, lo que supone la intervención de un elemento la alea”⁷².

Ahora bien, mientras la bilateralidad se atribuye como característica del contrato de renta vitalicia onerosa; la renta constituida a título gratuito entre el que será deudor de la misma y el beneficiario constituye, si se conviene *inter vivos*, una donación que como tal, supone un contrato que necesita de oferta del donante y aceptación del donatario (dos declaraciones de voluntad-contrato bilateral)⁷³; pero, al excluirse la reciprocidad por parte del beneficiario, pues sólo origina una obligación, la de entregar la pensión por parte del deudor, esto es, obligación para una sola de las partes, es un negocio jurídico unilateral, a menos que estemos ante una donación onerosa⁷⁴. Si, aquella renta constituida a título gratuito, se conviene *mortis causa*, podrá serlo a través de un negocio jurídico unilateral como el testamento⁷⁵.

Coincidimos con GUILARTE ZAPATERO en que resulta poco convincente desde un punto de vista técnico, el que se pretenda explicar cómo hace SCAEVOLA, el contrato de renta vitalicia, como unilateral o bilateral, según el momento que de su existencia se tome como referencia. Así será bilateral en el instante de su otorgamiento o constitución, pues sobre ambas partes pesa alguna obligación, concretamente, ceder el dominio del capital para una y el pago de las rentas o pensiones para otra; mientras que en un momento posterior será ya unilateral⁷⁶.

C. Onerosidad y gratuidad

Relacionado con la causa (artículo 1274 del Código Civil) y con las posibles fuentes de constitución de la relación contractual de renta tiene el carácter oneroso o gratuito, que se le puede atribuir a la misma⁷⁷.

El supuesto más habitual de constitución y como anticipamos, en líneas precedentes, dedica más preceptos a su regulación nuestro Código Civil, es a la renta vitalicia onerosa en que la prestación de cada parte tiene su causa en la contraprestación de la otra. En lógica consecuencia, una de las partes se obliga a pagar una pensión periódica; mientras que, a lo que se obliga la otra es a entregar un capital como contraprestación precisamente a la pensión o renta que se recibe, lo que le califica también de sinalagmático.

La onerosidad del contrato de renta vitalicia supone la atribución de las normas de tal categoría contractual en defecto de las que específicamente le resultan aplicables. De ahí, la obligación de saneamiento, como veremos, de quien entrega el capital, como corresponde a todo contrato oneroso transmisivo de titularidad;

y, la eventual aplicación del artículo 1124 del Código Civil, pese a lo que dispone el artículo 1805 del citado cuerpo legal, si así lo pactan las partes.

Asimismo, tal onerosidad elimina todo posible perjuicio a la legítima de los herederos forzosos del constituyente, pese a que el capital transmitido vacíe el patrimonio de éste. Y aunque, además, como señala LA CRUZ BERDEJO, se hubiese celebrado con esa idea por ambas partes, parece que la acción de los legitimarios contra el deudor de la renta, habrá de ser de daños⁷⁸.

Por otra parte, la renta vitalicia puede constituirse mediante un negocio a título gratuito, como así lo prevé de manera escueta el artículo 1807 del Código Civil. Y puede definirse, en palabras de BADENAS CARPIO, “como aquel contrato en cuya virtud una persona (donante-deudor) con ánimo de liberalidad se empobrece en parte de su patrimonio mediante la entrega periódica de renta a favor de otra (donatario-acreedor) que acepta el beneficio –con el que se enriquece– durante el tiempo de vida de la persona que se contempla en el contrato”⁷⁹.

A las rentas vitalicias pactadas con este carácter le serán aplicables el régimen general de las donaciones, no sólo en cuanto a los requisitos de forma y capacidad, sino también todo lo relativo a sus efectos, limitaciones, colación, revocación y reducción; o, el de los legados cuando tengan su fuente en uno de ellos.

En cuanto a su constitución puede acontecer de diversas maneras: como donación pura, “*inter vivos*”, al amparo del artículo 618 del Código Civil o “*mortis causa*”, de conformidad con el artículo 620 del citado cuerpo legal; como donación indirecta, cuando existe, en los términos vistos, una manifiesta desproporción entre las prestaciones de los contratantes; o como *negotium mixtum cum donationem*, que reviste al mismo tiempo los caracteres de onerosa y gratuita⁸⁰; o por último, es posible que la renta vitalicia se constituya onerosamente entregando el capital a quien recíprocamente asume la obligación de pagar la renta, pero estableciendo como beneficiario y, por tanto, preceptor de la renta a un tercero distinto del constituyente. Se trata de un contrato a favor de tercero sometido a la norma del artículo 1257.2 del Código Civil, y que requiere para su eficacia la aceptación de tal tercero.

Ahora bien, relacionado con la aleatoriedad como elemento esencial del contrato de renta vitalicia, que como expusimos, genera en ambas partes la incertidumbre al tiempo de formalizarse el contrato tanto de su duración como del resultado económico final; por el contrario, no plantea dudas en la doctrina su aplicación como tal carácter, cuando estamos ante un contrato de renta vitalicia oneroso, pues, se coincide en afirmar que el alea (riesgo de pérdida o ganancia y duración de la obligación) es compartida por ambos contratantes. Además, de resultar favorecido el binomio aleatoriedad-onerosidad precisamente por la propia definición de contrato aleatorio del artículo 1790 del Código Civil.

Pero que sucede cuando la renta se constituye a título gratuito, se entiende, sin embargo, que tal carácter no opera en el supuesto debatido, pues, tal alea (riesgo) no existe, ni es compartida, una de las partes (donatario) no pierde nunca, solamente gana. Hay incertidumbre para el donatario “en cuanto al *quantum* de la ganancia dependiente de la duración del contrato, pero no de la ganancia en sí misma”⁸¹.

Frente a esta posición, GUILARTE ZAPATERO señala que “habrá más o menos riesgos, pero el alea existirá siempre, incluso en la renta a título gratuito cual-

quiera que sea su modalidad concurre la aleatoriedad del resultado, que afectará económicamente a quien sea el deudor de la misma, donante o un tercero, y al propio beneficiario, si no es su vida la tomada en consideración como medida de la renta, que experimentará con mayor o menor extensión las consecuencias de la liberalidad”. Ciertamente, añade “en la renta vitalicia a título oneroso, la aleatoriedad ofrece una mayor relevancia o eficiencia causal que en la gratuita, donde aquélla aparece, acaso desplazada o en un segundo plano respecto de la mera liberalidad”⁸². En el mismo sentido, RODRÍGUEZ RAMOS para quien “el negocio jurídico gratuito de renta vitalicia no es aleatorio por estar donde está, sino por ser lo que es. Y no por gratuito, por vitalicio (...). Parece fácil negar tal hipótesis, aferrándose al argumento recurrente y solitario del “beneficio neto conocido”; es decir, negando para esta renta vitalicia al ser gratuita para quien la recibe, la existencia *per se* de un margen de ganancias, porque, en todo caso, gana el rentista, tanto si la muerte de la vida módulo sobreviene de súbito, como si se dilata un siglo (...). El negocio jurídico de renta vitalicia es aleatorio, sea gratuita u onerosa. Son aleatorios, sin duda, los negocios de renta de los artículos 99 y 839 del Código Civil, por mediar “un equivalente” que se conmuta para mejor o peor fortuna de las partes; así como las rentas destinadas a fines asistenciales, pero no fijadas sobre la vida del que la necesita, sino sobre la vida de un tercero, o del que la paga. Y porque es inadmisibles que dentro de los gratuitos unos lo sean y otros no”⁸³.

En este contexto, nadie duda que el contrato oneroso puede ser aleatorio, pero hemos de convenir, también con DE CASTRO que, aun definiendo como lo hace el artículo 1790 del Código Civil al contrato aleatorio como “si fuera más típicamente oneroso que el mismo contrato oneroso definido en el 1274 del citado cuerpo legal parece imposible aceptar que todos los contratos aleatorios resulten sometidos al régimen propio de la causa onerosa”⁸⁴. Por otra parte, la aleatoriedad implica que las partes desconocen el *quantum* de la prestación final al tiempo del otorgamiento del contrato; que tal cuantía depende de cuando tenga lugar la muerte de la vida que se toma como módulo; y de una voluntad común de los interesados de asumir ese riesgo. Y, si bien, es cierto que en la renta gratuita se desconoce la duración del contrato, como el *quantum* final de la renta o pensión a recibir; lo que está claro es que no existe una voluntad recíproca de asumir el riesgo de la extensión y duración incierta de la relación obligatoria de renta. El alea no tiene valor de elemento esencial del negocio. En los supuestos citados, de pensión por desequilibrio económico del artículo 99 del Código Civil y de la cuota legitimaria viudal estamos ante supuestos de rentas vitalicias legales o *ex lege*. Como consecuencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad nuestro ordenamiento posibilita que se conmuten por una renta vitalicia las pensiones indicadas. En ambos casos, existe una asunción de riesgo recíproco por las partes que participan en tal negocio, esto es, el *ex cónyuge* deudor de la pensión o los herederos, por un lado, y el *cónyuge* separado o supérstite, por otro, respectivamente, pues, está claro que, si se ha tomado como vida módulo, la del *cónyuge* separado o supérstite respectivamente dependiendo de cuanto dure la misma, unos u otros ganarán o perderán.

Por su parte, como señala RODRÍGUEZ MORATA “no existe obstáculo alguno en nuestro Derecho a que las partes libremente acuerden celebrar un contrato de renta vitalicia “*parcialmente gratuito*”, bien conviniendo una renta reducida (el simple interés legal, por ejemplo) cuando la cosa entregada produzca un rendi-

miento superior; o bien, fijando una renta elevada frente a un rendimiento inferior. Si éste fuera la verdadera intención de las partes, el contrato será válido y eficaz, desenvolviéndose como una especie de “donación onerosa o remuneración o modal”, o simplemente “indirecta”, para la que aquella intención habrá de expresarse en la forma categórica de un “*animus donandi*” con respecto al contratante que hiciese dejación de su derecho en la relación”⁸⁵.

D. Negocio de ejecución periódica y de atribución patrimonial

Finalmente, la renta vitalicia es un negocio “de duración” o “de tracto sucesivo”, pues, la entrega de la renta o pensión no tiene lugar en un solo acto y mediante un solo pago, sino que precisa de una ejecución periódica.

Pese a que se proyecta a lo largo del tiempo mediante el pago de pensiones periódicas en un número indeterminado, existe unanimidad en la doctrina para considerar que el negocio de constitución de la renta es único y no da lugar a una pluralidad de negocios⁸⁶. Igualmente, coinciden en afirmar que, como negocio de duración y ejecución periódica, implica una sola obligación general y única; si bien, dividida en “otras particulares cuantas sean las prestaciones periódicas”⁸⁷; y participan “por una parte, de la naturaleza de contrato sometido a término final incierto; y, por otra, se encuentran afectadas por un término de carácter cierto y periódico que determina sus respectivos pagos”⁸⁸.

Y, asimismo, es un negocio de atribución patrimonial en cuanto supone un incremento del patrimonio del rentista (acreedor de la renta), que recibe por un plazo indeterminado la pensión o renta en dinero o en cosas fungibles según se haya convenido.

E. Contrato típico o atípico.

Se trata de un contrato típico con una regulación específica (artículos 1802 a 1808 del Código Civil) y, la renta vitalicia es la descrita en el primero de los preceptos señalados. En todo caso, como precisa LACRUZ BERDEJO “al amparo de la autonomía de la voluntad se puede pactar el pago de una renta consistente en cualesquiera bienes, durante cualquier espacio de tiempo, a trueque de cualquier contraposición o sin ella”⁸⁹.

4. FINALIDAD DE LA RENTA VITALICIA

La doctrina coincide en afirmar como finalidad de esta institución la de proporcionar al preceptor de la renta unos ingresos fijos a los efectos de su subsistencia, lo que resulta particularmente atractivo para quienes carecen de ellos, o, si los tiene son escasos en su cuantía⁹⁰.

Resulta como tal instrumento privado de provisión de fondos especialmente apto para personas de edad avanzada, discapaces o dependientes, sobre todo cuando se conviene a título gratuito, mediante donación.

Aunque el supuesto más frecuente de constitución sea mediante un contrato oneroso, en que se cede como capital un inmueble (habitualmente, la vivienda

familiar), a cambio de una pensión. Normalmente, tal inmueble es propiedad de ambos cónyuges bajo el régimen de gananciales, y se contrata la renta para los dos como beneficiarios de la misma, pactando, a su vez, en caso de fallecimiento de cualquiera de ellos que, proceda la reversibilidad en el sobreviviente.

5. CONSTITUCIÓN DE LA RENTA VITALICIA

A. Elementos personales

En la renta vitalicia son dos las partes contratantes -que no son dos personas, pues en cada parte pueden haber una o varias personas, como veremos-: el titular del lado activo, que el Código Civil denomina una veces “preceptor de renta” (artículo 1805) y otras “pensionista” (artículo 1807); y al que la doctrina llama, igualmente, de forma desigual “constituyente de la renta”, “beneficiario”, “acreedor de la renta”, “rentista”⁹¹, “contratante de la renta”⁹², “vitaliziato”⁹³, e incluso, por influencia francesa “credirrentista”⁹⁴. El más utilizado es el de constituyente de la renta⁹⁵ o acreedor de la renta⁹⁶, por lo que nos inclinamos por tales expresiones. Es la persona que transmite el capital, en dinero o bienes muebles o inmuebles, bien en su propio beneficio, bien en el de un tercero, a cambio de una pensión o renta; es, por ello, el constituyente del derecho a percibir la renta sin que sea en todos los casos el titular de ese derecho; y, del otro lado, aquel que ocupa la posición pasiva, el deudor de la renta o pensión que, es al que se refiere expresamente el artículo 1802 del Código Civil, adquiere la propiedad del capital en bienes mueble o inmuebles, y está obligado en su contraprestación, al pago de la pensión o renta pactada. Asimismo, recibe diversas denominaciones, “debirrentista”⁹⁷, “vitalizante”⁹⁸, siendo la más utilizada la de deudor de la renta o pensión.

Además, de estos sujetos, pueden intervenir un tercero, que bien puede recibir la pensión o renta convenida como beneficiario con lo que estaremos ante un contrato a favor de tercero (artículo 1257.2 Código Civil) requiriéndose su aceptación; o puede ser ese tercero el titular de la “vida módulo” al que se refiere el citado artículo 1802, cuya duración se tiene en cuenta para fijar la que corresponde a la renta vitalicia.

La situación más habitual es la del acreedor que es beneficiario de la renta y, además, su vida se toma como módulo para determinar la vigencia de la renta. Pero, igualmente, puede tomarse como tal módulo, la del deudor mismo, o la de un tercero, o la de varias personas determinadas (artículo 1803 del Código Civil).

Desde tal perspectiva, son cuatros los sujetos que pueden intervenir en el negocio de renta vitalicia, además de las partes contractuales, el pensionista o beneficiario de la pensión, y la persona o personas sobre cuya vida se determina la duración de tal negocio; y, asimismo, diversas las hipótesis en que pueden presentarse los elementos personales de la relación jurídica de renta vitalicia. De forma sintética, GUILARTE ZAPATERO señala las siguientes:

“A) Renta constituida a favor de la persona que transmite el capital a quien habrá de pagarse la pensión mientras viva con la variante que también puede ser la vida del deudor la tomada como módulo. En ambos casos, solo intervendrán como elementos personales de la relación, los sujetos que celebran el contrato,

asumiendo la vida de uno de ellos la función de servir de medida de duración de la renta; B) Renta constituida a favor de varias personas que aparecen como sujetos del contrato y a quienes habrá de pagarse la pensión conjunta o sucesivamente, mientras viva la última de ellas; C) Renta constituida a favor de uno o varios constituyentes, tomado como vida módulo la de un tercero o de varias personas ajenas a la relación; y, D) Renta constituida a favor de una o varias personas extrañas al contrato, que admite la doble variante, según que la vida contemplada sea la del propio beneficiario o de los beneficiarios, o la de persona o personas distintas, ya se trate del deudor de la renta, del constituyente de la misma o de un extraño⁹⁹.

Ahora bien, en este contexto, coincide la doctrina en afirmar que las partes del negocio de renta vitalicia: deudor y acreedor de la misma, pueden ser tanto persona física como jurídica; y, que deberán gozar tales sujetos de plena capacidad jurídica, ante el carácter dispositivo y aleatorio que caracteriza a este negocio que, produce para los sujetos intervinientes evidentes repercusiones patrimoniales. Supone la realización, en la mayoría de los casos, de actos de disposición que exceden, de los límites de una simple administración¹⁰⁰. Tratándose de personas físicas podrá actuar por sí o por medio de representante, debidamente autorizado en la forma establecida en el artículo 1259 del Código Civil, precisando en tal caso, de mandato expreso tal como dispone el artículo 1713.2 del citado cuerpo legal¹⁰¹. Si son personas jurídicas, salvo que exista disposición estatutaria que expresamente lo prohíba, su actuación se llevará a cabo por sus órganos legales de representación¹⁰². Asimismo, se indica que la posición de tales partes podrá ser cedida *inter vivos*, como transmitida *mortis causa*, salvo que para este último caso se haya tomado como vida módulo la del propio deudor, o la del acreedor.

Sin embargo, solo podrá ser persona física, la persona sobre cuya vida se fija la duración del negocio de renta vitalicia para evitar situaciones de perpetuidad.

Sobre las bases generales expuestas, atendiendo a la compleja estructura personal de esta institución, corresponde, a continuación, particularizar nuestro análisis en cada uno de los posibles sujetos intervinientes.

a) Constituyente o acreedor de la renta

Como hemos señalado, es el sujeto que entrega el capital (los bienes muebles o inmuebles); y, por tanto, el que adquiere, en principio, el derecho a la pensión, bien para sí o para un tercero. Es, en esencia, la persona que ostenta la titularidad del derecho de crédito a la renta o pensión. Aunque no se refiere expresamente a tal sujeto el artículo 1802 del Código Civil, si lo hace de quien precisamente ostenta la titularidad pasiva, y se compromete y queda obligado a pagar la pensión a cambio de la percepción del capital.

Generalmente, el que constituye la renta lo hace en su propio beneficio y su vida sirve de módulo, es decir, representa la contingencia de la que depende la prestación del obligado. Coincide en un mismo sujeto, el acreedor/beneficiario y persona cuya vida se toma como módulo¹⁰³.

Puede ser una sola persona (física o jurídica) o ser varias, el acreedor o constituyente de la renta¹⁰⁴. Puede actuar la persona física por sí mismo o mediante apoderado¹⁰⁵. Lo más frecuente es que la relación jurídica de renta vitalicia se

presente con un solo sujeto en el lado activo y pasivo respectivamente. Pero de no pactarse así, en el supuesto de titularidad plural en la parte activa, puede convenirse que tal constitución de más de un sujeto acreedor tenga lugar bien de forma simultánea o sucesiva. En el primer supuesto, los preceptores de la pensión disfrutarán al propio tiempo de la misma, resultando de aplicación las reglas de comunidad, mancomunidad y solidaridad. De tratarse de matrimonio, cuyo régimen sea el de sociedad de gananciales, la entrega de un bien o capital ganancial a cambio de la pensión, salvo pacto en contrario, puede determinar que la renta se entienda dividida en partes iguales entre ambos (artículo 393 del Código Civil). De establecerse la concurrencia en forma de mancomunidad simple, se presume dividido el crédito en tantas partes iguales como sean los acreedores, tal como establece el artículo 1138 del Código Civil. Así, de un negocio único, se derivan varias relaciones de renta (tantas como acreedores haya)¹⁰⁶. Cada uno de éstos tiene solo derecho a exigir individualmente su propia cuota de renta; y, el deudor, salvo pacto en contrario, estará obligado a pagar de manera exclusiva a cada acreedor la parte de la pensión que a cada uno corresponda. En principio, las cuotas se presumen iguales, salvo que se disponga otra cosa en el título. De convenirse expresamente la solidaridad (artículo 1137 último inciso) cada uno de los acreedores podrá exigir la totalidad del importe de la pensión o renta al deudor o deudores (artículo 1142); y, éste o éstos, cumplir con la entrega de aquel a cualquiera de los acreedores, liberándose así de su obligación frente a todos los demás; correspondiendo, no obstante, en virtud de las reglas que presiden la solidaridad activa, al acreedor que ha recibido el importe de la renta, su división y entrega a los restantes acreedores. En sus relaciones internas, precisamente, cada acreedor tiene derecho a la cuota-parte de la renta que se ha fijado en el título constitutivo que, en principio, será por partes iguales, a salvo que la obligación de renta se haya estipulado en otros términos, así por ejemplo, en interés exclusivo de un solo acreedor¹⁰⁷.

En todo caso, al deudor que se le reclama el importe total de la renta o pensión, no podrá valerse de la excepción personal que, corresponde a otro acreedor solidario distinto del reclamante.

De no especificarse de forma expresa en la relación jurídica de renta, cuáles son las reglas que han de presidir esta vinculación plural de acreedores, resultara de aplicación las normas propias de la mancomunidad simple, atendiendo precisamente a lo que constituye la norma general en caso de pluralidad de acreedores y de deudores¹⁰⁸.

Ahora bien, si tal titularidad plural se conviene de manera sucesiva, el preceptor de la renta únicamente será aquél que en cada período le corresponda percibir aquella, siguiendo el orden establecido. Entrará en el disfrute de la renta o bien, una vez desaparecido el precedente, o bien porque se convenga un plazo para el disfrute de la renta, que, una vez finalizado, corresponde el percibo de aquella al siguiente. Por supuesto, la sucesión resultará operativa, mientras no fallezca la persona o personas sobre cuya vida o vidas han sido tomadas como módulo de la relación, sean ésta o éstas, las del propio o propios beneficiarios o las de un tercero o terceros extraños.

En todo caso, la designación sucesiva de varias personas como acreedores y a la vez como beneficiarias de la pensión, la doctrina considera aplicable el límite impuesto en los artículos 781 y 789 del Código Civil¹⁰⁹.

En este contexto, puede plantearse que sucede, cuando constituida la renta a favor de distintos beneficiarios que entran de forma simultánea en el disfrute de la misma, uno de ellos fallece o renuncia a su derecho. La doctrina se encuentra dividida, para unos autores, al igual que dispone el artículo 1874 del Código Civil italiano de 1942 y el artículo 1241 del Código Civil portugués tendrá lugar el derecho de acrecer entre los beneficiarios. Así, la parte de la renta correspondiente al acreedor premuerto acrece a los restantes y su derecho no se transmite a sus herederos, salvo pacto en contrario¹¹⁰; para otros, se transmitirá el percibo de la parte de la renta a sus herederos, argumentando para ello que, si conforme disponen las reglas de nuestro Código Civil, cuando hay una pluralidad de acreedores o deudores se entiende dividido el crédito y la deuda en tantas partes como acreedores y deudores haya, surgiendo, por tanto, del vínculo contractual único, una serie de relaciones crediticias distintas y separadas; de forma que, cada uno de los acreedores y deudores tiene una parte perfectamente independizada de la que corresponde a los demás, sin posibilidad de mezcla ni confusión, pues, resultaría contrario a tal regla el que “subsistiera el crédito del acreedor premuerto porque en los términos expuestos, desde un principio se contempló individualizado y lo lógico es que pase a sus herederos”¹¹¹.

Tal planteamiento que resulta lógico cuando se ha pactado la mancomunidad. Admite dudas cuando se aplican las normas de la solidaridad y las partes no han convenido nada al respecto. Pues, existe un solo derecho de crédito con varios titulares, pudiendo cualquiera de ellos, -sin perjuicio de su responsabilidad frente a los demás- ejercerlo frente al deudor por su totalidad y parece que fallecido uno de ellos, los restantes podrían invocar el derecho de acrecer por su parte del crédito. Sin embargo, esta apariencia, en palabras del profesor BELTRÁN DE HEREDIA “queda desvirtuada por la regulación positiva de la solidaridad en nuestro Código Civil al encontrarnos en el mismo con una serie de preceptos que, aunque dictados fundamentalmente para el caso de solidaridad pasiva, tienen un valor general, que demuestran la concepción legislativa favorable a la autonomía e independencia de los créditos de los diversos acreedores solidarios: así los artículos 1140, 1144 1145 y 1148 del Código Civil. En virtud de esta independencia y autonomía, la duda debe resolverse en el mismo sentido que cuando se trata de mancomunidad simple”¹¹².

En similares términos, se pronuncia para el Derecho italiano, ANDREOLI, para quien “desde un punto de vista racional, hay que entender el artículo 1874, como únicamente referible a la renta que se haya pactado conjuntamente, -un solo acto formal de renta, singularmente debido a una pluralidad de acreedores-, y no a la hipótesis en la que formalmente una pluralidad de acreedores son titulares parciales, pues, es inconciliable con el acrecimiento, la existencia de una serie de relaciones de renta separadas y distintas, que desde su origen están perfectamente delimitadas. Todo ello, sin perjuicio de que las partes manifiesten una voluntad contraria al acrecimiento, lo que supone una derogación de tal norma. No hay, por tanto, una renta constituida a favor de varias personas, como expresamente requiere el citado artículo 1874 para que se produzca el derecho de acrecer, en la hipótesis de una pluralidad de acreedores titulares - mancomunadamente- de distintos créditos de rentas parciales, sino la constitución contextual, en un único

acto formal -el contrato- de varias rentas vitalicias singularmente debidas a favor de distintos acreedores”¹¹³.

Junto a las opiniones expuestas, no faltan quienes, en la doctrina francesa trasladan la decisión sobre esta cuestión al Juez. Si, en principio, todo depende de la voluntad de las partes; en caso de duda, el juez deberá actuar y decidir según los términos del acto de constitución de la renta o de las circunstancias del caso¹¹⁴.

De forma que, a falta de una disposición concreta de aquéllas favorable al acrecimiento, parece como mejor opción, en este supuesto de pluralidad de acreedores, que la premoriencia de cualquiera de ellos conlleve la transmisión de su cuota a quienes serán sus herederos, pues, de otra forma se perjudicaría los intereses de éstos¹¹⁵.

Sobre tales bases, no obstante, matiza QUIÑONERO CERVANTES que “cuando se hace designación conjunta de beneficiarios y se concreta no sólo las personas, sino también la atribución cuantitativa de la renta correspondiente a cada una de ellas, solo es posible el acrecimiento, cuando hubiese sido pactado de manera expresa; si la designación sólo se hace en cuanto a cuáles sean las personas beneficiarias, pero la atribución de renta es conjunta, el acrecimiento se producirá como consecuencia del principio *concurso partes fiunt*”, pero la intención del constituyente es designar como beneficiarios en el “*totum*” del derecho de renta.¹¹⁶

En todo caso, de no disponerse expresamente en el negocio jurídico de renta que en caso de fallecimiento del constituyente su parte acrece a los demás, -pacto que será habitual entre cónyuges, si ambos son los acreedores de la renta-; y, asimismo, en el caso no haberse convenido nada al respecto como no se puede deducir claramente cuál es la intención del constituyente la cuota del premuerto pasa a los herederos¹¹⁷.

Precisamente, con relación a la renta constituida a favor de un matrimonio, y pese a que como el Código Civil español no contiene mención expresa, una parte de la doctrina española¹¹⁸ se muestra partidaria de posibilitar en este supuesto, la reversión de la renta a favor del beneficiario sobreviviente. Máxime, cuando, además se ha tomado como módulo para determinar la duración del contrato de renta la vida de ambos cónyuges. No obstante, al igual que ocurre con el acrecimiento, resultaría conveniente la inclusión de cláusulas de reversibilidad en los contratos de renta vitalicia para asegurarse que la pensión será satisfecha en su totalidad al cónyuge sobreviviente y, que no se verá disminuida como consecuencia de fallecimiento de uno de los acreedores.

De cualquier forma, la extinción o reducción parcial de la renta por fallecimiento de uno de los acreedores-constituyentes sólo tendrá lugar, si se dispuso expresamente por las partes.

Por otro lado, como señalamos, es posible la concurrencia de sujetos en el lado activo sea también sucesiva. Cada uno de los acreedores percibirá la renta en el orden establecido transmitiéndose de uno a otros a partir del fallecimiento del anterior en grado de sucesión; obviamente, no se plantean problemas de acrecimiento ni de transmisión del derecho a la pensión a los herederos. Esta situación se mantendrá, asimismo, mientras viva la persona cuya vida se ha tomado como módulo, que, como hemos indicado, puede ser la de los acreedores, y dependerá si se ha convenido que a la muerte de alguno de ellos se extingue la renta o solamen-

te con la del último; o, en fin, puede ser aquella la de un tercero o terceros extraños o la del propio deudor.

El acreedor puede ser, cualquier persona, incluso un no nacido o un no concebido en el momento de convenirse la renta. Tanto para este último supuesto como para la designación sucesiva de varias personas como acreedoras y a la vez, beneficiarias de la pensión la doctrina estima de aplicación como límite de lo dispuesto en los artículos 781 y 789 del Código Civil cuando la renta se ha constituido a título gratuito¹¹⁹; no así para cuando se ha convenido a título oneroso, pues, “la finalidad perseguida por el legislador de limitar la duración del derecho (en este caso, percibo de la renta) se consigue aquí con la vinculación a la vida en consideración a la cual se constituye la relación”¹²⁰.

En todo caso, en el negocio de renta vitalicia, el límite que marca el citado artículo 781 del Código Civil puede referirse a las varias personas de cuya existencia depende la duración de la obligación de pago de la pensión¹²¹.

Por último, como apuntamos, igualmente, en líneas precedentes, puede que el acreedor o titular originario de la renta no coincida con el actual, porque o bien ha tenido lugar la transmisión *inter vivos* de su crédito; o bien, como consecuencia de su muerte y mientras viva la persona cuya vida se ha tomado como módulo su crédito se ha transmitido *mortis causa* a sus herederos y, como tal derecho es renunciabile¹²². Y, como señala RODRÍGUEZ MORATA “es posible el cambio de personas en la posición activa (acreedor de la renta) utilizando el mecanismo de la cesión de crédito. Del mismo modo es posible la sustitución de la persona del deudor, si bien en este caso resulta necesario el consentimiento del acreedor”¹²³.

b) Deudor de la renta o titular pasivo de la relación

Es quien, como expusimos, recibe el capital y se obliga a pagar periódicamente al acreedor-beneficiario la pensión o renta pactada durante la vida de la persona designada en el contrato como módulo, a cambio de un capital en bienes muebles o inmuebles tal como dispone el artículo 1802 del Código Civil¹²⁴. Esta posición de deudor puede variar de diversas formas: bien, por sustitución *inter vivos* del deudor mediante el mecanismo de la novación subjetiva pasiva para lo que necesitará del consentimiento del acreedor (artículo 1205 Código Civil), siendo éste el constituyente de la renta que puede o no coincidir con el beneficiario; bien, por sucesión *mortis causa*, en caso de fallecimiento de aquél, siempre que por supuesto permanezca viva la persona cuya vida se tomó como módulo. Los herederos suceden al causante en su posición y continúan en la titularidad pasiva de la relación contractual, hasta el término final de ésta que coincide con la muerte de la persona módulo; o bien, por disposición legal (artículo 157 de la Ley Hipotecaria). La ejecución de la hipoteca constituida en garantía del cumplimiento de la obligación de pago de la renta por parte del acreedor ante el impago de aquella, plantea la problemática que, ahora apuntamos, de si el adquirente de los bienes gravados se convierte automáticamente en deudor personal de las pensiones o, por el contrario, se precisa la asunción expresa de la obligación de pagar la renta para que tal efecto tenga lugar.

Al igual que, en el lado activo, puede ser varios los sujetos deudores, siéndoles de aplicación en el cumplimiento de sus obligaciones las reglas de los artículos 1137 y siguientes del Código Civil. Se presume como regla general la mancomunidad, salvo que se haya pactado expresamente que la obligación sea solidaria.

De forma que, la concurrencia plural de deudores se regirá por las reglas de la mancomunidad simple, presumiéndose dividida la deuda en tantas partes iguales como deudores haya, siendo las deudas distintas las unas de las otras (artículo 1138 del Código Civil). Si, por el contrario, se conviene expresamente la solidaridad el acreedor o acreedores están facultados para exigir a cualquiera de los deudores el importe íntegro de la deuda, esto es, el pago total de la pensión.

Si bien, la reclamación entablada contra un deudor no exime de las que posteriormente se dirijan contra los demás deudores, mientras no resulte cobrada la deuda por completo (artículo 1144 del Código Civil); y, cada deudor solidario podrá utilizar todas las excepciones que deriven de la naturaleza de la obligación y las que sean personales, pero no podrá oponer las excepciones que corresponden a los demás, que sólo podrán servirse en la parte de la deuda de la que fueran responsables (artículo 1148 del Código Civil).

De tener lugar el fallecimiento de cualquiera de los codeudores, su parte no acrece a los demás, sino que se transmite a los herederos, que responderán frente al acreedor. Aquellos pueden aceptar a beneficio de inventario, siéndoles de aplicación las normas contenidas los artículos 1010 y siguientes del Código Civil¹²⁵. Pero, si como consecuencia de tal aceptación, satisfecha la deuda en su totalidad por uno de los deudores, éste al reclamar a los demás la parte de la deuda que les corresponde; si uno parte no puede pagarla, como acertadamente expone BELTRÁN DE HEREDIA, los restantes coherederos deberán asumir esa parte de la deuda, prorrateándola entre ellos, lo que evidentemente supone un acrecimiento de su parte de la deuda¹²⁶.

c) El pensionista o beneficiario de la renta

El supuesto normal, como tantas veces hemos reiterado, es que el constituyente de la renta, sea además el beneficiario de la pensión, el sujeto que percibe la renta, e incluso la persona cuya vida sirve como módulo para determinar el término final incierto del contrato de renta vitalicia. Asimismo, puede darse el caso que, los beneficiarios sean una pluralidad de sujetos, en cuyo caso la renta vitalicia puede ser constituida simultánea o sucesivamente a favor de cada uno de ellos, siendo trasladable aquí, lo visto, con relación a la pluralidad de acreedores y la problemática en torno al acrecimiento o no de las porciones de renta en caso de premoriencia de uno de ellos por parte de los sobrevivientes para evitar reiteraciones¹²⁷.

Por otra parte, el beneficiario puede ser una persona distinta al constituyente, y encontrarnos con lo que la doctrina denomina contrato o estipulación a favor de tercero (artículo 1257.2 del Código Civil)¹²⁸. Precisamente, el artículo 1803.2 del Código Civil dispone que la renta vitalicia se puede constituir *a favor de otra u otras personas*. En este supuesto, quien recibe el capital asume la obligación de pagar la renta a persona distinta del constituyente, resultando indiferente que se

deba satisfacer la pensión durante la vida del beneficiario, deudor o la del propio constituyente de la renta o de un tercero. En este contrato de renta a favor de tercero, los sujetos que lo conforman son: el promitente –deudor de las rentas- es el obligado a efectuar la prestación a favor del tercero; el promisorio o estipulante –constituyente o acreedor de la renta- es el que acepta la promesa; y el tercero o beneficiario –pensionista o beneficiario de la renta- es el que adquiere el derecho a la prestación del promitente.

Generalmente, nuestra doctrina, establece como posibles modalidades de renta vitalicia a favor de terceros: “a) Como carga accesoria de un contrato principal oneroso, como es la venta de un inmueble en el que una parte del precio se conviene que constituya una renta vitalicia a favor de un tercero; b) Asimismo, como una carga accesoria que acompañe a un contrato gratuito, se conviene la entrega de un bien, imponiéndole al deudor la carga de pagar la renta a un tercero distinto del donante, c) La renta surge de forma directa de un contrato principal en cuya virtud se constituye aquélla a favor de persona ajena a la relación contractual propiamente dicha”¹²⁹.

De todas las hipótesis citadas, la más habitual es la de constituir la renta vitalicia a favor de un tercero mediante donación en el que resultarán aplicables las normas relativas a la misma, en cuanto a capacidad, objeto, revocación, nulidad, etc.. La relación entre estipulante y promitente en este caso, tendrá carácter gratuito; la del estipulante con un tercero podrá tener también este carácter, pero en otros casos, podrá ser “*solvendi causa*”; si, por ejemplo, el estipulante pretende satisfacer una deuda pendiente con el tercero¹³⁰.

En los otros dos supuestos de renta vitalicia onerosa la relación entre estipulante y promitente tiene un evidente carácter oneroso; pero la relación de aquel con el tercero, igualmente, puede ser en unos casos “*solvendi causa*” y en otros “*donandi causa*”, pues, la parte del precio o la integridad del mismo que se entrega al tercero, puede ser para satisfacer una deuda pendiente con el mismo o por simple liberalidad¹³¹.

Ahora bien, cualquiera que sea la modalidad por la que se opte para que el tercero beneficiario adquiera de modo definitivo e irrevocable su derecho a la pensión, es necesario que acepte la estipulación de la renta que para él se ha convenido, pese a que el mencionado artículo 1803.2 del Código Civil guarde silencio sobre este extremo; resultando de aplicación lo dispuesto en el, asimismo, citado artículo 1257.2 del citado cuerpo legal. No se especifica si tal aceptación ha de hacerse de forma expresa o tácita, siendo admisibles ambas formas; en todo caso, esta declaración de aceptación ha de ser recepticia y, deberá dirigirse al obligado¹³². En cuanto al plazo para manifestar la aceptación existe coincidencia en afirmar que cualquier momento es hábil, siempre que sea previo a la revocación del estipulante¹³³. Por otra parte, dicha aceptación deberá realizarse como es natural por el propio tercero, salvo que carezca de capacidad (menores de edad no emancipados), en cuyo caso deberán hacerlo sus legítimos representantes; o de haberse constituido a favor de persona concebida pero aún no nacida, por las personas que legítimamente le representaría si se hubiera verificado su nacimiento, ya que la renta así constituida representa una donación, entrando en juego el artículo 627 del Código Civil. No obstante, conviene precisar que, en este caso, la renta queda condicionada al nacimiento, suspendiéndose sus efectos hasta ese momento. En

el caso de personas con discapacidad tiene plena capacidad jurídica para emitir tal declaración, al igual que, si tiene medidas de apoyo nombradas de carácter asistencial. Si las medidas de apoyo son representativas (curatela representativa) deberá el apoyo contar con autorización judicial (artículo 287 del Código Civil).

Producida la aceptación, ésta no influye en la perfección del contrato, sino en la adquisición definitiva o consolidación del derecho a percibir las pensiones en la cuantía y plazos pactados y, mientras viva la persona cuya vida se ha tomado como módulo de la relación; asimismo, determina la imposibilidad que tiene el estipulante o, en su caso, sus herederos de revocar la estipulación convenida¹³⁴.

Este derecho propio y autónomo del que goza el tercero, se transmite a los herederos siempre que aquel premuera a la persona cuya vida se ha designado como módulo de la relación; y le autoriza para reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras en los términos establecidos en el artículo 1805 del Código Civil.

En tanto no tenga lugar la aceptación por el tercero, el estipulante o sus herederos pueden en cualquier momento proceder a la revocación del contrato. Se trata de un acto unilateral recepticio, que ha de dirigirse al promitente y al tercero¹³⁵, y con eficacia retroactiva; de suerte que, el tercero-beneficiario deberá restituir las pensiones que eventualmente haya podido recibir¹³⁶.

Precisamente, si estamos ante un contrato de renta vitalicia en favor de tercero a título gratuito, sometido al término inicial de la muerte del estipulante; de forma que, este tercero, bien no percibirá las pensiones hasta que tenga lugar tal muerte, o bien, el promitente no está obligado a pagarlas hasta ese momento, nos encontramos ante una donación *mortis causa*, al que resultan aplicables las reglas establecidas para la sucesión testamentaria (artículo 620 del Código Civil), pudiendo, en consecuencia, ser revocada por el estipulante mediante una disposición testamentaria, aunque la aceptación del beneficiario-tercero haya tenido lugar¹³⁷.

Por otra parte, de constituirse la renta a favor de distintos terceros, cada uno puede, salvo pacto en contrario, aceptar o renunciar a la estipulación. De optar por esta última, la parte del renunciante no acrece a los demás, sino que corresponde al estipulante¹³⁸, aunque no faltan quienes ante la renuncia por parte del tercero entienden que, el promitente queda liberado de la renta; o, estiman que el contrato deviene nulo al frustrarse la finalidad del mismo, consistente en el beneficio del tercero¹³⁹.

Entre estos terceros-beneficiarios puede, en los términos expuestos, encontrarse un concebido y no nacido (artículo 29 del Código Civil “para todos los efectos que le sean favorables”); y, asimismo, un “*concepturus*”, quedando condicionada la renta, además de, a la verificación de su nacimiento, a que tal concepción tenga lugar; si bien, “con las limitaciones que se establecen para la validez de las donaciones y de las sustituciones en el Derecho positivo” (artículo 785 del Código Civil)¹⁴⁰.

Finalmente, no cabe confundir la renta constituida a favor del tercero con la renta constituida por el representante legal o voluntario en nombre del representado, pues, como precisa la doctrina, la representación y el contrato a favor de tercero son términos incompatibles. Así, se indica que no estamos ante una renta a favor de tercero, cuando el padre en nombre de su hijo constituye con su

dinero una renta a favor de éste; ni cuando alguien dona dinero a otra para que con el mismo constituya en su propio nombre una renta vitalicia, pues, en tales supuestos el futuro beneficiario de las pensiones adquiere tal derecho por su directa intervención y no por la que le hagan otras contratantes¹⁴¹.

d) La vida módulo. Su función en la renta vitalicia

El artículo 1802 del Código Civil señala que “*el contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor...durante la vida de uno o más personas determinadas*”; y, el artículo 1803 del citado cuerpo legal añade que “*puede constituirse la renta sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero o sobre la vida de varias personas*”.

Además, de las partes contractuales, del beneficiario, -si no coincide con el constituyente de la renta o acreedor-, tales preceptos contemplan la intervención de otro sujeto o sujetos, aquel o aquellos cuya vida va a tomarse en consideración para fijar la duración de la renta vitalicia.

El supuesto normal será aquel en que coincide el constituyente o acreedor de la renta con el beneficiario de la pensión y, cuya vida se toma, precisamente, como módulo para determinar la duración de la relación jurídica de renta. En muchos casos, será un matrimonio el que constituya la renta a su favor, tomando como módulo la vida de ambos cónyuges.

Esta vida módulo o vida contemplada -denominaciones que emplea indistintamente la doctrina española como la extranjera-¹⁴², sea la del constituyente o la acreedor de la renta (pensionista o beneficiario), la del deudor, la del constituyente, si es distinto del acreedor, o la de un tercero o terceros, o la de varios representa elemento esencial de tal relación obligatoria de renta, -de suerte que su falta o la invalidez de su designación, puedan causar la nulidad del negocio-¹⁴³; y, también dota a la misma de la aleatoriedad que caracteriza a este negocio, al desconocerse el término final del contrato como la cantidad de pensiones que se va a pagar, pues, se hace depender de un hecho incierto, como es la duración de la vida de una persona o personas (artículo 1790 del Código Civil)¹⁴⁴. En todo caso, si la duración de la renta se determina en relación con la vida de varias personas conjuntamente, precisa MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ que “hay que entender, salvo que del contrato resulte otra cosa, que la renta durará hasta que fallezca el último”¹⁴⁵. Y, en todo caso, quedan excluidas de este parámetro de fijación de la duración de la pensión las personas jurídicas¹⁴⁶.

De ahí que, aquella vida módulo cumpla una doble función: de un parte, sirve de término inicial y final de los efectos del contrato; y, de otra, proporciona la incertidumbre en orden a su duración¹⁴⁷. Incertidumbre en la extinción del término final, que representa, además, el sostén causal del negocio constitutivo de la renta vitalicia.

Asimismo, en consonancia con lo expuesto, tal vida módulo representa una medida objetiva, pues, permite fijar la extensión de la renta vitalicia en el tiempo y, en consecuencia, su extinción¹⁴⁸. Se trata, en esencia, de un término en sentido técnico (*certus an, incertus quando* -cierto en su producción, pero incierto en el momento en que tendrá lugar-) y no de una condición¹⁴⁹, pese a que hay quien sostiene que dada la incertidumbre a la que se somete la duración del contrato

encaja más en un “negocio jurídico condicional”¹⁵⁰. Cuanto más larga sea la vida contemplada, mayor será el desembolso total a efectuar por el deudor de la renta.

Ahora bien, distinto de este término final de la renta, -considerado unitariamente en el negocio de renta- es el que se conviene como plazo para el pago periódico de las pensiones (mensual, semestral, anual), mientras viva el titular de la vida módulo. De forma que, producida la muerte de éste, la última prestación periódica actuará con inmediata eficacia extintiva¹⁵¹. Desde tal perspectiva, la duración de la vida módulo no sólo fija aquel término final de la renta, sino que también marca el de los diferentes vencimientos periódicos¹⁵².

En este contexto, para la validez del negocio de renta, además, de la designación de la persona o personas cuya vida se toma como módulo, -ya sea del que da el capital, o la de un tercero o la de varias personas- es necesario que éstas estén determinadas, tal como dispone el artículo 1802 del Código Civil, bien de forma directa, bien a través de circunstancias inequívocas que permitan su identificación¹⁵³. Y hay quien, añade, la necesidad, asimismo, de su existencia en el momento de celebrar el contrato, argumentando que, así se contiene en el espíritu de la norma¹⁵⁴ y, que con ello se evitan la constitución de rentas perpetuas¹⁵⁵. Con lo que desde tal planteamiento no sería posible tomar como módulo la vida de un *nasciturus*. No obstante, existiendo suficientes circunstancias que permitan su identificación respetando los límites que marcan los artículos 781 y 785.3 del Código Civil, y, teniendo presente, también, lo que dispone tanto el artículo 1804 del citado cuerpo legal que solo sanciona con nulidad la renta vitalicia cuando la vida contemplada corresponde a la de un fallecido o enfermo como el artículo 29 del mismo cuerpo legal -que se le tiene por nacido “para todos los efectos que le sean favorables” (máxime, si, además, es acreedor de la renta), condicionado, por supuesto, todo ello, a que se verifique el nacimiento- no parece disparatado admitir que los contratantes constituyan la renta tomando como módulo tal vida futura (del concebido y no nacido) en el momento del otorgamiento del contrato de renta vitalicia¹⁵⁶. Lo que resulta obvio, es que se disponga o no expresamente en una norma legal (artículo 1802 del Código Civil) la determinación y existencia de los beneficiarios de la renta, es siempre necesaria, pues, no podrá crearse una obligación sin acreedor. Tratándose de la vida módulo la determinación de la persona, igualmente, resulta esencial, aunque no tanto su existencia, que puede condicionarse suspensivamente a su nacimiento¹⁵⁷.

En principio, en los términos indicados, las partes pueden designarse como vida que sirve de módulo la del constituyente de la pensión, la del beneficiario de la misma, o la de cualquier tercero o terceros extraños a la relación de renta; pues, es posible el nombramiento de una pluralidad de sujetos. Y, asimismo, aunque el Código Civil guarda silencio en este punto, las partes pueden señalar como vida módulo, la del deudor, coincidiendo en esto tanto la doctrina española como la extranjera¹⁵⁸.

Ahora bien, esta designación no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes, ni a la de un tercero; de ahí que, deba convenirse de mutuo acuerdo, al igual que, cualquier cambio que se quiera hacer en la persona cuya vida inicialmente se ha tomado como módulo¹⁵⁹.

En el caso de que las partes no hayan hecho ninguna designación, se entiende por cierto sector doctrinal que, tal falta da lugar a la nulidad del negocio, par-

tiendo del carácter esencial y relevante que la vida módulo tiene en la estructura del negocio de renta¹⁶⁰; sin embargo, para otro sector se considera que, aun no existiendo tal designación, la renta está válidamente concluida, siendo la vida que sirve de módulo, la del constituyente de la renta, máxime, si además, coincide con la del beneficiario por estimar que ésta representa la hipótesis normal y, se atiende al principio de conservación del negocio¹⁶¹.

Lo cierto es que, a falta de una norma legal expresa en nuestro ordenamiento, como la que se contiene en el párrafo 759 del BGB¹⁶², donde para este supuesto se entiende constituida la renta sobre la vida del acreedor, representando ésta la mejor solución, pues, salvo que sea otra presumiblemente la voluntad de las partes está claro que el negocio de renta se ha válidamente constituido y, que se ha hecho tomando como módulo la vida del constituyente que, en la mayoría de los casos es, además, el beneficiario de la renta, pues, de ser otra la intención de las partes se hubiera convenido así expresamente.

No obstante, esta amplia facultad de elección de los interesados para designar la vida que ha de servir como módulo de la relación tiene, sin embargo, dos importantes limitaciones: una, que no puede designarse a personas jurídicas, atendiendo a los criterios que presiden lo relativo a la duración y causas de extinción de las mismas; y, otra, la señalada en el artículo 1804 del Código Civil que considera nula la renta constituida sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento del contrato o, que se halle padeciendo una enfermedad que le cause la muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha. Y que ha de ponerse en relación con lo que dispone el artículo 1808 del citado cuerpo legal según el cual “no puede reclamarse una renta sin justificar la existencia de la persona sobre cuya vida esté constituida”.

Respecto del primer límite, aunque tal exclusión no está prevista de manera expresa en ningún precepto, las especialidades típicas de las personas jurídicas en materia de extinción colisionan con la reglamentación propia de la renta vitalicia. Pueden tener una duración indefinida, que conduciría a la posibilidad de rentas perpetuas “incompatibles de suyo con la aleatoriedad del contrato (artículo 1802 del Código Civil) y con su naturaleza temporal que el legislador quiso imprimir expresa y concretamente”¹⁶³.

En cuanto al segundo, tiene su fundamento, tal como hemos expuesto en líneas precedentes, en el hecho que la vida módulo o vida contemplada constituye un elemento esencial en la estructura del negocio de renta vitalicia; sirve para fijar el término inicial y final de sus efectos; y le confiere un carácter aleatorio al ser incierta tanto su duración como el resultado económico que tendrá para las partes. El que se designe a una persona ya muerta en el momento de celebrarse el contrato o con una enfermedad que, le causa la muerte antes de que transcurran veinte días de aquella fecha como sujeto cuya vida se toma como módulo de la relación de renta supone que el negocio desde el origen carece de la base o presupuesto objetivo sobre el que fijar la extensión temporal más o menos duradera del negocio de renta; y, asimismo, hace desaparecer el alea, el riesgo, querido por los interesados y que está en la base causal del negocio. De ahí que, se entienda que el legislador opte por esta fórmula¹⁶⁴.

Este artículo 1804 del Código Civil tiene su antecedente en el artículo 1706 del Proyecto de 1851 y coincide en su redacción con lo que disponen los artícu-

los 1974 y 1975 del *Code Civil* francés; difiere, sin embargo, de la contenida en el artículo 1876 del *Codice Civile* de 1942, pues, aunque admite también aquella limitación, solo lo hace para el caso de muerte.

Esta norma tiene carácter imperativo; por lo que, nada puede pactar las partes contrario a su contenido. Consiguientemente, hecha una designación del sujeto-módulo en los términos expuestos o, conviniendo las partes en contra de lo dispuesto en la norma, da lugar a la nulidad absoluta y radical del contrato. Nulidad que, como señalan DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS “se debe al defecto de aleatoriedad. Aquí no hay incertidumbre sobre la duración de la vida contemplada”¹⁶⁵.

Es irrelevante, por tanto, en orden a la aplicación de la norma que la vida módulo sea la del beneficiario; sea el propio constituyente de la renta; o que sea la de un tercero; o incluso la del propio deudor; o sea, en fin, una pluralidad de personas, así como que, la renta se haya constituido a título oneroso o gratuito el resultado final siempre va a ser el mismo la nulidad del contrato. Aunque no falta autores para quienes la falta de aleatoriedad y consecuente deficiencia causal que caracteriza a la renta gratuita, justifican que tal nulidad solo alcance al contrato oneroso de renta vitalicia¹⁶⁶.

A la muerte se equipara la declaración de fallecimiento, no así a la de ausencia, que simplemente faculta al deudor para suspender o aplazar el pago de lo convenido, ya que el pensionista o preceptor de la renta no puede justificar la existencia de la persona sobre cuya vida está construida (artículo 1808 del Código Civil). Con relación a la enfermedad, como observa BELTRÁN DE HEREDIA parece que “es empleada por nuestro Código en un sentido técnico de forma patológica, clínicamente definida con independencia de que el pronóstico mortal sea para largo o breve período de tiempo: no lo es el parto, aunque produzca la muerte antes de veinte días, porque ni es una enfermedad propiamente hablando, ni por sí mismo es susceptible de ocasionar la muerte. Tampoco lo es la vejez, por muy avanzada que sea la edad, ya que tampoco es una enfermedad en sí misma considerada”¹⁶⁷. A lo que hay que añadir que “tampoco lo será el accidente, ni el suicidio, a no ser que sea consecuencia de una enfermedad psíquica”¹⁶⁸.

En todo caso, del espíritu de la norma se desprende que cuando el legislador habla de enfermedad, ha de tratarse de una dolencia patológica, sea física o psíquica, capaz de causar la muerte en el breve espacio que indica el precepto¹⁶⁹. Por tanto, debe existir la pertinente relación de causalidad entre aquella y la muerte; y, asimismo, ésta debe tener lugar en los veinte días siguientes a la fecha de otorgamiento, -sin que el día de conclusión del contrato deba comprenderse en ese plazo-¹⁷⁰, pues, sí la muerte se produce también como consecuencia de una enfermedad existente a la celebración del contrato, pero que tiene lugar transcurrido el plazo indicado el contrato no es nulo, seguirá siendo válido a pesar de la muerte. Al igual que lo será, en el caso que la muerte sobrevenga dentro de los veinte días, pero por causa distinta de la enfermedad.

Por otra parte, este límite del artículo 1804 del Código Civil, como hemos apuntado, ha de relacionarse con lo dispuesto en el artículo 1808 del citado cuerpo legal, que coincide en su contenido con el artículo 1983 del *Code Civil* francés.

Si, como tantas veces hemos reiterado, la persona cuya vida se toma como módulo constituye un elemento esencial en la constitución de la relación jurídica de renta

y, sirve para fijar su término final, la desaparición de aquella tiene como consecuencia la extinción de tal relación y, por tanto, de la obligación de pago de las pensiones por parte del deudor. Si se diera el caso que éste desconociera tal hecho y siguiera pagando la renta o pensión, nos encontraríamos ante un pago o cobro indebido de las mismas. Para evitar que tal situación se produzca, se impone en esta disposición al acreedor de la renta que, justifique en cada vencimiento que la persona designada como módulo de la relación vive en el momento de vencer la correspondiente pensión periódica. Circunstancia que determinará la legitimidad del crédito y la obligación de satisfacerlo¹⁷¹. En todo caso, conviene aclarar que, la mencionada justificación no tiene que tener lugar cada vez que venza un plazo, sino que, corresponde al deudor de la renta decidir cuándo le conviene solicitar tal justificación; y, asimismo, no es preciso acreditar que la persona de cuya vida módulo se trata, vive en el momento de la reclamación, sino que lo estuviera cuando debía efectuarse el pago, esto es, al nacimiento de la obligación. De modo que, si la persona ha fallecido con posterioridad a este momento, aunque no viviese cuando se le reclama, el deudor vendrá obligado a pagar la pensión en los términos que dispone el artículo 1806 del Código Civil, esto es, se pagará en proporción a los días que hubiera vivido en el año que muere; y si se satisface por plazos anticipados, se pagará, entonces, el importe total del plazo que hubiera empezado a correr a su muerte. Con ello se persigue, únicamente, que se pague lo realmente debido como son las cantidades devengadas hasta el momento mismo del fallecimiento de la persona designada¹⁷². De forma que, acreditada la procedencia del pago por el acreedor, éste podrá reclamar al deudor lo debido. Por lo mismo, si el deudor paga uno o más vencimientos sin deberlos, puede repetir lo pagado, aunque en su momento no exigirse la justificación de la existencia de la persona sobre cuya vida estaba construida la relación de renta vitalicia.

Si se diera el caso que el acreedor de la renta no pudiera acreditar la existencia de la persona titular de la vida módulo, como exige el artículo 1808 del Código Civil, el deudor puede negarse a pagar, aunque esto no significa que la relación jurídica de renta se haya extinguido. Así, en el caso que se la declarase ausente, queda el pago de las pensiones devengadas tras tal declaración en suspenso; pudiendo si se llegara a extinguir la obligación de renta por su muerte, reclamarse las nacidas con anterioridad a dicho momento. Efectivamente, no puede reclamarse la renta sin justificar la existencia de la persona sobre cuya vida se ha constituido. Representa, como señala MARTÍNEZ VELENCOSO “una carga del acreedor que ha de cumplirse en el momento de la reclamación o posteriormente”. Si bien, añade “el acreedor puede renunciar a dicha justificación”¹⁷³.

No ocurre lo mismo, si la persona titular de la vida módulo ha sido objeto de declaración de fallecimiento, pues, tal situación produce la extinción de renta vitalicia, y, por ende, de la obligación de pagar.

Finalmente, en cuanto a la forma de acreditar la existencia de la persona cuya vida se toma como módulo, coincide la doctrina en afirmar que valen cualquiera de los medios admitidos en Derecho; si bien, la prueba más adecuada es una certificación del Registro Civil (fe de vida)¹⁷⁴, sólo necesaria como precisa QUIÑONERO CERVANTES “en los casos en que reclame la persona distinta del acreedor de la renta, cuando sea este mismo el titular de la vida módulo, y en aquello en que lo sea un tercero”¹⁷⁵.

Ahora bien, hemos hecho referencia a que la vida módulo puede ser la de un tercero, cuyo consentimiento o aceptación no se precisa, como tampoco su cono-

cimiento, y que no forma parte de la relación contractual existente entre las partes (constituyente y deudor de la renta)

Igualmente, hemos señalado que puede corresponder a una pluralidad de personas, entre las que puede encontrarse un *nasciturus*; siempre que sean determinadas mediante la adecuada identificación; y, con las limitaciones contenidas en los artículos 781 y 785.3º del Código Civil para el no nacido que, de conformidad con la doctrina dominante, permiten sólo dos llamamientos; lo que en nuestro caso representa dos designaciones¹⁷⁶. De forma que, resulta válida la constitución de una renta vitalicia sobre la vida de varias personas vivas al tiempo de celebrarse el contrato y, sucesivamente, sobre dos pendientes de nacer (hijo y nieto de alguna de ellas).

Pero que sucede, si cualquier de las personas sobre las que se constituye la vida módulo fallece, se entiende extinguida la renta. La doctrina, acertadamente, considera que tal extinción no tendrá lugar, en tanto, no fallezca la última de las personas designadas; de forma que, el deudor de la pensión vendrá obligado a pagarla periódicamente hasta que se verifique el último fallecimiento¹⁷⁷. Asimismo, tal fallecimiento no disminuye la cuantía de la pensión, pues, la parte del fallecido se deberá pagar a los herederos¹⁷⁸.

Y, si tal fallecimiento tiene lugar, en cambio, con anterioridad al contrato o, es consecuencia de una enfermedad que le ocasiona la muerte antes del transcurso de los veinte días desde la fecha del otorgamiento de aquel, como dispone el citado artículo 1804 del Código Civil, algunos autores entienden que la renta debe ser válida, fundamentando su posición en que en dicho supuesto la función de medir la extensión temporal se cumple, atendiendo a la vida de las otras personas designadas; por lo que no falta el elemento esencial de este contrato¹⁷⁹; por el contrario, para otros, a los que nos adherimos, sostienen la nulidad, pues, la falta de una de las vidas módulo representa una alteración del contrato favorable al deudor con la consiguiente disminución del riesgo o aleatoriedad para él y con evidente perjuicio para el acreedor, que de haber conocido tal circunstancia no hubiera celebrado el contrato o, lo hubiera hecho en otras condiciones¹⁸⁰.

Por último, precisar con relación a la vida módulo o vida contemplada, por un lado, que la doctrina parece admitir que, aunque la renta vitalicia por su carácter aleatorio dependa de un término cierto, pero indeterminado en el cuándo, como es la duración de aquella vida módulo, no existe inconveniente en que las partes voluntariamente sometan la eficacia de tal contrato a un acontecimiento también incierto como es una condición suspensiva o resolutoria¹⁸¹. Y, por otra que, no es posible fijar un plazo máximo de duración de la renta sin la referencia objetiva a una vida módulo, pues, estaríamos ante un término final cierto incompatible con la propia esencia aleatoria de este contrato¹⁸².

B. Elementos reales. El objeto del contrato de renta vitalicia

Hay que distinguir conforme al artículo 1802 del Código Civil dentro del objeto de renta vitalicia entre la pensión o renta y el capital, que dan lugar en el contrato oneroso de renta al nacimiento de dos obligaciones principales; por una parte, la obligación del deudor de pagar aquella pensión o renta anual durante la vida de una o más personas determinadas; y, por otra, la de constituyente de la renta como

es la transmitir el dominio de un capital en bienes muebles o inmuebles. Y, en la renta a título gratuito, únicamente a la de entrega de la pensión o rédito anual.

Trataremos ambas prestaciones por separado.

a) El capital

Como señala el citado precepto habrá de consistir en bienes muebles e inmuebles cuyo dominio se transfiere desde luego, con la carga de la pensión¹⁸³. Igualmente, puede ser una suma de dinero, o incluso una cantidad determinada de cosas fungibles¹⁸⁴. Se trata de una fórmula amplia la contenida en este artículo 1802 del Código Civil que contrasta con la existente en el Derecho anterior al Código, que impedía la constitución de la renta sobre cosas que no fuesen dinero. Para evitar tales restricciones en el caso de entrega de bienes inmuebles, se procedía a su venta y se entregaba como capital el dinero obtenido con la misma¹⁸⁵.

Aunque el Código Civil habla de transmisión de dominio, la duda que se plantea, es si también podrá constituir el capital de la renta, los derechos reales limitados sobre cosa ajena (nuda propiedad, usufructo), o incluso derechos personales, la transferencia de acciones de una sociedad, la cesión de crédito, etc.. La tendencia doctrinal mayoritaria se muestra favorable a tal posibilidad¹⁸⁶, pese a que no faltan quienes la niegan, sobre la base fundamental del tenor literal del artículo 1802 del Código Civil que exige únicamente la transferencia del dominio sobre bienes muebles o inmuebles¹⁸⁷.

Es cierto que, el citado cuerpo legal requiere tal transferencia, pero, asimismo, hemos de señalar que, el artículo 334.10 considera como bienes inmuebles *“las concesiones administrativas de obras públicas, y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles”*; y, el artículo 336 como bienes muebles *“las rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectas a una persona o familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicio públicos y las células y títulos representativos de préstamos hipotecarios”*; al igual que, el artículo 392 del citado cuerpo legal que, permite que estos bienes o derechos puedan ser objeto de propiedad o dominio, al decir que *“hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o derecho...”*; lo que, nos conduce a la opción comúnmente compartida que comprendidos en el concepto de *bien* los derechos reales sobre cosa ajena, también éstos pueden ser objeto de transmisión, aparte del pleno dominio (artículo 348 del Código Civil) y, por tanto, servir para constituir el capital de la renta vitalicia¹⁸⁸.

En lógica consecuencia, comprendidos en el concepto de bien tales derechos lo único que exige el artículo 1802 del Código Civil es que efectivamente se transmita la propiedad de un bien mediante la correspondiente entrega, ya consista en dinero, en bienes muebles, inmuebles o en derechos reales sobre cosa ajena, siempre que éstos tengan la condición de transmisibles¹⁸⁹. Así, el capital de una renta puede ser, entre otros, un derecho de usufructo, servidumbre, enfiteusis.

Por tanto, no existirá ningún tipo de inconveniente para que, por ejemplo, un usufructuario, dueño de su derecho, constituya una renta vitalicia con el mismo como capital, transfiriendo su posesión (titularidad del usufructo) a una persona (deudor) a cambio de una renta o pensión que ésta se comprometa a pagar.

En todo caso, que el capital de una renta sea la transmisión de un derecho real limitado sobre cosa ajena como el usufructo determina que las particularidades propias de éste puedan influir en la configuración de aquel, como la que señala el artículo 480 del Código Civil que, autoriza la enajenación del derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito; o, su temporalidad, al extinguirse por la muerte del usufructuario (artículo 513.1º del citado cuerpo legal).

Precisamente, tal causa de extinción determina para BELTRÁN DE HEREDIA que la “vida contemplada” deba ser la del propio constituyente-usufructuario¹⁹⁰. Lo que supone desde tal planteamiento, que no sería posible para este supuesto -aunque si para las servidumbres o para la enfiteusis, donde no existe aquella temporalidad- que, la vida sobre la que se determina la duración del contrato de renta vitalicia fuera la de un tercero o, incluso, la del propio deudor.

En este contexto, de darse la posibilidad que la vida de un tercero se tomará como módulo, la muerte de aquel extinguiría la renta; lo mismo que, si la vida módulo fuera la del constituyente, pues, con su muerte, igualmente, tendría lugar tal extinción como viene siendo la regla general. Ahora bien, en el primer caso, muerto el tercero, el usufructo se mantendría vigente en manos del deudor; mientras viviese el usufructuario, aunque, ya no estaría obligado al pago de la renta; pero, si falleciera el constituyente y no el tercero, el usufructo se extinguiría, si bien, el deudor seguiría estando obligado al pago de la renta, eso sí, a los herederos de aquel, mientras viviese el tercero; en cambio, si estuviéramos en el segundo caso, la muerte del constituyente-usufructuario determinaría no sólo la extinción del usufructo, sino también del pago de la renta.

En todos los supuestos descritos juega la aleatoriedad propia de este contrato, la especialidad del usufructo derivado de su carácter temporal determina únicamente que si la vida módulo es la del tercero, a tal riesgo típico habría que añadirse, también, la incertidumbre del momento en que tendría lugar la extinción del usufructo (el de la muerte del constituyente-usufructuario). No sería necesario excepcionar lo que constituye regla en la renta a la hora de fijar la vida módulo para adaptarlo al usufructo, máxime cuando son las partes las que desde el origen conforman la propia estructura de la renta. De no querer aumentar aún más el riesgo, pueden pactarse que la vida del constituyente-usufructuario sea la que sirva de módulo para la duración del contrato de renta¹⁹¹.

Por tanto, puede ser objeto de transmisión toda clase de bienes muebles e inmuebles, así como los derechos reales que pueden ser constituido sobre los mismos; de la misma manera que también puede ser capital, el dinero, una cesión de créditos, la condonación de una deuda de la que era acreedor el constituyente, o, incluso, el pago de unos servicios, siempre que se trate de títulos de los que pueda disponer libremente el constituyente de la renta¹⁹². Y, puede, asimismo darse el caso que el constituyente de la renta pueda reservarse el usufructo, entregando como capital la nuda propiedad¹⁹³.

b) La pensión o renta

La pensión o renta constituye un derecho sustantivo o independiente, y no una prestación accesoría, como pueden ser los intereses de un capital¹⁹⁴. Las par-

tes tienen plena libertad para fijar tanto la cuantía como la modalidad de la pensión. Quedan atrás los debates en la doctrina, sobre si la cuantía de la pensión debía o no someterse a un límite, es decir, la posibilidad de fijar un “tipo pensión”, como ocurría con el interés del dinero¹⁹⁵.

En todo caso, como señala la doctrina la cuantía debe ser fija y determinada¹⁹⁶, aunque ello no impide para que el requisito de la determinación pueda quedar, igualmente, cumplido, siendo la renta determinable, pero con la exigencia siempre que ésta pueda ser establecida sin necesidad de que las partes formalicen un nuevo contrato (artículo 1273 del Código Civil)¹⁹⁷. Ahora bien, esta determinación no puede quedar al arbitrio de una de las partes (artículo 1256 del Código Civil); aunque sí, puede encomendarse a un tercero de la manera que prescribe el artículo 1447 del Código Civil.

Habitualmente, las pensiones periódicas consisten en el pago de una cantidad de dinero, pero igualmente, puedan convenirse que tal pago lo sea de una cantidad determinada en cosas fungibles o en frutos, sean los propios de la finca que se entrega como capital¹⁹⁸, o bien los de otra finca concreta que las partes designen. Incluso, la pensión puede adoptar una forma mixta, y consistir una parte en dinero y otra en frutos o en otras cosas fungibles¹⁹⁹. O, presentar tal combinación en forma alternativa, aplicando las normas propias de estas obligaciones, de forma que o inicialmente se formaliza la opción y las pensiones futuras deberán ser satisfechas en el género elegido; o se hace en cada vencimiento, de forma que unas veces se entregará dinero, y, otras veces frutos u otras cosas fungibles, dependiendo de la elección de las partes²⁰⁰. O, en fin, podrá pactarse que, en vez de una especie determinada, la pensión consista en la entrega de un género, que podrá ser limitado o no, con los evidentes efectos que esto tiene en caso de imposibilidad sobrevinida de la prestación sin culpa del obligado (artículos 1096 y 1182 del Código Civil)²⁰¹. Pero, en este margen de libertad que disponen las partes, aquella nunca podrá consistir en una pensión de alimentos, esto es, todo lo que sea necesario para la alimentación del acreedor de la renta. Pues, en tal caso, no estaríamos ante un contrato de renta vitalicia, sino ante un contrato de alimentos regulado en los artículos 1791 a 1797 del Código Civil.

Pues, bien, como hemos señalado, la pensión puede consistir en la entrega de frutos, sean los propios de la finca que se da como capital, o bien los de otra concreta que las partes designen. Pero puede suceder que aquellos sean insuficientes para el pago de la pensión, o que se pierde o resulte improductiva la finca que los produce. Para tales supuestos, se debe tener presente lo que las partes han expresamente convenido, si nada han dispuesto y la entrega consiste en frutos de una especie o calidad determinada, la insuficiencia de los mismos, no se suple con la entrega de otros frutos o dinero, pero si no se limita el género, el deudor podría completar las deficiencias con la entrega de otras cantidades correspondientes a tal género, aunque tengan distinta procedencia²⁰².

De llegarse a perder la finca, o ser esta improductiva, la doctrina en general se inclina por no entender liberado al deudor, facultándole a entregar otros procedentes de fundo distinto, pero de la misma especie y calidad. Se argumenta en defensa de tal criterio que, al no tratarse de un derecho real, sino de una obligación personal, los riesgos de la pérdida le corresponden al dueño de la finca y no al acreedor de la renta, careciendo, por tanto, de base el hipotético razonamiento

que con la extinción de la obligación de pago se compensarían los perjuicios que la pérdida de la finca causaría al deudor con la condonación de las pensiones²⁰³. Pero matiza GUILARTE ZAPATERO que “si aparece claro que los interesados han querido ligar la obligación de pago de la pensión a la existencia de un género limitado, los frutos de una determinada finca, y éstos no llegan a producirse por una imposibilidad temporal o definitiva sin culpa del deudor, resulta sumamente difícil encontrar argumentos para no considerar extinguida la obligación con carácter temporal o definitivo”. Distinto sería el caso para este autor que “el deudor, voluntaria o involuntariamente, perdiese el dominio de la finca productora de los frutos objeto de pensión, pues, en este caso, el derecho del pensionista se mantiene vivo y cabe que, el deudor de la pensión haga entrega de los frutos convenidos mediante la oportuna adquisición”²⁰⁴.

En cuanto a la modalidad de pago, pese a que el artículo 1802 del Código Civil se refiere a pensiones anuales, puede establecerse períodos más cortos (mensuales).

Ahora bien, no es posible ninguna revisión de la pensión, pues, ésta, una vez fijada en el momento de celebración del contrato, se mantiene inalterable, de suerte que el deudor, mientras dure la relación obligatoria de renta, debe atender periódicamente a su pago en la cuantía convenida sin que pueda alegarse la excesiva onerosidad para una revisión de aquella. En todo caso, si tal pensión se ha pactado en dinero, pueden las partes disponer de cláusulas de estabilización que compensen las alteraciones que pueden tener los cambios de valor del dinero, pues, no olvidemos, el principio nominalista que nuestro Código Civil sanciona respecto de las deudas de dinero; asimismo, el hecho que el carácter aleatorio de este contrato no incluye de forma necesaria las consecuencias propias de la depreciación monetaria; y, en fin, van destinadas tales cláusulas a salvaguardar el valor adquisitivo de la pensión²⁰⁵.

Por otra parte, cabría preguntarse, si sería posible, como se ha planteado, una actualización de la pensión si hay una gran desproporción entre el capital recibido y la renta que se pactó, debida a circunstancias no previsibles. Lo cierto es que, como expusimos, el carácter aleatorio de este contrato si bien no exige una equiparación de las prestaciones, si al menos una proporcionalidad entre las mismas; de forma que, si hay una manifiesta desproporción entre las prestaciones consecuencia del riesgo asumido el contrato puede dejar de ser aleatorio. En todo caso, si esa desproporción no es consecuencia de la incertidumbre que supone la duración de la vida que se toma como módulo, sino de circunstancias o hechos que, como se ha indicado, son ajenos a lo previsto por las partes, podría resultar de aplicación la *cláusula rebus sic stantibus*²⁰⁶. En todo caso, se puede pactar la actualización de la renta conforme al IPC²⁰⁷.

Ahora bien, como la renta no depende de la fortuna del pensionista, si, precisamente, mejora su situación económica y patrimonial ello no impide que pueda seguir percibiéndola o, en su caso, reclamarla²⁰⁸.

C. Elementos formales

A falta de normas particulares que dispongan otra cosa, rige el principio de libertad de forma, y la aplicación; por tanto, resultan de aplicación las normas

generales contenidas en los artículos 1278 a 1280 del Código Civil, sin perjuicio de las especialidades propias del título por el que se opta para la constitución de la renta. Así pensemos en la donación de un bien en concepto de renta²⁰⁹.

6. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RENTA VITALICIA

El contrato de renta vitalicia se perfecciona por el mero consentimiento sin que sea necesaria la entrega del capital para que tenga lugar el nacimiento de aquel, pues, puede la entrega diferirse a un momento posterior según lo que las partes hayan convenido como se dispuso en su momento por un sector de la doctrina.

Así, desde el momento que se perfecciona el contrato por el mero acuerdo de voluntades, comienza la adquisición de las pensiones o rentas por parte del pensionista, aunque, como hemos señalado, la cosa o el capital convenidos como contraprestación no se hayan entregado. No obstante, el deudor de la renta no sólo está facultado para exigir al constituyente tal entrega en los términos pactados, sino también los frutos que la cosa produzca desde que aquella debió materializarse. En todo caso, cualquier demora en la entrega, no puede retrasar el momento de adquisición de las pensiones.

Ahora bien, como contrato bilateral surgen obligaciones para ambas partes. Así, para el constituyente de la renta, además de la entrega de la capital asume como obligación la de saneamiento por evicción o vicios ocultos; y, para el deudor de la pensión o renta, el pago de ésta principalmente, y, en su caso, si así se ha convenido, la prestación de las garantías suficientes que aseguren precisamente el cumplimiento de la obligación de pago. De tales obligaciones nos ocupamos a continuación de forma separada.

A. Obligaciones del constituyente de la renta.

a) Entrega del capital

Es la obligación principal a cumplir por el constituyente de la renta, que, como bien sabemos, puede ser al mismo tiempo el beneficiario de la pensión y la persona cuya vida se toma como módulo²¹⁰. Se trata de una obligación recíproca de la del pago de la pensión que corresponde al deudor, salvo que estemos ante una donación, en cuyo caso, no es necesaria la entrega del capital, o ante un contrato a favor de tercero, que si bien, la obligación de transmitir el capital es correlativa a la del pago de la pensión; sin embargo, ésta no se verifica a favor del constituyente de la renta, sino de un tercero.

Una vez que se perfecciona el contrato, el constituyente de la renta debe cumplir con la obligación de entrega en la forma y tiempo convenidos, salvo que tal entrega haya tenido lugar en el momento mismo de celebración del contrato, como suele ser la práctica habitual. Este capital, como hemos, asimismo, expuesto, puede consistir en bienes muebles, inmuebles o en dinero cuyo dominio se transfiera desde luego al deudor de la pensión (artículo 1802 del Código Civil)²¹¹.

Resultan de aplicación las normas de entrega de la cosa previstas en el contrato de compraventa (artículos 1462 a 1473 del Código Civil). De forma que, puede realizarse una entrega real y efectiva, consistente en la puesta a disposición de la cosa en poder y posesión del deudor (artículo 1462.1 del Código Civil). Asimismo, puede tratarse de entrega simbólica, mediante el otorgamiento de escritura, si de ésta no se deduce claramente lo contrario (artículo 1462.2 del Código Civil). Este último tipo de entrega regirá también cuando el capital sean derechos reales limitados sobre cosa ajena; si bien, de no existir tal escritura, se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia o el uso que se haga de su derecho el mismo comprador, consintiéndolo el vendedor (artículo 1464 del Código Civil). Por otra parte, se deberá entregar la cosa o capital de la renta vitalicia en el estado en que se hallase al perfeccionarse el contrato. De forma que, todos los frutos pertenecen al deudor desde el día en que se perfeccionó el contrato (artículo 1468 en relación con el artículo 1095, ambos del Código Civil). Asimismo, los gastos que ocasione la entrega serán de cuenta del constituyente de la renta, salvo disposición en contrario (artículo 1465 del Código Civil). En todo caso, para la eficacia frente a terceros de la transferencia verificada del dominio será necesaria el otorgamiento de escritura pública y la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad.

En todo caso, como hemos ya señalado, se puede transmitir en lugar de la propiedad tan solo la nuda propiedad con reserva del usufructo a cambio de una cantidad que la permita abonar el coste de la residencia geriátrica y, hacer frente a los gastos que se deriven del pago de la misma²¹².

b) Obligación de saneamiento

El constituyente de la renta está obligado al saneamiento de la cosa entregada como capital, salvo que tal obligación se hubiera suprimido por convenio de los interesados. Igualmente, resulta de aplicación los preceptos de la compraventa. De modo que, como dispone el artículo 1474 del Código Civil el constituyente de la renta responde frente al deudor: 1. De la posesión legal y pacífica de la cosa; 2. De los vicios o defectos ocultos que tuviere.

Tendrá lugar el *saneamiento por evicción* cuando se prive al deudor de la renta, por sentencia firme, y en virtud de un derecho anterior al contrato de renta, de todo o parte de la cosa entregada (artículo 1475 del Código Civil). Ahora bien, el constituyente de la renta responderá de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato (artículo 1475.2 del Código Civil), y, podrá aumentar, disminuir o suprimir su obligación, si así se hubiese convenido; no obstante, será nulo todo pacto que exima a aquel de responsabilidad, y siempre que hubiera mala fe por su parte (artículos 1475.3 y 1476). Cuando el deudor hubiese renunciado a su derecho al saneamiento en caso de evicción y ésta tiene lugar, deberá el constituyente entregar solamente lo recibido en concepto de pensión o rédito, a no ser que hubiese hecho renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose, por tanto, a sus consecuencias (artículo 1477 del Código Civil).

Si la evicción tiene lugar y afecta a la totalidad de la cosa entregada en concepto de capital, se discute en la doctrina la cuestión de si el constituyente tendrá

conforme dispone el artículo 1478 del Código Civil que restituir las pensiones que hubiese recibido con anterioridad a la evicción. Frente a quienes consideran que tal restitución debería tener lugar, pues, sería injusto que el constituyente se beneficiase de tal situación²¹³; otros, en cambio, opinan que, partiendo que la acción de evicción opera *ex nunc*, tal restitución no operaría respecto de las pensiones percibidas con anterioridad a aquella²¹⁴. Lo cierto es que no existe una postura clara en la doctrina española, en todo caso, como señala GUILARTE ZAPATERO “todo depende de los beneficios que la cosa le ha podido reportar al deudor, de la condena respecto a la devolución de los frutos y de la mala o buena fe del constituyente”²¹⁵. Ahora bien, de lo que no cabe duda es que a lo que sí estará éste obligado es al pago de las costas del pleito que haya motivado la evicción como los gastos del contrato, si los hubiera pagado el deudor, así como los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato, si se vendió de mala fe (artículo 1478 del Código Civil)²¹⁶. Respecto de los frutos que haya producido la cosa, habrá de atenderse a los términos de la sentencia de condena, que, igualmente, como se ha expuesto, podrá influir en la determinación de la cuantía exacta de pensión que se ha de restituir al deudor²¹⁷.

En caso de *evicción parcial*, si la parte de la cosa entregada que se pierde fuese de tal importancia con relación al todo que sin dicha parte no se hubiera celebrado el contrato, se podrá exigir la resolución del contrato con la obligación de devolver la cosa, sin más gravámenes que los que tuviera al adquirirla.

Por otra parte, si la cosa entregada estuviera gravada, sin mencionarlo en la escritura con alguna *carga o servidumbre no aparente*, de tal naturaleza que de haberlo conocido el deudor no hubiera celebrado el contrato de renta, podrá, igualmente, pedir aquel la resolución del aquel, a no ser que se prefiera la indemnización correspondiente, todo ello en el plazo de un año. De transcurrir éste, solo podrá reclamar la indemnización dentro de un periodo igual, a contar desde el día en que haya descubierto la carga o servidumbre (artículo 1483 del Código Civil).

Si estamos ante un *saneamiento por vicios o defectos ocultos* que la cosa entregada tuviese, que la hace impropia para el uso a que se destina o disminuye de tal forma este uso que, de haberlo conocido el deudor de la renta, no habría celebrado el contrato o habría acordado una renta menor, el constituyente está obligado al saneamiento. No lo estará si tales defectos estuvieran a la vista o fueran manifiestos, ni tampoco de los que no lo estén, si el deudor es un perito que por razón de su oficio o profesión podía fácilmente conocerlos (artículo 1484 del Código Civil). Ahora bien, el deudor para hacer cumplir con esta obligación al constituyente dispone de dos medios: la acción *redibitoria*, dirigida a obtener la resolución del contrato con el abono de los gastos que pago aquel; o la acción *quanti minoris* o estimatoria para obtener una reducción de la pensión o rédito en proporción a la reducción del valor de la cosa. Los efectos de ambas acciones variarán en función de la mala o buena fe del constituyente; de forma que, si el constituyente conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa entregada y no los manifestó al deudor, si opta éste por pedir la resolución del contrato, podrá exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios (artículo 1486 del Código Civil)²¹⁸.

Finalmente, si la cosa se perdiera por efecto de los *vicios ocultos* conociéndolos el deudor, sufrirá éste la pérdida y deberá restituir las pensiones recibidas, además de abonar los gastos del contrato con los daños y perjuicios. Si no los conocía,

solo debe restituir las pensiones recibidas y los gastos del contrato que hubiera pagado el deudor (artículo 1487 del Código Civil). Pero, si la cosa entregada tuviera algún vicio oculto al tiempo de perfección del contrato de renta y luego se perdiera por caso fortuito o por culpa del deudor, podrá éste, como señala BELTRÁN DE HEREDIA “reclamar del constituyente de la renta las pensiones entregadas; si bien, con una reducción en su cuantía proporcional al valor que tenía la cosa al tiempo de perderse (artículo 1488 del Código Civil)”²¹⁹.

c) Otras obligaciones

Señala BADENAS CARPIO otras obligaciones que acompañan a las anteriores expuestas, y que son, igualmente, asumidas por el constituyente de la renta como: “1) Conservar y custodiar que se ha obligado a entregar; 2) Entregar al deudor de las pensiones los títulos de pertenencia y en general, facilitarle los informes necesarios para hacer valer el derecho transmitido y los elementos necesarios para asegurar su autenticidad y publicidad mediante la inscripción en el Registro público adecuado; 3) El pago de los gastos de otorgamiento de la escritura matriz, salvo pacto en contrario”²²⁰.

B. Obligaciones del deudor de la renta

a) Pago de la pensión o renta

El deudor que adquiere el capital está obligado a pagar la pensión en la cuantía y modalidades convenida²²¹. Habitualmente, tal pago consistirá en dinero, en una cantidad fija y determinada, sin perjuicio que también pueda consistir en la entrega de frutos o de bienes fungibles, tal como hemos expuesto en líneas precedentes, a lo que nos remitimos. En todo caso, habrá de realizarse tal pago periódicamente; no siendo necesario, pese a los términos en que se expresa el artículo 1802 del Código Civil que éste sea anual²²²; como hemos manifestado en líneas precedentes, puede convenirse una entrega mensual, trimestral, semestral, etc., o incluso, pactarse un pago anticipado, de especial relevancia cuando tiene lugar el fallecimiento de la persona que sirve como módulo de la relación, en los términos establecidos en el artículo 1806 del citado cuerpo legal. Si bien, cualquiera que sea el vencimiento de pago acordado, la renta será exigible siempre, al término de cada uno, y se deberá entregar la cantidad exacta de dinero o de productos, sin posibilidad de modificación²²³.

Por otra parte, es posible dentro del margen de autonomía que permite el artículo 1255 del Código Civil que, las partes convengan que el inicio de percepción de la renta se aplase hasta el día que el pensionista o beneficiario de la renta o pensión cumpla cierta edad. Se trata, como señala LACRUZ BERDEJO de una modalidad habitual del seguro de renta y de la técnica de las pensiones y seguros de jubilación²²⁴.

Ahora bien, de ser varios los obligados, si actúan de forma mancomunada cada uno está obligado a pagar la cuota de la pensión correspondientes (se pre-

sumen aquéllas por partes iguales); si, por el contrario, se obligan de forma solidaria todos deben pagar la totalidad de la pensión; si uno de ellos incumple por insolvencia su parte será suplida por los demás a prorrata de la deuda de cada uno (artículo 1145 apartado 3 del Código Civil)²²⁵. En todo caso, el acreedor de la renta (beneficiario, pensionista, rentista) puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidario o contra todos ellos simultáneamente. Si bien, las reclamaciones entabladas contra uno de ellos no será obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás hasta que no resulte cobrada la deuda por completo (artículo 1144 del Código Civil).

En este contexto, correlativo de tal obligación de pago de las pensiones, está el derecho del pensionista o beneficiario de la renta al percibo de aquéllas. Derecho que es de naturaleza personal, patrimonial, y transmisible. De forma que, como señala BELTRÁN DE HEREDIA “su titular puede disponer de él, y, en consecuencia, transmitir su titularidad tanto *inter vivos* como *mortis causa*. En el primer supuesto, está facultado para hacerlo a título gratuito como oneroso, así, puede cederlo, constituir un derecho de usufructo sobre él mismo, novar la relación obligatoria mediante su transformación subjetiva que lleva consigo la extinción de la primitiva obligación con nacimiento de otra nueva”²²⁶. Y, asimismo, como derecho adquirido por contrato oneroso “puede ser objeto de embargo y proceder a su transmisión forzosa, interpretando a *sensu contrario* el artículo 1807 del Código Civil”²²⁷. Para el segundo supuesto, sus herederos legítimos o testamentarios podrán, mientras viva la persona cuya vida se tomó como módulo, disfrutar, como veremos, de tal derecho a la muerte de su titular; como, igualmente, éste podrá establecer a favor de aquéllos cualquier disposición que suponga la constitución de una renta vitalicia

Al ser aquel, también, un derecho de naturaleza patrimonial, podrá ser objeto, en su caso, de las acciones subrogatoria y revocatoria o pauliana instada por sus acreedores, si la constitución de la renta se hubiera hecho en fraude de los mismos²²⁸.

b) Prestación de garantías para asegurar el cumplimiento de la obligación de pago

No siendo obligación principal y no prevista en el artículo 1802 del Código Civil; sin embargo, las partes pueden convenir válidamente su prestación. El deudor asume la obligación de proporcionar al constituyente garantías suficientes que le asegure el eficaz cumplimiento de su obligación de pago. Tales garantías pueden ser de todas clases: reales, como la prenda e hipoteca o, personales como la fianza. Habitualmente, se opta por la garantía real de hipoteca. Hipoteca de rentas y prestaciones periódicas prevista en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, que permite tantas ejecuciones como rentas o pensiones periódicas garantice, sin que la adjudicación del bien hipotecado conlleve la extinción de las mismas, ya que subsiste hasta la total satisfacción de cada una de las pensiones, mientras viva la persona cuya vida se ha tomado como módulo de la relación jurídica de renta²²⁹.

Precisamente, la posible adquisición de un bien hipotecado en garantía de renta ha generado en la doctrina un debate sobre si el adjudicatario del bien hipotecario asume el pago de las restantes pensiones o no.

Para un sector de la doctrina, el adquirente del bien gravado asume automáticamente la deuda asegurada, quedando como deudor personal mientras se man-

tenga la titularidad dominical del bien gravado y liberando al deudor primitivo, ya que, la hipoteca del artículo 157 LH es “una carga real y no tiene, por tanto, carácter accesorio, y desde el mismo momento de su constitución desaparece la responsabilidad personal del deudor”²³⁰.

Frente a tal postura, se argumenta, de forma a nuestro parecer acertada, que: “1. No existe base para afirmar la automática asunción de la deuda por el adquirente o rematante de la finca, que, en todo caso, exigirá el consentimiento del acreedor (artículos 1205 del Código Civil y 118 de la LH), ni, por tanto, la consiguiente liberación del primitivo deudor; 2. Que la hipoteca rentaria es una hipoteca normal desde el punto de vista de su accesoriadad; 3. Que se mantiene a favor del acreedor la acción personal para exigir el pago de las pensiones al primitivo deudor, independientemente de la acción hipotecaria de realización de valor; y, 4. Que, finalmente, sería injusto privar al constituyente-pensionista de la renta de la solvencia del primitivo deudor, como liberar a éste de una deuda que personalmente asumió, y hacerla recaer sobre el adquirente que nunca pretendió asumir tal obligación”²³¹.

Por tanto, quien adquiere un bien inmueble hipotecado en garantía de renta, tiene la condición de tercero que no asume la obligación personal de pagar la pensión, sino que solamente viene obligado a tolerar la ejecución hipotecaria ante el posible impago de una o varias pensiones, siempre que, como resulta obvio, no se haya convenido la asunción de la deuda.

Además, de la hipoteca, como hemos indicado, el derecho de renta puede ser objeto de pignoración, bien de toda la renta en su entidad unitaria, bien de cada una de las pensiones pendientes de vencimiento²³². O, igualmente, puede ser garantizado mediante fianza. El fiador, como obligado (deudor) accesorio del deudor principal, bien se haya comprometido de forma solidaria o bien subsidiaria; al igual que éste, responde frente al constituyente de la renta con todo su patrimonio (artículo 1911 del Código Civil).

7. EFECTOS DEL CONTRATO DE RENTA VITALICIA

Visto el contenido del contrato de renta vitalicia, conformado, como hemos expuesto, si se conviene a título oneroso, por las obligaciones que recíprocamente asumen los sujetos del negocio, de entregar el capital convenido y de pagar la pensión establecida como contraprestación de aquél, queda por analizar los efectos que el incumplimiento de las obligaciones que respectivamente asumen las partes en la renta vitalicia, como también, los efectos que la muerte de la persona cuya vida se contempla como módulo, tienen en relación con la renta a pagar. Y, finalmente, las consecuencias que la muerte del constituyente o del deudor tiene sobre el negocio de renta vitalicia, más concretamente, sobre las respectivas obligaciones asumidas por tales sujetos.

A. *La irresolubilidad del contrato por incumplimiento.*

El artículo 1805 del Código Civil dispone expresamente que “*la falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al preceptor de la renta vitalicia a exigir el*

reembolso del capital, ni a volver a entrar en la posesión del predio enajenado; sólo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras". De forma que, el incumplimiento del deudor de su obligación de pago de las rentas no resuelve el contrato, sino que simplemente autoriza al constituyente-beneficiario de la renta a reclamar judicialmente las pensiones atrasadas, acción que prescribe a los cinco años (artículo 1966 del Código Civil)²³³. Supone una excepción a la regla general contenida en el artículo 1124 del citado cuerpo legal²³⁴. E, impide, por tanto, la aplicación al contrato de renta de la llamada "condición resolutoria implícita".

Por otra parte, nada se indica en el mencionado artículo 1805, sobre las consecuencias que se derivan para el caso que quien incumpla, sea el constituyente de la renta con su obligación de entrega del capital, habrá que entender que en este caso, si resulta de aplicación el citado artículo 1124 y, el deudor podrá exigir a aquél el cumplimiento de la obligación, o la resolución del contrato en su caso con el resarcimiento de daños y abono de los intereses en ambos supuestos. Parece que, en principio, no hay nada que lo contradiga²³⁵.

Ahora bien, el fundamento de esta opción del legislador por excepcionar el citado artículo 1124 en la renta vitalicia, la sustenta la doctrina en diversos argumentos: 1. Para evitar un enriquecimiento injusto del pensionista que podría quedarse con el capital y con las pensiones ya satisfechas²³⁶. Frente a esta opinión se objeta que si el artículo 1124 concede en todo caso, no sólo el derecho a reclamar el abono de los intereses, sino además el resarcimiento de los daños ocasionados; por lo que, no hay razón alguna para poner reparos a su aplicación al contrato de renta vitalicia, tratando con ello de impedir que perciba algo más que los simples intereses del capital²³⁷; 2. Por razones de oportunidad y conveniencia respecto de una obligación que, se cumple en diversos vencimientos, unido al escaso perjuicio que en un contrato de tracto sucesivo puede suponer el impago de algunas pensiones²³⁸; argumento, igualmente, discutible ya que tal impago supone el incumplimiento de la obligación principal del deudor, incumplimiento que, en otros contratos, faculta a pedir la resolución; 3. En la existencia de una voluntad presunta de los interesados de excluir de resolución, la falta de pago de alguna de las pensiones, contemplando la renta vitalicia en su conjunto y no en la singularidad de las distintas pensiones. A lo que se añade que, como la renta sirve frecuentemente para asegurar el mantenimiento del rentista durante toda su existencia, reintegrarle el capital o la finca podrían ocasionarle un daño al tener que buscar otra inversión. Se explica, por tanto, en el propio interés del acreedor, dado el carácter duradero de la obligación²³⁹; 4. En la naturaleza aleatoria del contrato, al considerar que pugna con el remedio que supone la resolución contractual, dirigido a reponer las cosas en la situación que tenían en el momento inicial del contrato. Frente a tal criterio habría que objetar que una cosa es el riesgo propio del negocio, y otra intentar vincularlo a la actuación de uno de los sujetos, en concreto al que incumple con su obligación²⁴⁰; 5. En el carácter periódico de la obligación debida por el deudor de las pensiones²⁴¹; 6. Finalmente, se basa tal exclusión en los caracteres unilateral y real del contrato, que le atribuye un sector de la doctrina, ya que sería injusto que el acreedor recobrarse el capital y retuviese las pensiones satisfechas, que no representan el interés de aquél, sino su cuota de

amortización²⁴²; si bien, por si sólo tales caracteres ya excluyen la aplicabilidad del artículo 1124 del Código Civil.

De todas formas, cualquiera que sea el argumento que se emplee para justificar el artículo 1805 del citado cuerpo legal; lo cierto es que, a falta de pacto, el acreedor únicamente está facultado, ante el incumplimiento del deudor de su obligación de pago de las pensiones, a reclamar judicialmente el pago de las pensiones atrasadas, así como el aseguramiento de las futuras mediante cualquiera de los instrumentos de garantía que establece nuestro ordenamiento²⁴³. Lo que viene a conceder al deudor, como acertadamente señala la doctrina, una protección muy amplia.

Ahora bien, aunque no lo dispone expresamente el Código Civil, si bien, tampoco lo impide ya que, la no aplicación de la condición resolutoria implícita se puede referir al supuesto de impago de las pensiones; como al supuesto que, el deudor incumple con su obligación de prestar las garantías suficientes para asegurar las pensiones futuras; en este caso, sí que procedería la aplicación la resolución contractual prevista en el artículo 1124 del Código Civil tanto si se trata de garantías fijadas judicialmente, como convenidas por las partes²⁴⁴.

En puridad, señala RODRÍGUEZ MORATA “no resulta exagerado afirmar que este pacto contrario a la letra del artículo 1805 del Código Civil constituye una única garantía eficaz de carácter general que puede asegurar el derecho del acreedor o beneficiario de la renta”²⁴⁵.

En este contexto, partiendo de la naturaleza dispositiva del artículo 1805 del Código Civil resulta posible, tal como señala unánimemente la doctrina²⁴⁶ y la jurisprudencia²⁴⁷, que las partes convengan dentro de los límites que fija el artículo 1255 del citado cuerpo legal un pacto resolutorio expreso para el supuesto de incumplimiento por el deudor de su obligación de pago de las pensiones. Conviene advertir, como hace ALBALADEJO GARCÍA que “lo mismo que se puede pactar el derecho a la resolución por impago de la renta, también se puede establecer que este impago haga él mismo automáticamente de condición resolutoria. Entonces el contrato queda resuelto *ipso iure*, sin necesidad de que lo pida el rentista, desde que se produzca el impago que sea, lo mismo que lo quedaría si se hubiese puesto otro hecho cualquiera como condición resolutoria”²⁴⁸.

En cuanto al alcance del pacto resolutorio, se suele en la práctica pactar alguna de las siguientes modalidades: a) Que producida la resolución por impago de la renta, se restituya el capital, el deudor retenga los intereses o frutos producidos, y el acreedor las pensiones recibidas hasta entonces; b) Que, en compensación por los perjuicios sufridos por el pensionista, éste no sólo conserva las rentas percibidas, sino que tendrá derecho a que le restituyan los frutos producidos por el capital; lo que equivale a una cláusula penal, sometida a la facultad moderadora de los tribunales (artículo 1154 del Código Civil)²⁴⁹.

En todo caso, tanto para este supuesto como para el de la resolución por falta de garantías, el criterio más adecuado, es el de la resolución sin efectos retroactivos (*ex nunc*); de forma que, el deudor debe reintegrar el capital, reteniendo los frutos e intereses y el rentista, en compensación, conservará las pensiones recibidas²⁵⁰. No obstante, habrá que estarse a lo convenido por las partes.

Respecto a la posible virtualidad del pacto resolutorio frente a terceros, si se conviene una cláusula resolutoria por falta de pago de las pensiones, y siempre

que la misma tenga acceso al Registro de la Propiedad conforme a los artículos 9.2 de la LH y 51.6ª del RH, tratándose de renta vitalicia constituida sobre bienes inmuebles, si se declara resuelto el contrato, el adquirente de la finca o el titular de los derechos sobre la misma, se vería perjudicado por la resolución²⁵¹.

Ahora bien, como señala GUILARTE ZAPATERO la resolución convencional del contrato de renta vitalicia, además, de los supuestos descritos, puede tener lugar: “1. Por la disminución de las garantías. Así, se entiende incumplida la obligación de garantizar las rentas, no sólo cuando el deudor no presta las convenidas, sino también cuando las ofrecidas no son suficientes para la finalidad perseguida. 2. Por el hecho de no pagarse en la fecha precisamente convenida (pacto de esencialidad del término). Con ello se pretende evitar la morosidad del deudor. 3. Por acordarse de que resuelto el contrato por falta de pago de las pensiones (o de cualquier otra causa resolutoria convencionalmente prevista) el acreedor recupera el capital constitutivo de la renta vitalicia, conservando las pensiones recibidas hasta el momento en que tiene lugar la resolución (pacto de comiso)”²⁵².

Pero, además, de estos supuestos, donde el acreedor ejerce su facultad resolutoria del contrato de renta, también se indica por este mismo autor que, “es posible que se convenga que tal facultad corresponda al deudor; esto es, responda a su interés. Así se puede establecer un pacto de redención; de forma que, siempre que se cumpla con lo convenido en el mismo, se sustituyan los diferentes pagos periódicos por uno único, que será el resultado de la capitalización de la renta hecha, por supuesto, de acuerdo a lo convenido”²⁵³. O, asimismo, que “los interesados acuerden la resolución de la renta a instancias del deudor, mediante las circunstancias que se determinen, liberándose de continuar pagando las rentas mediante la devolución del capital o del predio recibido”²⁵⁴.

Ahora bien, hasta ahora nos hemos referido a la resolución del contrato oneroso de renta vitalicia, pero que ocurre, si nos encontramos ante renta vitalicia constituida a título gratuito; cabe preguntarse si resulta de aplicación, igualmente, lo dispuesto en el artículo 1805 del Código Civil. A ello responde la doctrina que si se trata de una donación pura el pensionista o beneficiario de la renta solo estará facultado para exigir el pago de la renta o pensión a su vencimiento en virtud de las reglas propias de la donación, por lo que se excluye las del contrato oneroso, y, por ende, el citado artículo 1805²⁵⁵. Si estamos ante una donación onerosa o un negocio mixto con donación, frente a quienes disponen que para este caso resulta de aplicación el artículo 647 del Código Civil, es más correcto entender que, teniendo presente lo que establece el artículo 622 del citado cuerpo legal para las donaciones con causa onerosa que deberá regirse por las reglas de los contratos; además, del hecho que en este caso concurren las circunstancias que explican el mencionado artículo 1805, y, que la revocación haría desaparecer también la atribución al tercero, parece que este precepto resultaría aplicable²⁵⁶.

B. Efectos de la extinción de la vida contemplada

El artículo 1806 del Código Civil dispone que: “*La renta correspondiente al año en que muere el que la disfruta, se pagará en proporción a los días en que hubiese vi-*

vido; si debía satisfacerse por plazos anticipados, se pagará el importe total del plazo que durante su vida hubiese empezado a correr”.

La literalidad del precepto parece deducirse que *“la muerte del que disfrutaba de la renta”* es la única que pudiera servir como módulo para fijar la duración de la relación jurídica de renta vitalicia. Ciertamente, lo más habitual es que se tome como módulo la vida del constituyente, que, además, es el beneficiario de la renta. Con ello se evitan contradicciones²⁵⁷.

En este contexto, continúa el mencionado precepto señalando que *“la renta se pagará en proporción a los días en que hubiese vivido”*; lo que resulta lógico, pues las pensiones son frutos civiles (artículo 355.3 del Código Civil)²⁵⁸, y éstos se entienden percibidos día a día (artículo 474 Código Civil). Asimismo, se hace referencia *“al año en que muere”* pensando en vencimientos periódicos anuales, pero también es posible pactar, en los términos vistos, otros vencimientos inferiores como superiores a una anualidad (semanal, mensual, trimestral, etc.). Sea el plazo convenido para el pago anual u otro distinto, salvo previsión contraria de las partes, lo habitual es que se realice el pago de la renta vencido cada uno de los períodos, esto es, por la totalidad del plazo señalado, y que el deudor pueda cumplir con su obligación, sin incurrir en mora hasta el último instante del día siguiente al del vencimiento. En todo caso, si muere la persona cuya vida sirve de módulo en el año que la disfrutaba el beneficiario de la renta, ésta se pagará al acreedor -o, a su muerte, a sus herederos- en *“proporción a los días en que aquél hubiera vivido”*, sean dos, cinco, seis, diez, de plazo anual, mensual, trimestral, etc.. Precisa MARTÍNEZ VELENCOSO *“esta misma regla de la proporcionalidad se debe observar cuando la renta no se haya fijado por anualidades, sino por período de tiempo inferiores”*²⁵⁹.

Ahora bien, si se opta, como es admisible, al constituir la renta por pactarse que, ha de satisfacerse la renta por plazos anticipados, a la muerte del titular de la vida módulo *“se pagará al constituyente de la renta el importe total del plazo que durante su vida hubiese comenzado a correr”*. De manera que, el beneficiario puede exigir con base a tal pacto de anticipación, el abono por entero del plazo que antes de la extinción, hubiera comenzado a correr. Aunque la expresión de pago anticipado no es muy adecuada, pues, si se ha anticipado, es que ya se ha pagado, y, si no se ha hecho tal pago en el momento que correspondía, el deudor ha incurrido en mora con las consecuencias que de ello se deriva; lo cierto es que, como señala GUILARTE ZAPATERO *“el precepto quiere significar el derecho del acreedor a la percepción total de la pensión correspondiente al período de que se trata y que no habrá de devolver cantidad alguna por el tiempo comprendido entre la muerte que extingue la relación y el momento final del plazo previsto”*²⁶⁰. Los herederos a la muerte de aquel tendrán, igualmente, derecho a que la pensión les sea satisfecha en su totalidad.

C. Efectos de la muerte del pensionista o del deudor

Está claro que una de las causas por la que se extingue la renta, es la que tiene lugar cuando muere la persona cuya vida se ha tomado como módulo. Puede ser, como tantas veces hemos reiterado, que la persona del constituyente, sea a su vez el beneficiario de la renta, y la persona cuya vida se toma como módulo; o, incluso, puede darse el caso, que sea la del deudor la que sirve a tal fin.

Ahora bien, desde tal planteamiento que sucede, si es distinta la persona-módulo del constituyente y del deudor de la renta, es un tercero extraño a la relación, y cualquiera de aquellos premuere a éste.

Si quien premuere es el deudor, existe un parecer coincidente en la doctrina en este caso, se ha de admitir que sus herederos seguirán obligados a satisfacer las pensiones al preceptor de la renta hasta la muerte del tercero²⁶¹.

Pero si quien muere con anticipación al tercero es el acreedor-beneficiario de la renta, la doctrina no se muestra tan unánime. Así frente a quienes, al igual que en el supuesto anterior, consideran transmisible a los herederos, el derecho al percibo de las rentas, sobre la base de que tal derecho no tiene carácter personalísimo; y, además, para determinar la duración de la renta se toma como medida de referencia la vida de la persona que se toma como módulo, no la del pensionista; sólo aquella, por tanto, tiene carácter esencial y no ésta²⁶². De todas formas, no faltan autores como LACRUZ BERDEJO que, por el contrario, entiende que “aunque puede, desde luego, pactarse que la renta sea transmisible a los herederos o que revierta a otra persona. A falta de pacto, se habrá de atender a la intención de las partes. En la duda, parece que el derecho persiste aun falleciendo el acreedor cuando se constituye la renta por título oneroso; y no, si fue una donación del propio deudor al pensionista”²⁶³. En esta misma línea, se expresa ALBALADEJO GARCÍA al disponer que “el espíritu de la ley es que la pensión pueda durar lo que la vida del tercero. Luego, cesa si éste muere antes que el pensionista. Pero también, se extingue por la muerte del pensionista, aunque le sobreviva el tercero. Así, pues, no pasa a sus herederos”²⁶⁴.

Sobre tales bases, a nuestro parecer, sólo la muerte de la persona cuya vida se tomó como módulo supone la extinción de la renta, no así la muerte del pensionista-acreedor de la renta, pues, como tal derecho de crédito no sólo es transmisible *inter vivos*, sino también *mortis causa*.

8. LA RENTA VITALICIA GRATUITA

Como ya expusimos, son diversas las fuentes de constitución de la renta vitalicia, así, aparte de por disposición de ley, por sentencia judicial, puede tener lugar en virtud de un negocio jurídico de carácter oneroso o gratuito.

Del contrato oneroso nos hemos ocupado a lo largo de nuestro estudio sobradamente, pues, aunque optamos por un estudio unitario de la materia, no podemos obviar que, casi la totalidad de la normativa de la renta vitalicia, a excepción del artículo 1807 del Código Civil, está dedicado al tipo contractual oneroso.

De entre los tipos de negocios jurídicos gratuitos, sólo nos referiremos en este apartado, al más frecuente e importante, como es sin duda la donación. Siguiendo a QUIÑONERO CERVANTES podemos definir el contrato de donación de renta vitalicia como “aquel en cuya virtud una persona (donante-deudor), con ánimo de liberalidad, se empobrece en parte de su propio patrimonio mediante la entrega periódica a favor de otra (donatario-acreedor) que acepta el beneficio –con el que se enriquece– durante el tiempo de vida de la persona que se contempla en el contrato”²⁶⁵. Resulta necesario el *animus donandi*²⁶⁶.

Ahora bien, este contrato renta vitalicia nacido de una donación, como típico contrato de disposición patrimonial puede, a su vez, configurarse de diversas formas expuestas de manera impecable por GUILLARTE ZAPATERO²⁶⁷:

“A) Como donación directa *“inter vivos”* al amparo del artículo 618 del Código Civil, como forma más habitual de renta vitalicia gratuita, o *“mortis causa”* tal como establece el artículo 620 del citado cuerpo legal (legado de renta). En todo caso, en cualquiera en ambos casos será aplicable toda la normativa general de las donaciones. En este caso, el donante por un espíritu de liberalidad (*“animus donandi”*), en detrimento de su propio patrimonio, -pues, no recibe nada a cambio-, ofrece al donatario que acepta, la percepción de una renta o pensión en cuantía fija y determinada; si bien, incierta en su duración y extensión, pues, dependerá de cuanto viva la persona cuya vida se toma como módulo. La aleatoriedad, característica típica de la renta vitalicia, para esta modalidad contractual no constituye, tal como expusimos en su momento, un elemento esencial del mismo, sino que opera sólo dejando incierta tanto la extensión como la duración de la liberalidad del donante”.

En este contexto, señala BELTRÁN DE HEREDIA, que este contrato de donación *inter vivos* de renta vitalicia suele, asimismo, adoptar en la práctica dos formas: “1) Que el donante se comprometa con el propio donatario a pagarle periódicamente una pensión mientras viva una determinada persona, ya sea el donante, donatario o una tercera persona extraña. Contrato unilateral en el que el donante se convierte en deudor de la pensión y el donatario, en acreedor de un derecho a percibir la renta o pensión convenida. No hay, en este caso, entrega de capital alguno; 2) Que el donante-deudor cede al donatario-acreedor una pensión vitalicia que tenía a su favor. Este segundo supuesto, puntualiza el citado autor, puede formalizarse mediante una cesión de créditos (artículos 1527 y siguientes del Código Civil); o mediante delegación al amparo de las reglas contenidas en los artículos 1203 y 1204 del Código Civil. Se origina la renta en un contrato bilateral y oneroso, y consecuencia de la cesión, el donatario se subroga en el puesto que tenía el donante. Aquí, previamente si ha habido entrega de capital”²⁶⁸.

“B) Como donación indirecta, o como *“negotium mixtum cum donationem”* que, como vimos al tratar de la onerosidad, como uno de los caracteres de la renta, tiene lugar cuando la cantidad fijada por las partes como renta o pensión puede ser desproporcionada en relación con el capital entregado como contraprestación”. Como observa BELTRÁN DE HEREDIA en el presente supuesto “las partes configuran de forma especial un contrato oneroso en el que la desproporción de las prestaciones es buscada de propósito con fines de liberalidad. Lo que aquellos quieren es realizar una donación que constituye la finalidad de su actividad contractual”. Aunque, a continuación, precisa este autor “tenga que considerarse un contrato oneroso, cuya forma externa y típica conserva y cumple, a pesar de que una de las prestaciones sea irrisoria y de tal modo desproporcionada a la otra que realmente no exista reciprocidad”²⁶⁹.

“C) Finalmente, como un contrato a favor de tercero (artículo 1257.2 Código Civil). Es posible que la renta se haya convenido a título oneroso, mediante la entrega de capital a quien asume recíprocamente el pago de la renta o pensión, pero estableciéndose como beneficiario de ésta a una persona distinta del constituyente de la renta. Como bien sabemos, para que tenga plena eficacia resulta esencial la

aceptación por el tercero de tal renta vitalicia, antes de que tenga lugar la revocación por el promitente”²⁷⁰.

Sobre tales bases, ante el supuesto habitual de donación pura y simple, para que el negocio de renta a título gratuito se perfeccione, resulta necesaria la aceptación del donatario (artículo 623 del Código Civil). A partir de tal momento, deberá hacerse efectivo por el donante-deudor la pensión o renta en la cantidad y plazos convenidos; mientras dure la vida de la persona que se ha tomado como módulo, que puede ser ésta la del donante, donatario o, incluso la de un tercero extraño a la relación o la de varias personas (artículo 1803). Y, se aplicarán, como hemos señalado, toda la normativa propia del contrato de donaciones, a excepción del artículo 633 del Código Civil, que ordena la forma de escritura pública para la donación de bienes inmuebles.

Pero, además, de resultar aplicable tal normativa general, en la regulación específica de la renta vitalicia, existe una norma, como tantas veces hemos insistido, referida únicamente a la renta vitalicia a título gratuito. Es el artículo 1807 del citado cuerpo legal que dispone: *“El que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no está sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista”*.

Como principal efecto de esta norma es que, siempre que así lo hubiera establecido el donante-constituyente de la renta puede establecer de forma expresa una cláusula de inembargabilidad de la pensión o renta ante obligaciones del beneficiario o pensionista. Supone una excepción al principio de responsabilidad universal sancionado por el artículo 1911 del Código Civil como garantía genérica de la obligación (responsabilidad patrimonial universal) al excluir del ámbito de actuación de los acreedores los bienes transmitidos a cambio de renta, y, asimismo, en los artículos 605 y siguientes de la LEC²⁷¹. Al respecto, declara el citado artículo 605 en su número 4 que no serán en absoluto embargables “los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal”; reconociendo con ello de forma expresa que, igualmente, hay que atender a aquellas disposiciones legales que puedan declarar específicamente, en algún caso, la inembargabilidad.

Así ocurre con el citado artículo 1807 del Código Civil cuyo fundamento descansa en que representando la renta vitalicia a título gratuito un incremento en el patrimonio del donatario-pensionista, sin retribución o contraprestación alguna por su parte; difícilmente puede tener lugar un posible perjuicio o fraude en los intereses de sus acreedores presentes y futuros²⁷². En todo caso, si “el beneficiario-donatario renuncia a la atribución que le ofrece el donante; esa renuncia no determina por sí misma su insolvencia, sino que impedirá la adquisición de un derecho que “salvo en el caso de la renta constituida a favor de tercero, está subordinado a la voluntad del adquirente”²⁷³.

En todo caso indica RODRÍGUEZ MORATA que “el establecimiento de la cláusula de inembargabilidad de la renta vitalicia debe hacerse a través de una declaración expresa en el momento de otorgarse o constituirse la renta, sin que queda la posibilidad de presumirla”²⁷⁴.

Ahora bien, limitada tal inembargabilidad a las rentas vitalicias a título gratuito, debe precisarse que, sólo tienen tal naturaleza las constituidas sin contraprestación de ninguna clase por parte del pensionista; de tal forma que, no goza de tal efecto, ni las donaciones modales, ni la establecida como condición de una

donación, ni la llamada donación indirecta o *negotium mixtum cum donationem*, ni siquiera la donación que disimule un contrato oneroso de renta vitalicia²⁷⁵.

A todo esto, hay que advertir que no basta para que tenga operatividad la inembargabilidad que la renta vitalicia tenga carácter gratuito, sino que es necesario, también que aquella así se declare al otorgarse o constituirse la renta²⁷⁶, no en otro momento distinto o posterior. Todo ello con la finalidad, señala MANRESA Y NAVARRO “de evitar posibles y fraudulentas novaciones”²⁷⁷.

Pactada expresamente la cláusula de inembargabilidad de la renta vitalicia está claro que, las pensiones o rentas que percibe el donatario quedan sustraídas a la acción de sus acreedores, sin que ello afecte al constituyente de la renta ni a sus acreedores, pues, éstos podrán impugnarla, si representa un fraude de sus derechos.

Si bien, como señala GUILARTE ZAPATERO “tal inembargabilidad solo se refiere al crédito de la renta, y de las respectivas pensiones periódicas, no a las cantidades que, procediendo de la satisfacción de aquellas, son ingresadas en el patrimonio del rentista pues, dejan de tener autonomía para pasar a forma parte de la masa patrimonial. Esto es, los acreedores no podrán perseguir las rentas vencidas no satisfechas”²⁷⁸.

Finalmente, no existe acuerdo en la doctrina sobre la prohibición de ceder la renta en la que se ha pactado una cláusula de inembargabilidad. Parece que de admitirse se eludiría la finalidad perseguida por tal cláusula, privándola de contenido²⁷⁹; o, asimismo, se llega a decirse que, cuando la ley permite la sustracción de la garantía al poder de los acreedores, puede entenderse que implícitamente y con más razón, está negando, asimismo, la cesión. Lo cierto es que no está tan claro que conforme a lo previsto en el artículo 1807 del Código Civil se pueda incluir también tal prohibición de cesión, aunque solo sea implícitamente, ni –según las circunstancias- en la propia gratuidad del contrato de donación, pues, como precisa, de nuevo GUILARTE ZAPATERO “la libre disponibilidad de un bien o de un derecho, teniendo origen voluntario o convencional, no sólo exige la existencia de un interés legítimo que justifique la derogación del principio general de la libre disponibilidad, sino debe resultar de una manifestación expresa de quien se encuentre legitimado para imponerla, y no extenderla más allá de los estrictos términos en que aparece concebida”²⁸⁰.

De forma que, no entendiendo recogida en el citado precepto la prohibición de cesión de la renta donada; si las partes no quieren que ésta tenga lugar, corresponde al propio donante-constituyente prohibirla expresamente; en línea con lo dispuesto en el propio artículo 1112 del Código Civil y, será entonces como señala LACRUZ BERDEJO cuando “tal prohibición será eficaz *erga omnes*, y difícilmente se salvará de ella al tercer adquirente de buena fe, ante el carácter *intuitu personae* que suele tener, visiblemente, la donación”²⁸¹.

9. EXTINCIÓN DE LA RENTA VITALICIA

Además de las causas de extinción específicas de la renta vitalicia debemos referirnos a las causas comunes de ineficacia y extinción propia de los contratos contenidas en el Código Civil, algunas de ella son causas intrínsecas al propio negocio, afectando a un elemento esencial del mismo; otras son causas extrínsecas,

haciendo cesar sus efectos jurídicos mediante la extinción del contrato de renta que ha nacido válido y perfecto.

Respecto de las primeras hay que destacar la muerte de la persona cuya vida sirve de módulo para determinar la duración del pago de la pensión, o de la última de ellas si son varias, y no se ha pactado otra cosa (artículo 1806 del Código Civil) será la del propio constituyente de la renta, y causa de nulidad de la renta cuando se constituye sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento (artículo 1804 del Código Civil)²⁸².

Ahora bien, se ha planteado en la doctrina si se extingue por el fallecimiento del pensionista, si la vida que se ha tomado como referencia para fijar la duración de la obligación es la de otra persona. Al respecto señala LACRUZ BERDEJO que “puede pactarse que la renta sea transmisible a los herederos o que revierta en otra persona”. Si bien, entiende que “a falta de pacto, se habrá de atender a la intención de las partes”²⁸³.

Respecto a las segundas podemos aludir a las siguientes: a) Nulidad: se considera nulo de pleno derecho un negocio cuando falta algún requisito o elemento esencial del mismo, o se dispone en contra de lo establecido en un precepto legal. La renta vitalicia será, en lógica consecuencia, nula si falta el consentimiento de las partes, o el objeto del contrato o, incluso, si la causa es ilícita por ser contraria a la ley o a la moral²⁸⁴; b) Anulabilidad: ante la existencia de vicios del consentimiento como el error, la violencia, intimidación y dolo (artículo 1265 del Código Civil). De modo que, la acción para que tenga lugar aquella es ejercitable en el plazo de cuatro años, estando legitimados para ello los interesados. Si bien, como tal contrato nacido válido, pero susceptible de impugnación, puede ser, asimismo, confirmable o convalidable, expresa o tácita por el contratante al que corresponda el ejercicio de la acción de anulabilidad y siempre que cumpla tal negocio los requisitos del artículo 1261 del Código Civil²⁸⁵; c) Rescisión por lesión: conviene precisar que la aleatoriedad de la renta produce la inaplicabilidad de la rescisión por lesión; si bien, en los términos vistos podrá operar cuando el perjuicio (lesión) que experimente una de las partes tenga su origen en el elemento propio y típico del negocio, es decir, en la mayor o menor duración de la vida tomada como módulo²⁸⁶; d) Resolución del contrato de renta: como regla general, no admite la resolución del contrato por falta de pago de las rentas y por tanto, la aplicabilidad del artículo 1124 del Código Civil, propio de los contratos bilaterales y sinalagmáticos, salvo que las partes hayan acordado un pacto expreso de resolución por falta precisamente de pago de las rentas²⁸⁷. En todo caso, la resolución tendrá lugar cuando el deudor de la renta no aporte las garantías comprometidas; o cuando aquel se vea privado de la cosa entregada como capital, consecuencia de los vicios ocultos o por evicción; o por falta de pago de la pensión²⁸⁸; o por incumplimiento de la condición resolutoria o suspensiva a que se supedita su efectividad²⁸⁹; o, en fin, incumplimiento de las obligaciones²⁹⁰. En todo caso, procede la reclamación del pago de las pensiones debidas y no pagadas²⁹¹; e) Redención o rescate: no existe precepto que lo establezca, ni tampoco que lo prohíba. De ahí que, exista coincidencia en la doctrina en afirmar que es posible dentro del margen que permite el artículo 1255 del Código Civil, que las partes convengan expresamente una cláusula de redención o rescate, que consistirá en el pago de una suma de dinero equivalente a la renta capitalizada, después de haber calculado el importe total teniendo en cuenta tanto los plazos como la duración probable de la

vida de la persona que se toma como módulo²⁹²; f) Mutuo disenso: no existe inconveniente que las partes, además, de crear un vínculo contractual, puede asimismo convenir como extinguirlo, bien antes de iniciar su ejecución, bien durante su desarrollo²⁹³; g) Novación: resulta aplicable a la renta, siempre que sea extintiva y no meramente modificativa, pues, de lo contrario no tendrá lugar tal extinción²⁹⁴; h) Condonación: el beneficiario o preceptor de la renta puede remitir, de modo expreso o tácito, la obligación de pago de las rentas del deudor; aplicando las normas contenidas en los artículos 1187 y 1190 del Código Civil; particularmente, las reglas sobre donaciones inoficiosas²⁹⁵; i) Confusión: reunida en una misma persona el deudor y acreedor o beneficiario de la renta, queda extinguida la renta, siendo de aplicación las normas contenidas en los artículos 1192 y siguientes del Código Civil, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1194 del citado cuerpo legal, que dispone al respecto que, cuando existan varias personas por el lado deudor o acreedor y, se trate de una deuda mancomunada, no queda extinguida ésta por confusión, sino en la proporción correspondiente al deudor o acreedor en quien concurren ambos conceptos²⁹⁶; j) Compensación: existe, igualmente, en la doctrina coincidencia en aplicar a la renta vitalicia esta causa de extinción. Si bien, al ser necesario que ambas deudas estén vencidas y sean líquidas y exigibles (artículo 1196.3 y 4 del Código Civil). La compensación en el contrato de renta solo podrá operar respecto de las pensiones vencidas y no pagadas, pues, resulta evidente que el deudor de las mismas podrá oponer al acreedor-beneficiario, el crédito que tenga contra él, que también participará de los caracteres de principal, líquido exigible y vencido. No será, por tanto, susceptible de compensación el derecho o crédito considerado unitariamente, al no poder aplicarle las reglas que exige el citado artículo 1196, hasta el momento de su vencimiento que tendrá lugar con la muerte de la persona cuya vida se tomó como módulo. Hasta ese momento existirá incertidumbre tanto de la duración como de la cuantía total de la renta o pensión²⁹⁷; k) Prescripción: la pretensión de cobro de cada uno de los vencimientos prescribe a los cinco años (artículo 1966.3 del Código Civil)²⁹⁸; y, l) Revocación y reducción: tratándose de renta vitalicia gratuita le resultan aplicables las causas de revocación de las donaciones prevista en los artículos 644, 647 y 648 del Código Civil²⁹⁹.

III. TRATAMIENTO FISCAL DE LA RENTA VITALICIA

Nos vamos a referir esencialmente al tratamiento en dos ámbitos fiscales concretos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF) regulado en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, y el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD) regulado en el Real Decreto Legislativo por el que se regula el Texto Refundido de la Ley de Impuesto de transmisiones patrimoniales y Acto Jurídicos Documentado.

1. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Tal como dispone el artículo 25.3.2º del LIRPF respecto a rentas vitalicias inmediatas, que no hayan sido adquiridas por herencia, legado o cualquier otro tí-

tulo sucesorio, se considerará rendimientos íntegros de capital mobiliario para el acreedor de la renta o rentista el resultado de aplicar a cada anualidad los porcentajes siguientes: 40%, cuando el preceptor tenga menos de 40 años; 35%, cuando el preceptor tenga entre 40 y 49 años; 28%, cuando el preceptor tenga entre 50 y 59 años; 24%, cuando el preceptor tenga entre 50 y 65 años; 20%, cuando el preceptor tenga más de 66 y 69 años; y 8%, cuando el preceptor tenga más de 70 años.

Estos porcentajes serán los correspondientes a la edad del rentista en el momento de la constitución de la renta y permanecerán constantes durante toda su vigencia.

En cuando a las rentas temporales inmediatas, que no hayan sido adquiridas por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio, se considerará rendimiento del capital inmobiliario: 12%, cuando la renta tenga una duración inferior o igual a 5 años; 16% cuando la renta tenga una duración superior a 5 e inferior o igual a 10 años; 20% cuando al renta tenga una duración superior al 10% e inferior o igual al 15 años; y, el 25% cuando la renta tenga una duración superior a 15 años (artículo 25.3.3º de la citada norma).

Si se trata de rentas vitalicias diferidas (artículo 25.3.4º de la LIRPF) que no han sido adquiridas por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio se considera rendimiento del capital mobiliario el resultado de aplicar a cada anualidad el porcentaje previsto en el apartados anteriores, incrementado en la rentabilidad obtenida hasta la constitución de la renta, en la forma que reglamentariamente se determine. En el supuesto, de rentas que hayan sido adquiridas por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito e *inter vivos*, el rendimiento del capital mobiliario será exclusivamente, el resultado de aplicar a cada anualidad el porcentaje que corresponda de los previstos, igualmente, en los apartados anteriores.

Ahora bien, siendo el objeto la renta, la entrega de una cantidad de dinero, no plantea problemas. Si, en cambio, la imposición que origina la renta no es dineraria, pues, como dispone el artículo 14.2 d) apartado 3 de la LIRPF en ningún caso tendrán el tratamiento de operaciones a plazos o con precio aplazado para el transmitente, “las operaciones derivadas de contratos de rentas vitalicias o temporales. Cuando se transmitan bienes o derechos a cambio de una renta vitalicia o temporal, la ganancia o pérdida patrimonial para el rentista se imputará al período impositivo en que se constituya la renta”.

Sobre tales bases, para su cuantificación, esto es, para la determinación de la ganancia o pérdida patrimonial habrá de calcularse “por la diferencia entre el valor actual financiero actuarial de la renta y el valor de adquisición de los elementos patrimoniales transmitidos” (artículo 37.1 j de la LIRPF).

Ahora bien, respecto al *deudor* las consecuencias patrimoniales surgen cuando se extingue la renta por la muerte de la persona cuya vida se tomó como módulo, en este momento se producirá en su patrimonio una ganancia o pérdida que se computará tal como señala el artículo 37.1 i) de la LIPF “por la diferencia entre el valor de adquisición del capital recibido y la suma de las rentas efectivamente satisfechas”. Tal valor de adquisición, aunque, no especifica nada la Ley, habrá que entender que es el que tenía el bien en el momento de transmisión del mismo.

Por otra parte, cuando se perciban rentas diferidas, la rentabilidad obtenida hasta la constitución de la renta se someterá a gravamen de acuerdo con las si-

güentes reglas: la rentabilidad vendrá determinada por la diferencia entre el valor actual financiero-actuarial de la renta que se constituye y el importe de las primas satisfechas; y dicha rentabilidad se repartirá linealmente durante los 10 primeros años de cobro de la renta vitalicia. Si se trata de una renta vitalicia temporal, se repartirá linealmente entre los años de duración de la misma con el máximo de diez años (artículo 18 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de la renta de las personas físicas (RIRPF)).

En este contexto, en caso de ser un empresario o profesional el deudor de la renta, al entregar al acreedor o rentista un rendimiento de capital mobiliario, deberá practicar una retención del 19% sobre la parte de la renta que se considere rendimiento de capital (artículos 75.1 b) y 90.1 Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de la renta de las personas físicas (RIRPF)).

2. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES

Al constituir una renta vitalicia onerosa, se tributará por el concepto de transmisiones onerosas, siendo el sujeto pasivo el *beneficiario o acreedor de la renta* (artículos 7 a) y 8 g) del TRITP y AJD).

La base imponible se calculará capitalizando la renta al interés legal del dinero, y tomando como capital resultante la parte que, según las reglas para calcular los usufructos, corresponda a la edad del pensionista, si la pensión es vitalicia o a la duración de la pensión, si es temporal. Cuando el importe de la pensión no se cuantifique en unidades monetarias, la base imponible se obtendrá capitalizando el importe anual del salario mínimo interprofesional (artículo 10.5. f)).

El tipo de gravamen a aplicar a la base imponible será el 1% (artículo 11.1 b)).

Para el *deudor*, al realizarse una adquisición onerosa *inter vivos* del capital, estará sujeta a este Impuesto, y, será, por tanto, el sujeto pasivo (artículo 8 a)) y la base imponible será el valor real del bien transmitido menos el importe de la carga que supone la renta vitalicia valorada, de la misma manera que hemos referido para el pensionista.

Sin embargo, se le aplica como tipo de gravamen el 6% o el 4%, según que el capital entregado, consista en bienes inmuebles o muebles (artículo 11.1 a)).

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho civil*, II Derecho de obligaciones, decimocuarta edición, Madrid: Edisofer.

ANDREOLI, M. (1949). "La rendita vitalizia". En: F. Vassalli (dir.), *Trattato di Diritto Civile italiano, diretto da Filippo Vassalli, T. III, vol. VIII, Fasc. 4°*, Italia: Torino.

BADENAS CARPIO, J.M. (1995), *La renta vitalicia onerosa. Estudio jurisprudencial y breve ensayo doctrinal*, Navarra: Aranzadi.

BAUDRY-LACANTINERIE, G., et WAHL, A. (1907). *Traité théorique et pratique de droit civil*, troisième édition, París.

- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTANO, J. (1963) *La renta vitalicia*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- CADARSO PALAU, J. (1998). “Contrato y donación en la renta vitalicia constituida a título gratuito”, *LA LEY*, T. I, pp. 223 y siguientes.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1988). *Derecho Civil español común y foral*, T. IV Derecho de Obligaciones, decimocuarta edición, revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella, Madrid: Reus.
- DE DIEGO, C. (1930). *Instituciones de Derecho Civil español*, T. II, Madrid.
- DEL MORAL Y DE LUNA, A. (1952). “La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta”, *Revista de Derecho Privado*, año XXXVI, núm. 427, octubre, pp. 797 a 812.
- DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). “Comentarios a los artículos 1802 a 1808 del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, *Código Civil comentado*, vol. IV, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (T. 2) El contrato en especial, 12ª ed., Madrid: Tecnos.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, Mª, C. (2020). “En torno a la renta vitalicia”, *Revista Boliviana de Derecho*, número 30, julio, pp. 230-275.
- ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004). “Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia”. En: J.M. González Porras y F.P. Méndez González (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Murcia: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- ESPÍN CANOVAS, D. (1963). *Manual de Derecho Civil español*, vol. III Obligaciones y contratos, 6ª ed., Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- GARCÍA AMIGO, M. (1997). *Derecho Civil de España*, I. Parte General, Madrid: Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho.
- GOMA SALCEDO, J. E. (1960). “Principales problemas del contrato de renta vitalicia”, *Revista de Derecho Notarial*, julio-septiembre.
- GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, A. (1965). “La renta vitalicia y el pacto comisorio al artículo 1805”. En: R. Martínez-Radio (dir.), *Estudios de Derecho Privado II*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1987). “Comentario al artículo 1257 del Código Civil”. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVII, vol. 1-A, Madrid: Edersa.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. (1869). *Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil español. Tratado de las Obligaciones*, 1ª ed., T. V, Madrid.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXII, vol. 1º, Madrid: Edersa.
- GUIMERA, M. (1954). “Renta vitalicia y condición resolutoria”, *Revista de Derecho Privado*, T. XXVIII, pp. 211 a 223.
- JORDANO BAREA, J.B. (1958). *La categoría de los contratos reales*, Barcelona: Bosch.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, II Derecho de Obligaciones, vol. II contratos, cuasicontratos. Delito y cuasidelito, 5ª edición

- revisada y puesta al día por Fco. Rivero Hernández, Madrid: Dykinson.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, III Contratos, vigesimoprimer edición, Madrid: Marcial Pons.
- LAURENT, F. (1878). *Principes de Droit Civil français, Tome XXVII*, Bruxelles-Paris.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M^a. (1931). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil español, T. XII*, 4^a edición corregida y aumentada, Madrid: Reus.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). “El contrato de renta vitalicia”. En: C. Martínez Aguirre de Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, T. II Derecho de Obligaciones, vol. II Contratos y responsabilidad civil, Madrid: Edisofer.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M^a. (2023). “El contrato de renta vitalicia”. En: J.R. De Verda y Beamonte (coord.), *Derecho Civil II (Obligaciones y contratos)*, **6^a ed., Valencia**: tirant lo blanch.
- MEDINA DE LEMUS, M. (2004). *Derecho Civil*. Obligaciones y contratos, T. II, vol. 2^o, Contratos en particular, Madrid: Edisofer.
- MOSCARINI (1970). *Il negozi a favore di terzo*, Milano.
- PACIFICI-MAZZONI, E. (1913). *Istituzione di Diritto Civile*, vol. V, Parte 2^a, con note di Venzi, Firenze.
- PERLINGIERI, G. (2015). “La scelta della disciplina applicabile al C.DD “Vitalizi impropri”. Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 2, febrero, pp. 157-210.
- PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J. (1966). *Anotaciones al Derecho de Obligaciones de Ludwig Enneccerus*, vol. II Doctrina especial, 2^a Parte, Barcelona: Bosch.
- PÉREZ GURREA, R. (2011). “La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 725, mayo-junio, pp. 1611-1797.
- POVEDA DÍAZ, J. (2003). “Algunas cuestiones en torno al contrato de renta vitalicia”, *Estudios Jurídico en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, T. II Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Madrid: Thomson-Civitas.
- PUIG BRUTAU, J. (1956). *Fundamentos de Derecho Civil*, T II, vol. II Contratos en particular. Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil, Barcelona: Bosch.
- PUIG PEÑA, F. (1973). *Tratado de Derecho Civil español*, T. IV Obligaciones y contratos, vol. II Contratos en particular y demás fuentes de la obligación, 2^a ed., Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- QUICIOS MOLINA, S. (2021). “Comentario a los artículos 1802 a 1808 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coor.), *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, Murcia: Universidad de Murcia.
- (1991). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *Comentarios del Código Civil. Ministerio de Justicia, T. II*, Madrid: Secretaria Técnica. Centro de Publicaciones
- ROCA SASTRE, R.M^a. Y ROCA-SASTRE I MUNCUNILL, L. (1979). *Derecho hipotecario*, IV-2, 7^a ed., Barcelona: Bosch.

- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1980). “La naturaleza “ob rem” de la obligación de renta vitalicia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LVI, noviembre-diciembre, núm. 541, pp. 1335 a 1356.
- RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario a los artículos 1802 a 1808 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. IX, Valencia: tirant lo balnch.
- RODRÍGUEZ RAMOS, A.M. (2006). *La renta vitalicia gratuita*, Granada: Comares.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho Civil*, T. IV Derecho de las Obligaciones. Derecho de la Contratación, 2ª ed., corregida y aumentada, Madrid.
- TORAL LARA, E. (2009). *El contrato de renta vitalicia*, Madrid: La Ley.
- (2009). “Hipoteca inversa o contrato de renta vitalicia, una alternativa viable”, *Actualidad Civil*, número 16, septiembre, pp. 1-14.
- TRABUCCHI, A. (1993). *Institución di Diritto Civile*, 34ª ed., Padova: Cedam.
- TORRENTE, A. (1955). “Della rendita vitalizia”, *Comentario del Codice Civile a cura di Sacialoja e Branca, Libro IV Delle Obligazioni (art. 1861-1932)*, 2ª ed., Bologna.
- URIARTE BERASATEGUI, J. (1950). “Revisión de las ideas (renta vitalicia)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 268.
- VALSECCHI, E. (1961). “La rendita perpetua e la rendita vitalizia”. En: A. Cicu y F. Messineo (dirs), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale, vol. XXXVII, T. I*, Milano: Giuffrè Editore.
- (1961). *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, Milano, Giuffrè
- VALVERDE Y VALVERDE, C. (1926). *Tratado de Derecho Civil español*, T. III Parte especial. Derechos personales o de obligaciones, 3ª ed., Valladolid.
- VARQUER ALOY, A. (2015). *El seguro de renta vitalicia y la herencia*, Madrid: Atelier.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 27 junio 1906.
- STS, Sala de lo Civil, 12 octubre 1912.
- STS, Sala de lo Civil, 16 diciembre 1930.
- STS, Sala de lo Civil, 2 marzo 1956.
- STS, Sala de lo Civil, 31 octubre 1960.
- STS, Sala de lo Civil, 7 julio 1987.
- STS, Sala de lo Civil, 30 noviembre 1987.
- STS Sala de lo Civil, 22 septiembre 1988.
- STS, Sala de lo Civil, 27 febrero 1989.
- STS, Sala de lo Civil, 22 diciembre 1989.
- STS, Sala de lo Civil, 9 febrero 1990.
- STS, Sala de lo Civil, 31 enero 1991.
- STS, Sala de lo Civil, 8 mayo 1992.
- STS, Sala de lo Civil, 2 julio 1992.
- STS, Sala de lo Civil, 21 octubre 1992.
- STS, Sala de lo Civil, 11 noviembre 1994.
- STS, Sala de lo Civil, 18 enero 1996.

- STS, Sala de lo Civil, 11 julio 1997.
- STS, Sala de lo Civil, 26 julio 1997.
- STS, Sala de lo Civil, 23 abril 1998.
- STS, Sala de lo Civil, 14 mayo 2002.
- STS, Sala de lo Civil, 30 julio 2002.
- STS, Sala de lo Civil, 15 septiembre 2002.
- STS, Sala de lo Civil, 7 junio 2007.
- STS, Sala de lo Civil, 8 junio 2007.
- STS, Sala de lo Civil, 8 julio 2008.
- RDGRN 21 diciembre 1943.
- RDGRN 31 mayo 1951.
- RDGRN 26 abril 1991.
- RDGRN 4 abril 2005.
- RDGRN 19 noviembre 2009.
- RDGRN 5 abril 2013.
- RDGRN 11 julio 2013.
- RDGRN 21 noviembre 2014.
- RDGRN 8 noviembre 2018.
- RDGSJFP 19 abril 2021.
- RDGSJFP 21 diciembre 2022.
- RDGSJFP 21 MARZO 2023.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª, 18 septiembre 2006.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª, 14 febrero 2008.
- SAP Sevilla, 11 febrero 1992.
- SAP Ourense, 1 octubre 1994.
- SAP Segovia, 24 abril 1996.
- SAP Sevilla, 17 diciembre 1996.
- SAP Murcia, secc. 1ª, 30 noviembre 1998.
- SAP Cádiz, secc. 6ª (Ceuta), 12 febrero 2000.
- SAP A Coruña, secc. 3ª, 21 marzo 2000.
- SAP Cáceres, secc. 1ª, 15 mayo 2000.
- SAP Barcelona, secc. 14ª, 29 mayo 2000.
- SAP Zaragoza, secc. 4ª, 7 junio 2000.
- SAP Islas Baleares, secc. 4ª, 31 junio 2000 (JUR 2000, 298288).
- SAP Toledo, secc. 2ª, 2 mayo 2001.
- SAP Girona, secc. 1ª, 31 de mayo de 2001.
- SAP Zaragoza, secc. 2ª, 25 julio 2001.
- SAP Vizcaya, secc. 4ª, 22 febrero 2002.
- SAP Cádiz, secc. 2ª, 12 abril 2002.
- SAP Asturias, secc. 5ª, 17 septiembre 2002.
- SAP Soria, secc. 1ª, 3 octubre 2003.
- SAP Guipúzcoa, secc. 3ª, 30 septiembre 2004.
- SAP Barcelona, secc. 17ª, 23 diciembre 2004.
- SAP Asturias, secc. 7ª, 10 febrero 2005.
- SAP Guadalajara, secc. 1ª, 27 abril 2005.
- SAP Vizcaya, secc. 3ª, 1 febrero 2006.
- SAP Barcelona, secc. 17ª, 3 marzo 2006.

- SAP Barcelona, secc. 12^a, 8 marzo 2007.
- SA Valencia, secc. 10^a, 29 septiembre 2009.
- SAP Las Palmas, secc. 5^a, 16 junio 2009.
- SAP Islas Baleares, secc. 5^a, 25 de enero 2013.
- SAP Murcia, secc. 4^a, 13 junio 2013.
- SAP Islas Baleares, secc. 4^a, 18 marzo 2014.
- SAP Salamanca, secc. 1^a, 18 febrero 2014.
- SAP Barcelona, secc. 17^a, 3 junio 2015.
- SAP Barcelona, secc. 14^a, 10 diciembre 2015.
- SAP Islas Baleares, secc. 3^a, 15 junio 2016.
- SAP Tarragona, secc. 1^a, de 27 de julio 2016.
- SAP Granada, secc. 5^a, 23 diciembre 2016.
- SAP León, secc. 2^a, 29 abril 2019.
- SAP Madrid, secc. 21^a, 22 septiembre 2020.
- SAP Islas Baleares, secc. 3^a, 16 mayo 2022.

NOTAS

¹ Para MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.^a. (2023). “El contrato de renta vitalicia”. En: J.R. De Verda y Beamonte (coord.), *Derecho Civil II (Obligaciones y contratos)*, 6^a ed., Valencia: tirant lo blanch, p. 568 “el contrato de renta vitalicia presenta grandes ventajas frente a otras figuras jurídicas, como el contrato de alimentos que se configura, exclusivamente, como una figura asistencial, mientras que el contrato de renta vitalicia también constituye un mecanismo de ahorro y previsión no vinculado a las necesidades del rentista”. Además, para la autora “el contrato de renta vitalicia carece del carácter mercantil de la actividad aseguradora o crediticia”.

² Vid., la resolución de la DGRN e 4 de abril de 2005 (RJ 2005,3603); y, la resolución de la DGSJYFP de 21 de marzo de 2023 (BOE, número 95, 21 de abril de 2023, pp. 56279 a 56292) en ambas se acuerda un usufructo con carácter vitalicio. Por su parte, en la resolución de la DGRN de 19 de noviembre de 2009 (RJ 2009,5943) se procede a la venta de la nuda propiedad del piso perteneciente a una de las hermanas, pactándose la constitución de un usufructo sucesivo a favor de las dos hermanas.

³ Vid., la resolución de la DGRN de 21 de noviembre de 2014 (RJ 2014,6418).

⁴ Vid., asimismo la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

⁵ Un estudio general del seguro de renta vitalicia, VARQUER ALOY, A. (2015). *El seguro de renta vitalicia y la herencia*, Madrid: Atelier.

⁶ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963) *La renta vitalicia*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 14; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, Murcia: Universidad de Murcia, p. 11; VALSECCHI, E. (1961). “La rendita perpetua e la rendita vitalizia”. En: A. Cicu y F. Messineo (dirs), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XXXVII, T. I, Milano: Giuffrè Editore, p. 110; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”: En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXII, vol. 1^o, Madrid: Edersa, pp. 383-384; TORAL LARA, E. (2009). *El contrato de renta vitalicia*, Madrid: La Ley, pp. 16-31.

⁷ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, op. cit., pp. 15 a 16; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, op. cit., p. 385; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, op. cit., p. 14.

⁸ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, op. cit., p. 16; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, op. cit., p. 15.

⁹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, op. cit., p. 17.

¹⁰ QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, op. cit., p. 17.

¹¹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, op. cit., p. 18; GOMA SALCEDO, J. E. (1960). “Principales problemas del contrato de renta vitalicia”, *Revista de Derecho Notarial*, julio-septiembre, p. 312; DEL MORAL Y DE LUNA, A. (1952). “La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta”, *Revista de Derecho Privado*, año XXXVI, núm. 427, octubre, p. 797.

¹² CADARSO PALAU, J. (1998). “Contrato y donación en la renta vitalicia constituida a título gratuito”, *LA LEY*, T. I, p. 225.

¹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). “El contrato de renta vitalicia”. En: C. Martínez Aguirre de Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, T. II Derecho de Obligaciones, vol. II Contratos y responsabilidad civil, Madrid: Edisofer, p. 294; MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.^a. (2023). “El contrato de renta vitalicia”, op. cit., p. 567.

¹⁴ Vid., la Resolución de la DGSJYFP de 21 de diciembre de 2022 (BOE, número 29, de 3 de febrero de 2023, pp. 15372 a 15377).

¹⁵ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, op. cit., p. 388; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, op. cit., pp. 27 a 31; PÉREZ GURREA, R. (2011). “La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen

jurídico y consideraciones jurisprudenciales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 725, mayo-junio, p. 1709.

¹⁶ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 383; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 13;

¹⁷ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *Últ. Lug.Cit.*.

¹⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, II Derecho de Obligaciones, vol. II contratos, cuasicontratos. Delito y cuasidelito, 5ª edición revisada y puesta al día por Fco. Rivero Hernández, Madrid: Dykinson, p. 305.

¹⁹ QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 99.

²⁰ BADENAS CARPIO, J.M. (1995), *La renta vitalicia onerosa. Estudio jurisprudencial y breve ensayo doctrinal*, Navarra: Aranzadi, p. 124.

²¹ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho civil*, II Derecho de obligaciones, decimo-cuarta edición, Madrid: Edisofer, p. 841. En esta línea, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, III Contratos, vigesimoprimer edición, Madrid: Marcial Pons, p. 841 conceptúa el contrato de renta vitalicia como “aquel por el que una parte, a cambio de una cosa, cuya propiedad se le transmite, se obliga a pagar a la otra una pensión durante la vida de una o más determinadas”. Asimismo, RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. IX, Valencia: tirant lo blanch, p. 12357 para quien “la renta vitalicia constituye una obligación que tiene por objeto una prestación periódica que habrá de cumplirse mientras vivan una o varias personas”. Más estrictamente señala que “la renta vitalicia es una relación obligatoria de carácter aleatorio y duradero por medio de la cual una persona (deudor) se obliga a pagar a otra (rentista o acreedor) una prestación periódica, consistente en dinero o en especie, durante el tiempo de duración de la denominada “vida contemplada” que actúa como módulo objetivo de la relación (“*dies certus an, incertus quando*”).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 1940 (RJ 1940,416 bis) indica que en el contrato de renta vitalicia “se conciertan la entrega de un capital formado por determinados bienes, cuyo dominio se transfiere a cambio de la obligación que uno contrae de entregar a otro la renta anual durante toda su vida, circunstancias esenciales del contrato de renta”. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de julio 1987 (RJ 1997,6152).

Por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de marzo de 1940 (RJ 1940,416 bis) entiende que “el contrato de renta vitalicia es un contrato real y oneroso, perfeccionándose por el cambio de dominio de los bienes que en él juegan, siendo la entrega de esos bienes y el pago de esas rentas la contraprestación a que se obligan los contratantes”. Vid., también la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, de 1 de octubre de 1994 (AC 1994,1739).

²² GULLÓN BALLESTEROS, A. (1972). *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, p. 364.

²³ BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, p. 179.

²⁴ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, L. (1963). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 34.

²⁵ DEL MORAL Y DE LUNA, A. (1952). “La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta”, *op. cit.*, pp. 805-807.

²⁶ BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.*, pp. 179-180.

²⁷ ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004). “Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia”. En: J.M. González Porras y F.P. Méndez González (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Murcia: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, p. 1412.

²⁸ RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1980). “La naturaleza “ob rem” de la obligación de renta vitalicia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LVI, noviembre-diciembre, núm. 541, pp. 1335 a 1337. Asimismo, vid., MARTÍNEZ VELENCOSO, L. Mª. (2023). “El contrato de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 568.

En parecidos términos, se pronuncia RODRÍGUEZ RAMOS, A.M. (2006). *La renta vitalicia gratuita*, Granada: Comares, p. 63 cuando concluye que “la obligación de pagar la renta que nace a cambio de un capital en bienes muebles o inmuebles tiene naturaleza *propter rem* una vez que se haya garantizado con hipoteca. Si la renta vitalicia es gratuita o sin desplazamiento, sin afectación expresa de bienes, sólo existe un derecho de crédito con eficacia *res inter alios acta*. Si constituyente y beneficiario afectan uno o varios bienes concretos para ejecutar hipotecariamente en caso de incumplimiento, la obligación de renta vitalicia gratuita será *propter rem*. Por último, si quisieran constituir la renta vitalicia como derecho real, a su juicio, nada en Derecho se lo impediría, y sólo les bastaría con decirlo”.

²⁹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, pp. 34 a 38; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código civil”, *op. cit.*, pp. 392 a 393; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.*, p. 178 y en especial p. 180; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 39; ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004) “Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia”, *op. cit.*, pp. 1412 a 1413; PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J. (1966). *Anotaciones al Derecho de Obligaciones de Ludwig Enneccerus*, vol. II Doctrina especial, 2ª Parte, Barcelona: Bosch, p. 776; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). “El contrato de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 296; PÉREZ GURREA, R. (2011). “La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales”, *op. cit.*, p. 1711; DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso; P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno; R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. IV, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, p. 998; QUICIOS MOLINA, S. (2021). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir), *Comentario al Código Civil*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 2255.

³⁰ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 1992 (RJ 1992,3891); y, la de 11 de julio de 1997 (RJ 1997,6152).

³¹ Vid., las Resoluciones de la DGRN de 21 de diciembre de 1943 (RJ 1943,1448) añade, asimismo, que no varía tal naturaleza el hecho de garantizar con una finca el pago de las pensiones y a este respecto el derecho real de hipoteca es el más adecuado, a pesar de las particularidades tan interesantes que presenta su aplicación a la renta vitalicia; y, la de 31 de mayo de 1951 (RJ 1951,2035) igualmente, entiende que no se modifica el carácter y efectos de la renta por garantizarse con un derecho real.

³² DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (T. 2) El contrato en especial, 12ª ed., Madrid: Tecnos, p. 201; MEDINA DE LEMUS, M. (2004). *Derecho Civil*. Obligaciones y contratos, T. II, vol. 2º, Contratos en particular, Madrid: Edisofer, p. 565.

³³ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 38.

³⁴ QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 33 señala que “si admitiésemos el carácter real, simplemente mencionado en el artículo 1802, la relación de renta vitalicia raramente se constituiría, pues, teniendo en cuenta su natural larga duración, nadie la constituiría normalmente, pues sería difícil prever el pago seguro de las rentas y todo el mundo se recataría ante la posibilidad de tener que devolver el capital, merced a su “inseparable carga real”, después de haber pagado, durante cierto tiempo, las pensiones”.

³⁵ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código civil”, *op. cit.*, pp. 393-394; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.*, pp. 178-179; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 12359 añade a los expuestos los siguientes argumentos. “a) la conveniencia de constituir la renta vitalicia junto a un negocio de garantía (hipoteca, prenda) o aseguramiento (seguro) de las rentas futuras (artículo 1805 in fine del Código Civil) evidencia el carácter personal de la renta vitalicia, que sería totalmente inconcebible si se tratase de una situación de carácter real (v.gr., si fuere una especie de ceso o de carga real sobre el inmueble con el que se constituye); b) A este argumento sobre la naturaleza persona de la renta vitalicia, cabe añadir otro de carácter histórico. La desaparición en nuestro Código Civil de los viejos censos vitalicios y la

regulación de la renta vitalicia como un contrato explican la decidida voluntad del legislador de mudar o sustituir su originaria naturaleza como derecho de naturaleza real (cfr., censo vitalicio) por otro de naturaleza personal. El hecho que la renta vitalicia pueda ser constituida no sólo mediante contrato, no constituye un obstáculo a su naturaleza estrictamente obligacional”.

³⁶ Resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 1943 (RJ 1943,1448).

³⁷ BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, op. cit., p. 168.

³⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985). *El negocio jurídico*, Madrid: Civitas, reimpresión 1991, pp. 286-287.

³⁹ PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., (1966). *Anotaciones al Derecho de Obligaciones de Enneccerus L.*, op. cit., p. 778.

⁴⁰ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código civil”, op. cit., p. 404.

⁴¹ ESPÍN CANOVAS, D. (1963). *Manual de Derecho Civil español*, vol. III Obligaciones y contratos, 6ª ed., Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 716; SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho Civil*, T. IV Derecho de las Obligaciones. Derecho de la Contratación, 2ª ed., corregida y aumentada, Madrid, p. 826; VALVERDE Y VALVERDE, C. (1926). *Tratado de Derecho Civil español*, T. III Parte especial. Derechos personales o de obligaciones, 3ª ed., Valladolid, p. 604; DE DIEGO, C. (1930). *Instituciones de Derecho Civil español*, T. II, Madrid, pp. 258 a 259; PUIG PEÑA, F. (1973). *Tratado de Derecho Civil español*, T. IV Obligaciones y contratos, vol. II Contratos en particular y demás fuentes de la obligación, 2ª ed., Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 544; CASTÁN TOBEÑAS, J. (1988). *Derecho Civil español común y foral*, T. IV Derecho de Obligaciones, decimocuarta edición, revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella, Madrid: Reus, p. 738.

Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 1940 (RJ 1940,416 bis); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Ourense de 1 de octubre de 1994 (AC 1994,1739); y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3ª, de 30 de mayo de 2000 (JUR 2000,181275).

⁴² ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004). “Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia”, op. cit., p. 1414.

⁴³ GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, A. (1965). “La renta vitalicia y el pacto comisorio al artículo 1805”. En: R. Martínez-Radio (dir.), *Estudios de Derecho Privado II*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 273.

⁴⁴ JORDANO BAREA, J.B. (1958). *La categoría de los contratos reales*, Barcelona: Bosch, p. 133.

⁴⁵ GOMA SALCEDO, J. E. (1960). “Principales problemas del contrato de renta vitalicia”, op. cit., p. 321.

⁴⁶ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código civil”, op. cit., p. 404.

⁴⁷ BELTÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, op. cit., pp. 83 a 84; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código civil”, op. cit., pp. 404-405; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, op. cit., pp. 169 a 170; ECHEVARRÍA DE RADA, T. (1995). “Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia”, op. cit., pp. 1414 a 1415; GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, A. (1965). “La renta vitalicia y el pacto comisorio al artículo 1805”, op. cit., pp. 274 a 275; POVEDA DÍAZ, J. (2003). “Algunas cuestiones en torno al contrato de renta vitalicia”, *Estudios Jurídico en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. II Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Madrid: Thomson-Civitas, p. 2832; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *Comentarios del Código Civil. Ministerio de Justicia*, T. II, Madrid: Secretaría Técnica. Centro de Publicaciones, p. 1758; DEL MORAL Y DE LUNA, A. (1952). “La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta”, op. cit., p. 801; GOMA SALCEDO, J. E. (1960). “Principales problemas del contrato de renta vitalicia”, op. cit., p. 322; PUIG BRUTAU, J. (1956). *Fundamentos de Derecho Civil*, T II, vol. II Contratos en particular. Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil, Barcelona:

Bosch, p. 501; JORDANO BAREA, J.B. (1958). *La categoría de los contratos reales*, op. cit., p. 72; LACRUZ BERDEJO J.L. et al. (2011). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., p. 307. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 1987 (RJ 1987,5184).

⁴⁸ Vid., GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código civil”, op. cit., p. 405; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, op. cit., pp. 81 a 82; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, op. cit., p. 170; GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, A. (1965). “La renta vitalicia y el pacto comisorio al artículo 1805”, op. cit., p. 274.

⁴⁹ DEL MORAL Y DE LUNA, A. (1952). “La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta”, op. cit., p. 801.

⁵⁰ Vid., las Resoluciones de la DGRN de 11 de julio de 2013 (RJ 2013,6140); de 8 de noviembre de 2018 (BOE, número 288, de 29 de noviembre de 2018, pp. 116629 a 116637); y de la DGSJFP de 19 de abril de 2021 (BOE, número 111, de 10 de mayo de 2021, pp. 56084 a 56090).

⁵¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). “El contrato de renta vitalicia”, op. cit., p. 296.

⁵² DE DIEGO, C. (1930). *Instituciones de Derecho Civil español*, op. cit., p. 258; PUIG BRUTAU, J. (1956). *Fundamentos de Derecho Civil*, op. cit., pp. 499 a 502; CASTÁN TOBEÑAS, J. (1988). *Derecho civil español, común y foral*, op. cit., p. 738; SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho Civil*, op. cit., pp. 826-827; ESPÍN CANOVAS, D. (1963). *Manual de Derecho Civil español*, op. cit., pp. 716-717.

⁵³ RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, op. cit., pp. 12360 a 12365; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M^a. C. (2020). “En torno a la renta vitalicia”, *Revista Boliviana de Derecho*, número 30, julio, pp. 239-245. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de marzo de 1956 (RJ 1956,1138); de 13 de mayo de 1959 (RJ 1959,1999); la sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1^a, de 18 de septiembre de 2006 (RJ 2006,8118); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17^a, de 3 de junio de 2015 (JUR 2015,227192).

⁵⁴ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código civil”, op. cit., pp. 400 a 401; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). “Comentario al artículo 1802 del Código civil”, op. cit., p. 1759; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, op. cit., p. 350; TORAL LARA, E. (2009). “Hipoteca inversa o contrato de renta vitalicia, una alternativa viable”, *Actualidad Civil*, número 16, septiembre, p. 5; QUICIOS MOLINA, S. (2021). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, op. cit., p. 2254. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 1996 (RJ 1996,246); las Resoluciones de la DGRN de 31 de mayo de 1951 (RJ 1951,2035); y, de 31 de mayo de 1991 (RJ 1991, 2035); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5^a, de 17 de diciembre de 1996 (AC 1996,2378); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1^a, de 30 de noviembre de 1998 (JUR 1998,30778); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17^a, de 3 de junio de 2015 (JUR 2015,227192).

⁵⁵ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, op. cit., pp. 73 a 74; RODRÍGUEZ RAMOS, A.M. (2006). *La renta vitalicia gratuita*, Granada: Comares, p. 10. Vid., también las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 1987 (RJ 1987,5184); y, la de 9 de febrero de 1990 (RJ 1990,673); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5^a, de 17 de diciembre de 1996 (AC 1996,2378).

Para DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, op. cit., p. 997 la aleatoriedad “es un tipo de equilibrio oneroso en el que las partes tienen en cuenta junto a las atribuciones patrimoniales previstas para cada hipotético resultado, las posibilidades o probabilidades de cada uno de ellos”.

⁵⁶ QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, op. cit., p. 1759; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código civil”, op. cit., p. 401.

⁵⁷ GUILARTE ZAPATERO, V., *Últ. Lug.Cit.*.

⁵⁸ BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa, op. cit.*, pp. 186-187.

⁵⁹ BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa, op. cit.*, p. 187; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.*, p. 1759.

⁶⁰ BADENAS CARPIO, J.M., *Últ. Lug. Cit.*; QUIÑONERO CERVANTES, E., *Últ. Lug. Cit.*; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código civil", *op. cit.*, p. 401.

⁶¹ BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa, op. cit.*, p. 186.

⁶² RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.*, p. 12361 indica al respecto que "no es el contrato de renta vitalicia un negocio sujeto a condición suspensiva o resolutoria, pues aquél despliega todos sus efectos desde el mismo momento de su constitución, y además la vida contemplada no opera como una circunstancia accidental del contrato, sino como término final del mismo".

⁶³ QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.*, p. 1759; del mismo autor (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia, op. cit.*, p. 91; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código civil", *op. cit.*, p. 403; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia, op. cit.*, p. 72.

⁶⁴ QUIÑONERO CERVANTES, E., *Últ. Lug. Cit.*; GUILARTE ZAPATERO, V., *Últ. Lug. Cit.*; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.*, p. 12361.

Por su parte, LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2011). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, p. 307 señala que procedería la rescisión por lesión si la renta no se correspondiera razonablemente, en función de la probabilidad de vida, al capital entregado, salvo que las partes estuvieran de acuerdo en ello, en cuyo caso el negocio sería *mixtum cum donacione*.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª, de 2 de junio de 1997 (RJ 1998,7758) declara improcedente la rescisión por lesión en la renta vitalicia sobre la base del carácter aleatorio de este contrato, y, el ánimo de liberalidad en el cedente. En el mismo sentido, si bien, solo sobre la base de la aleatoriedad del contrato, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3ª, de 30 de mayo de 2000 (AC 2000,181275). En contra, sin embargo, se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª, de 18 de septiembre de 2006 (La Ley, año XXVII, núm. 6598, 24 de noviembre de 2006) en cuyo *Fundamento de Derecho Séptimo* señala que "no vemos razones jurídicas válidas para negar en aquellos contratos aleatorios en los que sea posible valorar el riesgo y, por ende, la proporcionalidad de las prestaciones la posibilidad de la existencia de lesión. Del mismo modo que, es plenamente factible apreciar elementos aleatorios en contratos conmutativos como el de compraventa y en base a ello negar la rescisión".

Por su parte, La Ley 503 del Fuero Nuevo o Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra excluye la acción de rescisión en los contratos aleatorios al disponer en su apartado primero que: "No tendrá lugar la rescisión en los contratos de simple liberalidad, aleatorios o sobre objeto litigioso".

⁶⁵ PUIG PEÑA, F. (1973). *Tratado de Derecho Civil español, op. cit.*, p. 543; SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho Civil, op. cit.*, p. 827; ESPÍN CANOVAS, D. (1963). *Manual de Derecho Civil español, op. cit.*, p. 716; CASTÁN TOBEÑAS, J. (1988). *Derecho civil español, común y foral, op. cit.*, p. 738; PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUEZ, J. (1966). *Anotaciones al Derecho de obligaciones de Enneccerus L., op. cit.*, p. 778; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.*, p. 12362.

⁶⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, p. 307.

⁶⁷ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.*, p. 406; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLSTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil, op. cit.*, p. 201; ECHEVARRÍA DE RADA, Mª.T. (2004). "Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia", *op. cit.*, p. 1415; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa, op. cit.*, pp. 166-167; DEL MORAL Y DE LUNA, A. (1952). "La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta", *op. cit.*, p. 801; QUICIOS MOLINA, S. (2021). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", *op. cit.*, p. 2254.

Asimismo, define la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5ª, de 17 de diciembre de 1996 (RJ 1996,2378) que el contrato de renta vitalicia es un contrato sinalagmático, típico y aleatorio, de cuyos perfiles jurídicos las partes no pueden salirse pactando cláusulas que contradicen su propia esencia.

⁶⁸ Nada impide que el acto de transmisión deje de ser simultáneo, obligándose entonces el pensionista a la entrega del capital. En todo caso, como precisa JORDANO BAREA, J.B. (1999). *La categoría de los contratos reales*, op. cit., p. 72. “ésta se llevará a cabo *solvendí causa*, hasta tal punto que, aun después de la entrega, la ley tiene en cuenta la obligación de entrega a ciertos efectos (saneamiento por evicción)”.

⁶⁹ ECHEVARRÍA DE RADA, Mª.T. (2004). “Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia”, op. cit., p. 1415; RODRÍGUEZ RAMOS, A.M. (2006). *La renta vitalicia gratuita*, op. cit., p. 29.

⁷⁰ BELTRÁN DE HEREDIA, J. (1995). *La renta vitalicia*, op. cit., p. 86.

⁷¹ En tal sentido, se pronuncia DEL MORAL Y DE LUNA, A. (1952). La renta vitalicia y su intinidad con la hipoteca de renta, op. cit., p. 801.

⁷² DE ARZUA Y HOSCOS, P.J. (1949). La renta vitalicia resoluble (Estudios de su posibilidad), *Revista de Derecho Privado*, T. XXXIII, enero-diciembre, p. 1046.

Por su parte, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, op. cit., p. 352 señala “la resolución contemplada en el artículo 1124 del Código Civil tiene perfecto encaje en el supuesto de incumplimiento, no de la obligación del pago de la renta, sino de la obligación de prestar aseguramiento al no encontrarse en la prohibición del artículo 1805”.

⁷³ Igualmente, habrá de contar con la voluntad de quien recibe la renta para que la renta exista, en la dación en pago, contrato a favor de tercero, o en cualquier otra fuente gratuita de renta vitalicia.

⁷⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, A. M. (2006). *La renta vitalicia gratuita*, op. cit., p. 32, nota 41 califica la renta vitalicia como negocio jurídico bilateral imperfecto.

⁷⁵ Sobre la teoría general del negocio jurídico y de la clasificación de los mismo en unilaterales, bilaterales y plurilaterales, vid., GARCÍA AMIGO, M. (1997). *Derecho Civil de España*, I. Parte General, Madrid: Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho, p. 574.

⁷⁶ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, op. cit., pp. 406-407.

⁷⁷ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 1987 (RJ 1987,5184); y, de 7 de junio de 2007 (RJ 2007,5560).

⁷⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., p. 308.

⁷⁹ BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, op. cit., p. 158.

⁸⁰ En esta línea, vid., RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, op. cit., p. 12364.

⁸¹ BADENAS CARPIO, J.M., *Últ. Lug. Cit.*; ECHEVARRÍA DE RADA, Mª.T. (2004). “Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia”, op. cit., p. 1415; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, op. cit., pp. 204-205; VALSECCHI, E. (1961). *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, Milano, Giuffrè, p. 124; ANDREOLI, M. (1949). “La rendita vitalizia”. En: F. Vassalli (dir.), *Trattato di Diritto Civile italiano, diretto da Filippo Vassalli, T. III, vol. VIII, Fasc. 4º*, Italia: Torino, p. 98.

⁸² GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código civil”, op. cit., pp. 401-402.

⁸³ RODRÍGUEZ RAMOS, A.M. (2006). *La renta vitalicia gratuita*, op. cit., pp. 47, 52, 53, y 65.

En esta línea, calificándolo de contrato aleatorio atípico, DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985). *El negocio jurídico*, op. cit., p. 273; y, en la doctrina italiana Trabucchi para quien es “aleatorio tanto el contrato de renta vitalicia gratuito como el oneroso”; TRABUCCHI, A. (1993). *Institución di Diritto Civile*, 34ª ed., Padova: Cedam, p. 740.

⁸⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Últ. Lug.Cit.*.

⁸⁵ RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, op. cit., pp. 12364-12365.

⁸⁶ QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, op. cit., p. 25; RODRIGUEZ RAMOS, A.M. (2006). *La renta vitalicia gratuita*, op. cit., p. 23; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, op. cit., p. 393.

⁸⁷ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, op. cit., p. 47; VALSECCHI, E. (1961). “La rendita vitalizia”, op. cit., p. 134.

⁸⁸ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, op. cit., p. 393.

⁸⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., p. 307. Asimismo, vid., RODRÍGUEZ RAMOS, A.M. (2006). *La renta vitalicia gratuita*, op. cit., p. 22; y, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de marzo de 1956 (RJ 1956,1138).

⁹⁰ Vid., LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., p. 306; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, op. cit., p. 350; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. (1869). *Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil español. Tratado de las Obligaciones*, 1ª ed., T. V, Madrid, p. 138; SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho Civil*, op. cit., p. 827. Asimismo, vid., la Resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 1943 (RJ 1943,1448).

⁹¹ SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho Civil*, op. cit., p. 828; MANRESA Y NAVARRO, J.M^a. (1931). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil español, T. XII*, 4ª edición corregida y aumentada, Madrid: Reus, p. 65; y, en algunas ocasiones, DEL MORAL Y DE LA LUNA, A. (1952). “La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta”, op. cit., p. 801; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1963). *La renta vitalicia*, op. cit., p. 57.

⁹² LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., p. 308; MEDINA DE LEMUS, M. (2004). *Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, op. cit., p. 566.

⁹³ VALSECCHI E. (1961). “La rendita vitalizia”, op. cit., p. 171; ANDREOLI, M. (1949) “La rendita vitaliza”, op. cit., pp. 22-23.

⁹⁴ DEL MORAL Y DE LA LUNA (1952). A., “La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta”, op. cit., p. 798.

⁹⁵ BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, op. cit., pp. 129-130.

⁹⁶ DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., p. 202.

⁹⁷ DEL MORAL Y DE LUNA, A. (1952). “La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta”, op. cit., p. 801.

⁹⁸ ANDREOLI, M. (1949). “La rendita vitalizia”, op. cit., p. 24; VALSECCHI, E. (1949). “La rendita vitalizia”, op. cit., p. 170.

⁹⁹ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, op. cit., pp. 411 a 412.

¹⁰⁰ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, op. cit., p. 91; ANDREOLI, M. (1949). “La rendita vitaliza”, op. cit., p. 22.

¹⁰¹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, op. cit., p. 91; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, op. cit., p. 412.

¹⁰² BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1982). *La renta vitalicia*, op. cit., p. 92; ANDREOLI, M. (1949). “La rendita vitaliza”, op. cit., pp. 31-32.

¹⁰³ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, sección 1ª, de 3 de octubre de 2003 (AC 2004,126).

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, op. cit., p. 12365 precisa que “lo que no puede ser constituida es una renta vitalicia en consideración a la duración o plazo de vida de una persona jurídica”.

Vid., asimismo las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 1991 (RJ 1991,521) renta vitalicia otorgado por los representantes de sociedad anónima en favor de socios a cambio de cesión de acciones; y, de 26 de julio de 1997 (RJ 1997,6307) renta vitalicia concedida por Junta General de accionista en favor de la viuda del consejero delegado de la sociedad; la Resolución de la DGRN de 5 de abril de 2013 (RJ 2013,3673) se establece una pensión vitalicia a favor de los que alcancen la jubilación en el ejercicio de

cargo de consejeros; y, las sentencias de la Audiencia provincial de Guadalajara, sección 1ª, de 27 de abril de 2005 (AC 2005,1961) establecimiento por los otorgantes a carga de sociedad tanto durante la vida laboral activa de los mismos como cuando alguno pasa a situación de jubilación o invalidez; de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 17 de septiembre de 2002 (AC 2002,1996) otorgamiento de pensión vitalicia a consejeros honorarios y a la viuda del consejero de la entidad demandada; y, de la misma Audiencia Provincial, sección 6ª, de 14 de julio de 2003 (JUR 2003,234932) concedido por el Consejo de Administración en favor de las viudas de consejeros honorarios de la sociedad.

¹⁰⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 2ª, de 18 de noviembre de 2002 (JUR 2003,120679) poder general otorgado que autoriza expresamente a contratar rentas vitalicias.

¹⁰⁶ QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de renta vitalicia*, op. cit., p. 40.

¹⁰⁷ ANDREOLI, M. (1949). "La rendita vitalizia", op. cit., p. 23.

¹⁰⁸ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, op. cit., pp. 93-94.

¹⁰⁹ PÉREZ GURREA, R. (2011). "La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales", op. cit., p. 1712; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, op. cit., p. 145.

¹¹⁰ QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, op. cit., p. 41; GOMA SALCEDO, J. E. (1960) "Principales problemas del contrato de renta vitalicia", op. cit., p. 335; MEDINA DE LEMUS, M. (2004). *Derecho civil*, op. cit., pp. 566-567. En derecho italiano, ANDREOLI, M. (1949). "La rendita vitalizia", op. cit., p. 24.

¹¹¹ BADENAS CARPIO, J. M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, op. cit., pp. 142-143 y 228; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, op. cit., p. 96; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario del artículo 1802 del Código Civil", op. cit., pp. 462-463.

¹¹² BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, op. cit., p. 97.

¹¹³ ANDREOLI, M. (1949). "La rendita vitaliza", op. cit., pp. 24-25.

¹¹⁴ LAURENT, F. (1878). *Principes de Droit Civil français, Tome XXVII*, Bruxelles-Paris, p. 311; BAUDRY-LACANTINIERIE, G., et WAHL, A. (1907). *Traité théorique et pratique de droit civil*, troisième édition, Paris, p. 111.

¹¹⁵ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario del artículo 1802 del Código Civil", op. cit., p. 463; BADENAS CARPIO, J. M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, op. cit., p. 143.

¹¹⁶ QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). "Comentario al artículo 1802 del Código Civil", op. cit., p. 1759; del mismo autor (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, op. cit., pp. 43-44 En el mismo sentido, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, op. cit., p. 351; y, en la doctrina italiana, ANDREOLI, M., *Últ. Lug.Cit.* para quien "el nuevo legislador presume (salvo pacto en contrario) que el derecho de cada titular, desde su origen, es potencialmente referido a la totalidad de la renta, pero, limitado, en concreto, por idéntico derecho de los otros (*concurso partes fiunt*); con la consecuencia que si uno de los acreedores fallece, el derecho de los sobrevivientes viene automáticamente a expandirse, acreciendo la cuota relicta del difunto".

¹¹⁷ El acrecimiento tendrá lugar, si las partes así lo pactan expresamente, o se deduce de su voluntad que la disposición de la renta se convino de manera conjunta a favor de todos ellos; siendo dudosa su operatividad, sin embargo, en el supuesto de solidaridad de acreedores.

¹¹⁸ BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, op. cit., p. 144.

¹¹⁹ BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, op. cit., p. 145; PUIG BRUTAU, J. (1956). *Fundamentos de Derecho Civil*, op. cit., p. 506 y nota 22.

¹²⁰ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, op. cit., p. 98; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, op. cit., p. 45; GOMA SALCEDO, J.E., "Principales problemas del contrato de renta vitalicia", op. cit., p.335 para quien "como observa acertadamente Puig Brutau, el artículo 781 tiene por objeto limitar la duración de la obligación de pagar la renta, pero no el número de las personas beneficiarias. Generalmente, estas personas serán aquellas de cuya vida dependerá la existencia de la obligación, pero es posible que esté dispuesto de otra manera, en cuyo caso hay que suponer

que dicho artículo se aplicará al número de personas “puestas en condición”, pero no al de beneficiarios”.

¹²¹ QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, op. cit., p. 46; ESPÍN CANOVAS, D. (1963). *Manual de Derecho Civil español*, op. cit., p. 717; CASTÁN TOBEÑAS, J., M^a. (1988). *Derecho civil español, común y foral*, op. cit., p. 742.

¹²² Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de julio de 2008 (RJ 2008,3353); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, 24 de abril de 1996 (AC 1996,646).

¹²³ RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, op. cit., p. 12365.

¹²⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). “El contrato de renta vitalicia”, op. cit., p. 294. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de julio de 2002 (RJ 2002,8551).

Por otra parte, procede señalar que, esta obligación puede ser garantizada, como veremos de dos formas: o bien, estableciendo para el caso de incumplimiento, de una condición resolutoria expresa, a pesar del tenor literal del artículo 1805; o a través de una hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas regulada en el artículo 157 de la LH.

¹²⁵ QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, op. cit., p. 39, nota 60.

¹²⁶ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, op. cit., p. 102. En la misma línea, QUICIOS MOLINA, S. (2021). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, op. cit., p. 2256. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de septiembre de 2006 (RJ 2006,6366).

¹²⁷ Señala DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, op. cit., p. 1002 que respecto al nombramiento sucesivo de varias personas perceptoras de la pensión “no entran en juego las limitaciones legales que prohíben las rentas perpetuas o duraderas más allá del segundo grado (ex artículo 785.3 CC)”;

cuestión esta que como continúa precisando el autor “se debe trasladar propiamente a la duración de la vida módulo tomada en consideración en el contrato, pues es de ésta de la que se ha hecho depende, en puridad, la duración de la relación contractual”.

¹²⁸ DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, op. cit., p. 1000; QUICIOS MOLINA, S. (2021). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, op. cit., p. 2255; por su parte, PÉREZ GURREA, R. (2011). “La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales”, op. cit., p. 1712 precisa que resulta revocable, mientras no sea aceptado por el tercero, pero teniendo la aceptación de eficacia retroactiva. Asimismo, vid., PERLINGIERI, G. (2015). “La scelta della disciplina applicabile al C.DD “Vitalizi impropri”. Reflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 2, febrero, p. 203.

¹²⁹ QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, op. cit., pp. 132-133; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, op. cit., p. 466.

¹³⁰ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, op. cit., p. 471.

¹³¹ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, op. cit., p. 467.

¹³² En este sentido, señala QUIÑONEROS CERVATES, E. (1979). *La situación jurídica de renta vitalicia*, op. cit., p. 136 que el hecho de cobrar alguna de las pensiones, puede deducirse la aceptación y, por tanto, la irretroactividad derivada de la imposibilidad de ejercer el derecho potestativo de revocación. Por su parte, RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, op. cit., p. 12381 indica que “la aceptación por el tercero no influye en la perfección del contrato de renta vitalicia, sino que genera la posibilidad que el beneficiario pueda exigir, por derecho propio y autónomo, el pago de la renta, y la impo-

sibilidad de revocar por parte del estipulante”. Asimismo, vid., DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1000.

¹³³ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 468.

¹³⁴ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 468 y 470. Y, para el contrato a favor de tercero, en general, vid., GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1987). “Comentario al artículo 1257 del Código Civil”. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XVII, vol. I-A*, Madrid: Edersa, p. 394; DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1000 precisa que “tal revocación puede llevarse a cabo mediante el mutuo disenso o también a través de actos unilaterales revocatorios concedidos a alguno de los sujetos permitidos, normalmente con carácter implícito, al estipulante por cuanto en su interés se había establecido tal beneficio al tercero”; MOSCARINI (1970). *Il negozi a favore di terzo*, Milano, p. 140.

Sin embargo, nuestra jurisprudencia admite que la adquisición no resulta definitiva hasta que tenga lugar la aceptación del beneficiario, pues de no ser aceptada la renta, siempre correría el peligro de ser revocadas, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de diciembre de 1956 (RJ 1956,4126).

¹³⁵ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 470; TORRENTE, A. (1955). “Della renditia vitalizia”, *Comentario del Codice Civile a cura di Sacalaja e Branca, Libro IV Delle Obligazioni (artt. 1861-1932)*, 2ª ed., Bologna, p. 118.

¹³⁶ QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 136; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 12382.

¹³⁷ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 469-470; TORRENTE, A. (1955). “Della renditia vitalizia”, *op. cit.*, p. 119; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1763.

¹³⁸ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 472-473. En contra, TORRENTE, A. (1955). “Della renditia vitalizia”, *op. cit.*, pp. 119-120, al inclinarse por la aplicación a este supuesto del artículo 1874 y no el artículo 1411 del Código Civil italiano de 1942, de forma que opera el derecho de acrecer, salvo pacto en contrario.

Por su parte, QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de renta vitalicia*, *op. cit.*, pp. 138-138 prevé el acrecimiento siempre que, tratándose de una donación, lo hubiera dispuesto el donante; pero no admite tal acrecimiento en los demás casos, salvo el de la donación hecha conjuntamente a marido y mujer, si el donante no hubiese dispuesto lo contrario. Y, añade que “si el contrato fuese oneroso y la renta vitalicia constituida a favor de los terceros beneficiarios fuese la contraprestación debida a éstos por el estipulante. En este caso, el acrecimiento no es posible, porque perjudicaría ostensiblemente a los herederos del acreedor y, al mismo tiempo, y por tal concepto, al tercero beneficiario premuerto”.

¹³⁹ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 472.

¹⁴⁰ QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de renta vitalicia*, *op. cit.*, pp. 138-139; del mismo autor (1991). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1763.

¹⁴¹ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 467; TORRENTE, A. (1955), “Della renditia vitalizia”, *op. cit.*, pp. 115-116.

¹⁴² BELTRÁN DE HEREDIA, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 103 opta por “vida contemplada”. Sin embargo, QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de renta vitalicia*, *op. cit.*, pp. 75-76 prefiere hablar de vida módulo, vida objetivada, o más propiamente, de vida módulo objetivada.

¹⁴³ VALSECCHI, E. (1961). “La renditia vitalizia”, *op. cit.*, p. 122; QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1991). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 1760-1761; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 12366.

¹⁴⁴ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 413; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.*, p. 223; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). “El contrato de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 294; MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M^a. (2023). “El contrato de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 569.

¹⁴⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). “El contrato de renta vitalicia”, *op. cit.*, pp. 294-295.

¹⁴⁶ MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M^a. (2023). “El contrato de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 569.

¹⁴⁷ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 476.

¹⁴⁸ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 413.

¹⁴⁹ BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.*, p. 223.

¹⁵⁰ BUTERA, A (1935). *Del contratto vitalizio*, Torino, p. 70 que lo califica de condición resolutoria.

¹⁵¹ VALSECCHI, E. (1961). *La rendita vitalizia*, *op. cit.*, p. 123.

¹⁵² QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 82.

No han faltado autores en la doctrina italiana, para quienes el elemento de la existencia de la vida contemplada con respecto al vencimiento de cada una de las prestaciones periódicas del deudor funciona como condición suspensiva, al que se subordinan (ANDREOLI, M. (1949). “La rendita vitalizia”, *op. cit.*, pp. 61-62). En contra de tal planteamiento, VALSECCHI, E. (1961). “La rendita vitalizia”, *op. cit.*, p. 123, objeta que “en verdad, no parece correcto que la prestación no sea debida, sino se ha verificado el hecho extintivo (cesación de la vida contemplada) deducir que la prestación misma está condicionada a la existencia de la circunstancia contraria (supervivencia de la vida contemplada). De condición en sentido técnico no puede hablarse, tratándose de elemento que se identifica como un requisito esencial del negocio; se puede entenderse, en todo caso, como condición impropia, del tipo de la *condictio iuris*”.

¹⁵³ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 414.

¹⁵⁴ En este sentido, GARCÍA GOYENA, F. (1973). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Barcelona, Editorial Base, p. 122 aunque con relación a la primitiva redacción del artículo 1705 señala que, después de decirse en su primer párrafo que la renta podía constituirse sobre la vida de varias personas, se añadía “*con tal de que existan al tiempo de otorgamiento*”, y en el párrafo 2º, después de exponer que podía constituirse a favor de otra u otras personas distinta de aquella o aquellas sobre cuya vida se otorga, se decía “*con tal que sean determinadas*”; ambas expresiones fueron suprimidas por innecesarias, siempre habría que entender su espíritu como si real y literalmente las contuvieran. Vid., asimismo, DÍEZ PICAZO, L., Y GULLÓN BALLESTEROS A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 202.

¹⁵⁵ BELTÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 104; MANRESA Y NAVARRO, J.M^a. (1931). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 64.

¹⁵⁶ En este sentido, GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 415; LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 308; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.*, pp. 229-230; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 351; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 12377; DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1007; y, en la doctrina italiana, VALSECCHI, E. (1961). “La rendita vitalizia”, *op. cit.*, pp. 128-129, negando, además, que esta misma solución se pueda aplicar al “*concepturus*”, pues, esta excepción a la regla general no puede dilatarse hasta el infinito, en el sentido de que pueda designarse al hijo del hijo del hijo. A esto debe oponerse la exigencia de la certeza de las relaciones y la repugnancia del ordenamiento respecto a vínculos indefinidamente suspendidos en el tiempo. La designación del tercero como vida contemplada deberá limitarse, pues, al concebido y no nacido e hijo de persona viva.

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 12376.

¹⁵⁸ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 104; SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 832; VALSECCHI, E. (1961). “La rendita vitalizia”, *op. cit.*, p. 28.

¹⁵⁹ QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1760; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 414; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 12376.

¹⁶⁰ QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991) “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1762; del mismo autor (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 79. En la doctrina italiana, TORRENTE, A. (1955). “Della rendita vitalizia”, *op. cit.*, p. 107.

¹⁶¹ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 415-461 y 457.

¹⁶² Parágrafo 759 del BGB dispone que: “I. *Quien esté obligado a proporcionar una renta vitalicia pagarla, en caso de duda, la renta vitalicia por la duración de la vida del acreedor*”.

¹⁶³ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 108; en el mismo sentido, QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 79; DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 202.

¹⁶⁴ RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1804 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 12384.

¹⁶⁵ DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 309.

¹⁶⁶ TORRENTE, A. (1955). “Della rendita vitalizia”, *op. cit.*, p. 110.

¹⁶⁷ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, pp. 109-110.

¹⁶⁸ QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1991). “Comentario al artículo 1804 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1764. En esta línea, RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1804 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 12387; QUICIOS MOLINA, S. (2021). “Comentario al artículo 1804 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 2257 para quien “el embarazo de una mujer que, en la actualidad no es tratado como un estado patológico, debería considerarse como enfermedad a los efectos de aplicar el artículo 1804 del CC si como consecuencia de una complicación del mismo la mujer cuya vida es tomada como referencia para determinar la duración del contrato, fallece en los veinte días siguientes a la constitución de la renta vitalicia” y añade (p. 2258) “como ocurre con cualquier relación de causalidad, en la práctica podría plantearse dudas sobre la real incidencia de la enfermedad padecida en el desenlace fatal si colaboran otras causas (p. ej., una mala praxis médica). Para resolver tales dudas, valdrán las teorías manejadas por la doctrina, por ejemplo, sobre la imputación objetiva de un resultado daños”.

Por su parte, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 350 entiende que no se considera enfermedad “el parto, ni el accidente, ni el suicidio, ni la vejez”.

¹⁶⁹ El artículo 3 c) de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia define enfermedad grave e incurable: “las que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva”.

¹⁷⁰ QUIÑONERO CERVANTES, E., *Últ. Lug. Cit.*; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 309.

¹⁷¹ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1808 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 545.

¹⁷² GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1808 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 546.

¹⁷³ MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M^a. (2023). “El contrato de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 569.

¹⁷⁴ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1808 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 547; MANRESA Y NAVARRO, J. M^a. (1931). “Comentario al artículo 1808 del Có-

recreativas; y, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3ª, de 15 de junio de 2016 (JUR 2016,184824) se cede el uso y disfrute de la vivienda usufructuada por el actor.

¹⁸⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). “El contrato de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 295. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 3ª, de 16 de mayo de 2022 (JUR 202, 266953).

¹⁸⁵ SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 829.

¹⁸⁶ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 417; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, pp. 115-117; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.*, pp. 149-150; PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 508; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). “El contrato de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 295; MARTÍNEZ VELENCOSO, L.Mª. (2023). “El contrato de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 570; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 12367; DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). “Comentario al artículo 1803 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 999 al que particularidad le merece la constitución de la renta vitalicia a cambio de la cesión del derecho real de usufructo, pues, no comporta “la idea según la cual en estos casos la vida módulo tendría que ser la del usufructuario, pues que el usufructo se extingue con su muerte”.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 1997 (RJ 1997,6152) dispone que el artículo 1802 en sentido amplio no sólo comprende la transmisión del derecho de propiedad de la cosa mueble o inmueble, sino también la de cualquier otro derecho real que no sea el de propiedad, o incluso un derecho personal (*Fund. Dcho. 3º*). En el mismo sentido, se pronuncia, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4ª, de 7 de junio de 2000 (AC 2000,3760); de la Audiencia Provincial de Soria, sección 1ª, de 3 de octubre de 2003 (AC 2004,126) en su *Fundamento de Derecho 2º* se refiere a la transmisión del dominio sobre la vivienda de protección oficial y no la mera cesión del uso hasta el fallecimiento de la beneficiaria; y, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3ª, de 15 de junio de 2016 (JUR 2016,184824) cesión del uso y disfrute de la nuda propiedad a cambio de una renta.

¹⁸⁷ MANRESA Y NAVARRO, J.Mª. (1931). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 60; CASTÁN TOBEÑAS, J.Mª. (1988). *Derecho Civil español, común y foral*, *op. cit.*, p. 742. Tal criterio restrictivo se manifiesta, igualmente, en alguna de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de junio de 1906 (*RGLJ, Jurisprudencia Civil, T. 104, abril-junio 1906*, pp. 689-698); de 12 de octubre 1912 (*RGLJ, Jurisprudencia Civil, T. 125, octubre-diciembre 1912*, pp. 80-89); de 16 de diciembre de 1930 (RJ 1930-1931,1353); y, de 2 de marzo de 1956 (RJ 1956,1138).

¹⁸⁸ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 1997 (RJ 1997,6152).

Por su parte, RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 12357 precisa que “la renta vitalicia es un crédito de naturaleza genérica” y, añade a ello que “conforme al artículo 336 CC la renta vitalicia en nuestro Derecho tiene la consideración de bien mueble, salvo que por pacto expreso de las partes graven con carga real una cosa inmueble, en cuyo caso tendría que ser incluida dentro del nº 10 del artículo 334 CC, entrenado entonces en la categoría d derecho real”.

¹⁸⁹ BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.*, p. 150. GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 417.

¹⁹⁰ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 117; en el mismo sentido, QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1991). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1761.

¹⁹¹ En similares términos, se expresan, BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.*, p. 151 para quién al constituirse la renta vitalicia sobre el traspaso de un derecho real de usufructo, no hace en realidad sino profundizar en uno de sus caracteres esenciales: la aleatoriedad; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 418-419; ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004). “Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 1417.

¹⁹² BADENAS CARPIO, J.M. *Últ. Lug.Cit.*

¹⁹³ Vid., Resolución de la DGRN de 31 de mayo de 1951 (RJ 1951,2035).

¹⁹⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L.*et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, p. 309.

¹⁹⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1934 (RJ 1934,1632) señala que es una cuestión muy debatida la de si la pensión o rédito ha de ser inferior o superior a los frutos de capital, y que, en todo caso, “es lo cierto que en nuestro Código Civil no se contienen disposiciones para la fijación de la renta, y antes por el contrario impera la libertad de los contratantes, que sólo declara nula la renta en el caso del artículo 1804, y a mayor abundamiento, el adquirente del capital también sufre el riesgo de la pérdida o disminución, e incluso la improductividad del capital”.

Sin embargo, las sentencias de este Alto Tribunal de 10 de abril de 1956 (RJ 1956,1927); y 7 de abril de 1961 (RJ 1961,1256) exigen para calificar un contrato como de renta vitalicia, que la renta se calcule mediante la división del valor del capital transferido por años que se estime de vida al preceptor de la renta y en función de la vida probable de la persona tomada como módulo.

¹⁹⁶ GUILARTE ZAPATERO V. (1982) “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 423; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa, op. cit.*, p. 147; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil, op. cit.*, p. 352; DÍEZ-PICAZO L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil, op. cit.*, p. 202; ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004). “Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 1419; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa, op. cit.*, p. 219. Vid., también, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1930 (RJ 1930-1931,1353).

¹⁹⁷ En el mismo sentido, BADENAS CARPIO, J.M., *Últ. Lug.Cit.*

¹⁹⁸ QUIÑONES CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia, op. cit.*, p. 48 entiende que no puede rechazarse “porque lo admite la libertad de pacto que preside todo tipo de convención”; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). “El contrato de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 295. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2ª, de 2 de mayo de 2001 (AC 2001,1247).

¹⁹⁹ VALSECCHI, E. (1949). “La rendita vitalizia”, *op. cit.*, p. 176; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa, op. cit.*, p. 218; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia, op. cit.*, p. 119; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 12368.

²⁰⁰ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia, op. cit.*, p. 119; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 424.

²⁰¹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia, op. cit.*, p. 127.

²⁰² GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 425-426. En contra, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia, op. cit.*, p. 127 pues, “le parece difícil, si nada se ha dicho en el contrato, que el acreedor pueda tener pretensión alguna para reclamar la diferencia. Del mismo modo que tampoco estará en condiciones de pretender una compensación con un aumento de las pensiones futuras en caso de que la productividad de la finca o fincas aumentase en años sucesivos”.

²⁰³ QUIÑONERO CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de renta vitalicia, op. cit.*, pp. 48-49; del mismo autor (1991). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1761.

²⁰⁴ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 427.

²⁰⁵ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil, op. cit.*, p. 350; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1761; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa, op. cit.*, p. 236; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil, op. cit.*, p. 351; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). “El contrato de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 295; PÉREZ GURREA, R. (2011). “La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales”, *op. cit.*, p. 1714; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 12368; LACRUZ BERDEJO, J.L.*et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*

p. 309 quien, asimismo, señala que “resulta muy aconsejable un índice de estabilización en un negocio como éste, presumiblemente a largo plazo, y destinado por lo común a mantener a una persona, la cual, por tanto, necesita que siga siendo idéntico el poder adquisitivo de las cantidades que recibe”.

No obstante, en una página posterior (p. 310), aconseja, que “precisamente, para el mantenimiento del poder adquisitivo, puede interesar al pensionista percibir la renta o pensión en bienes con valor intrínseco, evitando los problemas de cálculo que plantean las cláusulas de estabilización”.

Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de octubre de 1960 (RJ 1960,3449).

²⁰⁶ En este sentido, ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004). “Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 1420; DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 203; POVEDA DÍAZ, J. (2003). “Algunas cuestiones en torno al contrato de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 2836; DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). “Comentario al artículo 1804 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1012 aunque propone como remedio “el reequilibrio de la relación en la medida en que sea posible o la resolución para el caso que los intereses contractuales hayan quedado frustrados”; no obstante, considera (p. 1014) que “desde el punto de vista del contrato de renta vitalicia, la aplicación de la denominada cláusula *rebus sic stantibus* podría plantearse si tenemos en cuenta que el equilibrio aleatorio encierra la necesidad de atribuir un riesgo recíproco a las partes, en la medida que el mismo quede desvirtuado con la llegada sobrevenida de ciertos acontecimientos”.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 1969 (RJ 1969,3823) no aplicó la cláusula *rebus sic stantibus* porque “aún al tratarse de una estipulación de carácter aleatorio y al estar constituida la pensión sobre la vida de dos beneficiarios, es claro que la circunstancia de que la actora haya mejorado de fortuna y no necesite de la pensión o renta, es intrascendente a los efectos del deber de satisfacerla, por no implicar tal circunstancia cambio alguno en las recíprocas prestaciones y menos aún la destrucción del equilibrio de las mismas, requisito este último, sin cuya concurrencia no cabe aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*”.

Asimismo, la sentencia de este Alto Tribunal y Sala, de 23 de noviembre de 1962 (RJ 1962,5005) consideró procedente la revisión de la renta; si bien, no por aplicación de la cláusula exponiendo al respecto que “la alteración extraordinaria por circunstancias posteriores no surge razón de la mayor o menor duración de la vida de la usufructuaria, contingencia aleatoria que pudo ser contemplada por los contratantes, sino porque el equilibrio de las prestaciones se ha roto por la anormal e imprevisible alteración en alza desproporcionada del precio de los frutos y el valor de las rentas de la tierra, afectando a la base del negocio, y puesto que el usufructo vitalicio atiende al fundamento principal de conservar al cónyuge, en cuanto sea posible, en la posición económica que en el matrimonio tuvo, resulta en la actualidad irrisoria, la cantidad fijada como renta, que no alcanza para un vivir decoroso”. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 11 de febrero de 1992 (AC 1992,348).

²⁰⁷ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2ª, de 20 de marzo de 2001 (JUR 2001,140842); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 3ª, de 30 de septiembre de 2004 (JUR 2004,308574); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 29 de septiembre de 2009 (JUR 2010,72429).

²⁰⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). “El contrato de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 295.

²⁰⁹ SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 832 dispone que debe ser necesario para la validez de este contrato el otorgamiento de escritura pública. Precisa PÉREZ GURREA, R. (2011). “La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales”, *op. cit.*, p. 1715 que “si la renta se constituye por medio de donación se rige por las normas generales de las donaciones, y no se considera

aplicable el artículo 633 del Código Civil, por lo que la renta vitalicia mediante donación de bienes inmuebles puede hacerse por escrito o verbalmente”.

Por su parte, el parágrafo 761 del BGB señala que: “para la validez de un contrato por el que se promete una renta vitalicia se exige que esté por escrito, a menos que esté prescrita alguna otra forma”.

Asimismo, tal exigencia de constancia por escrito, y en algunos casos escritura pública, el artículo 1239 del Código Civil portugués manifiesta que: “Sem prejuízo da aplicação das regras especiais de forma quanto à alíneação da coisa ou do direito, a renda vitalícia deve ser constituída por documento escrito, sendo necessária escritura pública se a coisa ou o direito alienado for de valor igual ou superior a 20.000 euros”.

²¹⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 1991 (RJ 1991, 4419).

²¹¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2007 (RJ 2007,5560) transmisión de la finca a cambio de pensión vitalicia de 25 euros mensuales, más la prestación de alimentos y del derecho de uso y habitación, y, de 8 de julio de 2008 (RJ 2008,3353) no se modifica el contrato de renta vitalicia, aunque el adquirente de los bienes se obligue a enajenarlos una vez dueño de los mismos.

²¹² Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª, de 14 de febrero de 2008 (RJ 2009,3132).

²¹³ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, op. cit., p. 140.

²¹⁴ ANDREOLI, M. (1949). “La renditía vitalizia”, op. cit., p. 223 sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1458 del *Codice Civile* de 1942.

²¹⁵ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, op. cit., p. 441.

²¹⁶ ANDREOLI, M., *Últ. Lug. Cit.* de la misma opinión respecto a los daños.

²¹⁷ ANDREOLI, M. (1949). “La renditía vitalizia”, op. cit., p. 223 señala que debe ponerse el artículo 1458 en relación con el artículo 1483, en virtud de lo cual el vitalizado que no estará obligado a restituir las rentas percibidas, el vitalizante tampoco los frutos percibido en la misma proporción.

²¹⁸ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1982). *La renta vitalicia*, op. cit., pp. 141-142.

²¹⁹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1982). *La renta vitalicia*, op. cit., p. 142.

²²⁰ BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, op. cit., pp. 209, 212, 215 y 216.

²²¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de julio de 2002 (RJ 2002,8551) que prevé la asunción de la obligación de pago de la renta por una sociedad anónima. Asimismo, RODRÍGUEZ RAMOS, A.M. (2006). *La renta vitalicia gratuita*, op. cit., p. 10 señala que las personas jurídicas pueden prestar la renta, ser deudores de la renta.

²²² BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, op. cit., p. 217; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, op. cit., p. 144 señalan que “este artículo 1802 no tiene carácter imperativo e inderogable. La referencia anual es simplemente ejemplificativa de carácter subsidiario que servirá para determinar el lapso en que deberán ser satisfechas regularmente las pensiones”.

²²³ En esta línea, RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, op. cit., p. 12368.

²²⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., p. 311.

²²⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de septiembre de 2006 (RJ 2006,6366).

²²⁶ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (2005). *La renta vitalicia*, op. cit., pp. 175 a 178.

²²⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., p. 310.

²²⁸ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (2005). *La renta vitalicia*, op. cit., p. 179.

²²⁹ MARTÍNEZ VELENCOSO, L.Mª. (2023). “El contrato de renta vitalicia”, op. cit., p. 571 señala al respecto que la prestación de garantías ha de hacerse por acuerdo de las partes o, en su defecto, por decisión judicial.

Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de octubre de 1960 (RJ 1960,3449).

²³⁰ ROCA SASTRE, R.M^a. Y ROCA-SASTRE I MUNCUNILL, L. (1979). *Derecho hipotecario*, IV-2, 7^a ed., Barcelona: Bosch, p. 746; DEL MORAL Y DE LA LUNA, A. (1952). “La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta”, *op. cit.*, p. 811; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1980). “La naturaleza “ob rem” de la obligación de renta vitalicia”, *op. cit.*, pp. 1355-1356; DÍEZ PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 203.

²³¹ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 433; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 152; QUIÑONES CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.*, pp. 126-127; GOMA SALCEDO, J.E., “Principales problemas del contrato de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 326; ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004). “Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia”, *op. cit.*, pp. 1426-1427; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 352; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 12369.

²³² Vid., TORRENTE, A. (1955). “Della renditia vitalizia”, *op. cit.*, pp. 144-145.

²³³ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 352 precisa que “antes de la entrada en vigor de la Ley 42/2015 de reforma de la LEC “debían distinguirse cada uno de los vencimientos (que prescribía a los cinco años, ex artículo 1966.3º del CC) del derecho a la percepción de la renta del que proceden (que prescribía el derecho a la percepción de la renta a los quince años, ex artículo 1964 del CC antes de que la citada ley 42/2015 redujera dicho plazo también a los cinco años)”.

Por su parte, acertadamente señala QUIÑONES CERVANTES, E. (1991). “Comentario al artículo 1805 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1765 que “estas posibilidades que la norma otorga al acreedor de la renta, son, tan lógicas como innecesarias, puesto que cualquier acreedor tiene acción para reclamar su crédito del deudor y no otra cosa, parece con esta expresión, estar concediéndoles este artículo 1805”.

Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 1^a, de 9 de abril de 2002 (JUR 2002,221093); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2^a, de 12 de abril de 2002 (AC 2002,1249); y, de la Audiencia Provincial de León, sección 1^a, de 25 de julio de 2002 (JUR 2002,262185).

²³⁴ BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.*, pp. 252 y 254; LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 310; QUIÑONES CERVANTES, E. (1991). “Comentario al artículo 1805 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1764; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). “El contrato de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 295.

²³⁵ En este mismo sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho civil*, *op. cit.*, p. 845.

²³⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 352; MANRESA Y NAVARRO, J.M^a. (1931). “Comentario al artículo 1805 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 73;

²³⁷ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 157. Igualmente, se pregunta LACRUZ BERDEJO, L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 310 se pregunta “¿podría retener el acreedor las pensiones en caso de resolución?”; a lo que responde que “cada parte ha de restituir lo recibido de otra: tanto capital como pensiones”.

En el mismo sentido, BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.*, pp. 256-257.

²³⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 310.

²³⁹ TORRENTE, A. (1955). “Delle contratto vitalizio”, *op. cit.*, p. 126.

²⁴⁰ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 159; QUIÑONERO CERVANTES, E., “Comentario al artículo 1805 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1764; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.*, p. 256 precisa, además, que la aleatoriedad afecta más a la extensión de las obligaciones que a su ejecución.

²⁴¹ JORDANO BAREA, J.B. (1999). *La categoría de los contratos reales*, *op. cit.*, p. 72.

²⁴² CASTÁN TOBEÑAS, J.M^a. (1988). *Derecho civil español, común y foral, op. cit.*, p 745; MANRESA Y NAVARRO, J.M^a. (1931). “Comentario al artículo 1805 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 73; GUIMERA, M. (1954). “Renta vitalicia y condición resolutoria”, *Revista de Derecho Privado, T. XXVIII*, p. 216.

²⁴³ No obstante, precisa ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil, op. cit.*, pp. 846-847 que: “La resolución por falta de pago de la renta únicamente no cabe si habiéndola comenzado a pagar, se cesa, después, de hacerlo. Luego sí cabe la resolución, si es que ni siquiera empezó a pagarse la renta”. Los argumentos que prueban esta afirmación son, en síntesis: “1. La protección que merece el interés del rentista; 2. Que siendo excepcional el artículo 1805, hay que inclinarse por la aplicación del artículo 1124; 3. Que el artículo 1805 habla de preceptor de la renta, luego no es aplicable al rentista que no cobro ninguna; 4. Que para igualar al rentista y a pagador de la renta, lo mismo que a éste se le faculta para resolver el contrato si no se le entrega la cosa, hay que facultar a aquél también, si no le paga ninguna renta; 5. Que la justificación que se piensa explica el artículo 1805 es justificación que sólo alcanza al caso de que la renta haya empezado a pagarse”.

²⁴⁴ En este mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, p. 310; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil, op. cit.*, p. 352; PUIG PEÑA, F. (1973). *Tratado de Derecho Civil español, op. cit.*, p. 551; GUILARTE ZAPATEIRO, V. (1982). “Comentario al artículo 1805 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 507-508 y 515-516; ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004). “Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia”, *op. cit.*, pp. 1424-1425; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). “Comentario al artículo 1805 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1765; PUIG BRUTAU, J. (1956). *Fundamentos de Derecho Civil, op. cit.*, p. 512; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho civil, op. cit.*, pp. 846-847. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de abril de 1991 (RJ 1991,3064); y de 23 de abril de 1998 (RJ 1998,2599).

²⁴⁵ RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1805 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 12394.

²⁴⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil, op. cit.*, p. 352; DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil, op. cit.*, p. 203; PUIG BRUTAU, J. (1956). *Fundamentos de Derecho Civil, op. cit.*, p. 513; PUIG PEÑA, F. (1973). *Tratado de Derecho Civil español, op. cit.*, p. 550; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia, op. cit.*, p. 166; ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004). “Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia”, *op. cit.*, pp. 1428-1429; GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, A. (1965). “La renta vitalicia y el pacto contrario al artículo 1805”, *op. cit.*, pp. 283-285; BADENAS CARPIO, J.M., *La renta vitalicia, op. cit.*, p. 260; DE DIEGO, C. (1930). *Instituciones de Derecho Civil español, op. cit.*, p. 261; VALVERDE Y VALVERDE, C. (1926). *Tratado de Derecho Civil español, op. cit.*, p. 607; GUIMERA, M., “Renta vitalicia y condición resolutoria”, *op. cit.*, p. 217; URIARTE BERASATEGUI, J. (1950). “Revisión de las ideas (renta vitalicia)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 268*, p. 557; MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M^a. (2023). “El contrato de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 570; PÉREZ GURREA, R. (2011). “La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales”, *op. cit.*, p. 1710 habla de poder oponer la excepción de *non adimpleti contractus*. Por su parte, a juicio de RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1805 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 12390-12391 “el precepto carece de una justificación verdadera, pues en rigor no hay ningún fundamento sólido que justifique ni la excepcionalidad del artículo m1804 CC, ni la razón de excluir la regla general de la resolubilidad por incumplimiento para el caso del contrato de renta vitalicia” a lo que añade que “no cabe duda que, en ocasiones, la resolución del contrato de renta no será la solución ideal para ninguna de las partes. Incluso, resultara excesiva si se trata de incumplimiento puntual de una pensión por parte del deudor”. Sin embargo, para el autor “mayores perjuicio provoca el incumplimiento reiterado del deudor cuando la renta es la principal fuente de ingreso del acreedor.”.

²⁴⁷ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 1959 (RJ 1959,1999); de 14 de octubre de 1960 (RJ 1960,3086); de 2 de julio de 1992 (RJ 1992,6502);

y, de 23 de abril de 1998 (RJ 1998,2599). Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 27 de octubre de 1995 (AC 1995,2016); y, las Resoluciones de la DGRN de 16 de octubre de 1989 (RJ 1989,7048); de 26 de abril de 1991 (RJ 1991,3169); y, de 16 de octubre de 1991 (RJ 1991,7048)

En contra, sin embargo, se expresa la Resolución de la DGRN de 31 de mayo de 1951 (RJ 951, 2035) al considerar el pacto resolutorio como contrario al artículo 1805.

²⁴⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil*, op. cit., p. 847.

²⁴⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., p. 311; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, op. cit., pp. 352-353.

²⁵⁰ ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2004). "Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia", op. cit., pp. 1425 y 1429, ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho civil*, op. cit., pp. 847-848; GUILARTE ZAPATERO, V (1982). "Comentario al artículo 1805 del Código Civil", op. cit., pp. 516-518; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil español*, op. cit., p. 551, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, op. cit., p. 189 señala esta solución "es natural consecuencia del carácter duradero y periódico de las obligaciones que genera el contrato. Pero, además, de lo que el propio artículo 1120 dispone, ya que "cuando la obligación imponga recíprocas prestaciones a los interesados, se entenderán compensados unos con otros los frutos e intereses del tiempo en que hubiese estado pendiente la condición. De acuerdo, con lo cual, el deudor retendrá los frutos e intereses que la cosa hubiera producido y el preceptor de la renta conservará las pensiones o réditos que aquél le hubiese satisfecho".

Asimismo, sobre la aplicación de los artículos 1120 y 1123 del Código Civil, vid., POVEDA DÍAZ, J. (2003). "Algunas cuestiones en torno al contrato de renta vitalicia", op. cit., p. 2846.

En contra, BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, op. cit., pp. 262, 263 y 266 para quien los efectos son *ex tunc*.

²⁵¹ Como apunta GUIMERA, M. (1954). "Renta vitalicia y condición resolutoria", op. cit., p. 321 "se trata de una condición resolutoria expresa que accede al Registro de conformidad con las normas hipotecarias correspondientes".

²⁵² GUILARTE ZAPATERO, V. (1982), "Comentario al artículo 1805 del Código Civil", op. cit., pp. 514-523

²⁵³ GUILARTE ZAPATERO, V., "Comentario al artículo 1805 del Código Civil", op. cit., pp. 523-524; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, op. cit., p. 192 señala que "aun quedando desnaturalizada la función previsora que persigue el contrato de renta vitalicia, no existe ninguna norma que lo prohíba; por lo que debe regir el principio general de libertad contractual consagrado en el artículo 1255 del Código Civil y, por tanto, las partes convenir expresamente un pacto de redención o rescate".

Por su parte, VALSECCHI, E. (1949). "La rentita vitalicia", op. cit., pp. 248-249 señala que "se trata de un modo típico de extinción de las relaciones duraderas y con prestaciones periódicas por tiempo indeterminado, que consiste en sustituir la prestación periódica para toda la duración de la vida contemplada por una prestación única, mediante el pago de una suma correspondiente a la renta misma capitalizada, multiplicada por el número de rentas que hubieran podido ser debidas con base a la duración de la vida probable de la persona sobre la cual la renta es constituida".

²⁵⁴ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1805 del Código Civil", op. cit., p. 524.

²⁵⁵ Sin embargo, señala LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2013). *Elemento de Derecho Civil*, op. cit., p. 311 que "la regla del artículo 1805 no puede ser distinta cuando un tercero adquiere la renta y hace donación de ella al preceptor".

²⁵⁶ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1805 del Código Civil", op. cit., p. 507.

²⁵⁷ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). "Comentario al artículo 1806 del Código Civil", op. cit., p. 526; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, op. cit., p.

144; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). “Comentario al artículo 1806 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1766; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elemento de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 316.

²⁵⁸ Vid., entre otros BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *Últ. Lug. Cit.*; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2005). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 312; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 352; ESPÍN CANOVAS, D. (1963). *Manual de Derecho Civil español*, *op. cit.*, p. 717.

²⁵⁹ MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.^a. (2023). “El contrato de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 571. Por su parte, QUICIOS MOLINA, S. (2021). “Comentario al artículo 1806 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 2259 manifiesta que “esta regla de la proporcionalidad se aplica cuando la vida tomada en consideración no es la del acreedor de la renta”.

²⁶⁰ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1806 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 534. Por su parte, QUICIOS MOLINA, S. (2021). “Comentario al artículo 1806 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 2259 precisa que “el obligado debe pagar el importe total del plazo que hubiera empezado a correr” y añade que “se trata de reglas dispositivas (artículos 108 y 1806) que admiten prueba en contrario”.

²⁶¹ Vid., por todos, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 102. Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 6^a (Ceuta), de 12 de febrero de 2000 (AC 2000,3902); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4^a, de 13 de junio de 2015 (JUR 2013,245128).

²⁶² GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 446; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 193; QUIÑONEROS CERVANTES, E., *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.*, pp. 77-78; ANDREOLI, M. (1949). “La rendita vitalizia”, *op. cit.*, p. 67; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa*, *op. cit.*, p. 219 quien añade a tales argumentos que tal transmisibilidad del derecho a percibir la pensión tiene su razón de ser en que “se trata de una convención onerosa”; y, JORDANO BAREA, J.B. (1999). *La categoría de los contratos reales*, *op. cit.*, p. 72 igualmente, indica que “la renta se debe como contraprestación al bien o capital recibidos”.

²⁶³ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elemento de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 308.

²⁶⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 847.

²⁶⁵ QUIÑONEROS CERVANTES, E. (1979). *La situación jurídica de la renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 143.

Por su parte, señala al respecto RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 12358 que “la constitución de la renta mediante actos gratuitos o lucrativos tiene como finalidad económica proporcionar al perceptor un ingreso fijo y periódico como base de su subsistencia, calculándose el coste de su constitución sobre las posibilidades estadísticas de supervivencia de la “vida contemplada” en el momento inicial, y estableciéndose el cobro de la pensión por todo el tiempo de esa supervivencia. Si se constituye la renta mediante una donación, el donante pagará en plazos lo que acaso no podría satisfacer de una sola vez, y de esta forma cumplirá la causa del negocio; normalmente, satisfacer deberes morales o afectivos”.

²⁶⁶ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5^a, de 14 de julio de 2000 (JUR 2000,295842).

²⁶⁷ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 408-409.

²⁶⁸ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, pp. 205-206

²⁶⁹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, pp. 220-221.

Por su parte, DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). “Comentario al artículo 1807 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1029 señala que *negotium mixtum cum donazione* “debe articularse bajo la doble distinción de su naturaleza, pues cuando el mismo sea incapaz objetivamente de entrar en la órbita de formular un equilibrio aleatorio, gozará tal carácter gratuito en cuanto reúna los requisitos necesarios, si acaso con la carga o condición que se imponga”.

²⁷⁰ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 409-410 precisa que “cuando el contrato a favor de tercero responde a una inten-

ción de liberalidad y constituye una verdadera donación, a la relación beneficiario con el deudor de la renta, se le aplican las normas propias de la donación; mientras que, a la relación del deudor de la renta con el constituyente de la misma, se le aplican la de los contratos onerosos”.

²⁷¹ En esta línea, MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M^a. (2023). “El contrato de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 570; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1807 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 12403; DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). “Comentario al artículo 1807 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 1029-1030 manifiesta al respecto que “no está claro que dicha inembargabilidad signifique en todo caso, indisponibilidad, pues las limitaciones en la circulación de bienes que impidan las cesiones posteriores que se hagan voluntariamente, podrán detraer un beneficio injustificado para el titular de los mismos”; PÉREZ GURREA, R. (2011). “La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales”, *op. cit.*, pp. 1709-1710 por su parte, indica que “la inembargabilidad es un medio del que se sirve el constituyente de la renta vitalicia para alcanzar el fin subyacente de garantizar la cobertura de las condiciones necesaria que permitan al pensionista desarrollar una vida digna mediante el cobro del crédito blindado frente a los acreedores”.

²⁷² LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho civil, op. cit.*, p. 353; BADENAS CARPIO, J.M. (1995). *La renta vitalicia onerosa, op. cit.*, p. 249.

Sobre el carácter liberal, vid., LAURENT, F. (1878). *Principes de Droit Civil français, op. cit.*, p. 336.

²⁷³ QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). “Comentario al artículo 1807 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1767.

²⁷⁴ RODRÍGUEZ MORATA, F. (2013). “Comentario al artículo 1807 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 12405.

²⁷⁵ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho civil, op. cit.*, p. 353; QUIÑONERO CERVANTES, E., *Últ. Lug. Cit.*

²⁷⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Últ. Lug. Cit.*; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1807 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 539-540; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1991). “Comentario al artículo 1807 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1767.

²⁷⁷ MANRESA Y NAVARRO, J.M^a. (1931). “Comentario al artículo 1807 del Código Civil”, *op. cit.* p. 91.

²⁷⁸ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1807 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 541.

²⁷⁹ TORRETE, A. (1955). “Della rendita vitalizia”, *op. cit.*, p. 167.

²⁸⁰ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1807 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 541.

²⁸¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, p. 310.

²⁸² Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de febrero de 1990 (RJ 1990,673); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4^a, de 13 de junio de 2013 (JUR 2013,245128).

²⁸³ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2013). *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, p. 311; MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2016). “El contrato de renta vitalicia”, *op. cit.*, p. 296.

²⁸⁴ DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). “Comentario al artículo 1804 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1009 señala que nos podemos encontrar ante un supuesto de nulidad contractual “en ausencia de formación de un verdadero equilibrio oneroso. Ello sucede cuando el riesgo contractual que constituye la esencia de los contratos aleatorios no tiene la reciprocidad requerida para proyectar posibilidades de ganancia y de pérdida de ambas partes”.

Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 1989 (RJ 1989,1403); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 3^a, de 1 de febrero de 2006 (JUR 2006,155502) inexistencia de donación encubierta. Realización del contrato de forma consciente en agradecimiento a las atenciones personales y materiales recibidas; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17^a, de 3 de marzo de 2006 (JUR 2006,227343) donación simulada en perjuicio de herederos legítimos; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1^a, de 8 de junio de 2015 (AC 2015,1117) por simulación.

Por su parte, QUICIOS MOLINA, S. (2021). “Comentario al artículo 1804 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 2257-2258 señala que “cabría defender que constituir una renta vitalicia sobre la vida de una persona muy mayor, que no es improbable que fallezca como consecuencia de su vejez, es causa de nulidad del contrato, si la muerte por causas naturales acontece en los veinte días siguientes a la constitución de la renta”. Es más, añade que “parece defendible considera que habrá una simulación de contrato oneroso de renta vitalicia, si por la avanzada edad de la persona cuya vida se toma en consideración cabe dudar de la existencia de un verdadero alea (se transmitiría el dominio de un capital a cambio de una prestación prácticamente inexistente)”.

²⁸⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 1989 (RJ 1989,1403); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5ª, de 16 de junio de 2011 (RJ 2011,332539).

²⁸⁶ DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2016). “Comentario al artículo 1804 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1010 señala al respecto que “la relación de lesión debe proyectarse sobre la propia configuración inicial de los intereses programados; de tal manera que, también en ella deba incidir el grado de incertidumbre considerada en el propio contrato”.

²⁸⁷ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2ª, de 12 de abril de 2002 (AC 2002,1249).

²⁸⁸ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de abril de 1998 (RJ 1998,2599); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 1ª, de 9 de abril de 2002 (JUR 2002,221093) impago de mensualidades correspondientes a tres meses; de la Audiencia Provincial de León, sección 1ª, de 25 de julio de 2002 (JUR 2002,262185) impago acreditado por la demandante de más de dos mensualidades consecutivas de renta vitalicia; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18ª, de 22 de febrero de 2006 (AC 2006,525).

²⁸⁹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de noviembre de 1994 (RJ 1994,8468).

²⁹⁰ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18ª, de 22 de febrero de 2006 (AC 2006,525); y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 5ª, de 19 de julio de 2016 (JUR 2016,200878) incumplimiento de la obligación de pago de la renta con devolución de los inmuebles objeto de transmisión.

²⁹¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, de 22 de febrero de 2002 (JUR 2002,219522).

²⁹² BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, pp. 191-192.

²⁹³ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 192; GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 443; ANDREOLI, M. (1949). “La rendita vitalizia”, *op. cit.*, p. 90; VALSECCHI, E., *La rendita vitalizia*, *op. cit.*, p. 249.

²⁹⁴ GUILARTE ZAPATERO, V., *Últ. Lug. Cit.*; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, pp. 198-199.

Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 1996 (RJ 1996/246). 1.

²⁹⁵ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, p. 199.

²⁹⁶ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. *Últ. Lug. Cit.*. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de junio de 2010 (RJ 2010,4894).

²⁹⁷ GUILARTE ZAPATERO, V. (1982). “Comentario al artículo 1802 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 444.

²⁹⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1ª, de 18 de febrero de 2014 (JUR 2014,67595); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 5ª, de 17 de junio de 2014 (JUR 2014,198988).

²⁹⁹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1995). *La renta vitalicia*, *op. cit.*, pp. 214-215.

1.3. Derechos Reales

El interdicto de obra nueva y sus diferencias con las acciones para la tutela sumaria de la posesión

The interdict of new buildings and its differences with actions for summary protection of possession (injunctions)

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
*Profesora Titular acreditada de Derecho civil,
Universidad Francisco de Vitoria*

RESUMEN: El otrora interdicto posesorio nació —y así continúa— como una acción rápida y sumaria recuperatoria sin prejuzgar ni entrar a analizar el título en virtud del cual se poseía frente al despojante. Es/era una acción eminentemente posesoria, bastando el poseer y ser perturbado o privado en la posesión para interponerla y recuperar la posesión pacífica. Cuando la perturbación en la posesión se debe a una obra o construcción, se plantea si es procedente interponer un interdicto de retener o un interdicto de obra nueva. Analizamos a la luz de la jurisprudencia más reciente sus diferencias y tratamos de resolver esa cuestión. Igualmente, nos detenemos en el examen de los distintos presupuestos entre el interdicto de obra nueva y el de obra ruinosa.

ABSTRACT: *The former injunction was born as a quick and summary recovery action without prejudging or analyzing the title by virtue of which it was owned against the dispossessor. It is/was an eminently possessive action, possessing and being disturbed or deprived of possession being sufficient to interpose it and recover peaceful possession. When the disturbance in possession is due to a work or construction, the question arises as to whether it is appropriate to file an injunction to retain or a new construction injunction. We analyze their differences in light of the most recent jurisprudence. Likewise, we stop at the examination of the different assumptions between the interdict of new construction and that of ruinous construction.*

PALABRAS CLAVE: interdicto posesorio, obra nueva, obra ruinosa, posesión, juicio verbal.

KEYWORDS: *injunction, new construction, ruinous construction, eviction, possession, verbal trial.*

SUMARIO: I. LAS ACCIONES POSESORIAS.—II. LOS INTERDICTOS POSESORIOS. II.1. ACCIONES PARA LA TUTELA SUMARIA DE LA POSESIÓN ANTE UN DESPOJO O PERTURBACIÓN. II.2. INTERDICTO DE OBRA NUEVA.—III. DIFERENCIAS ENTRE EL INTERDICTO DE OBRA NUEVA Y OTRAS ACCIONES INTERDICTALES. III.1. INTERDICTO DE OBRA NUEVA E INTERDICTO DE RETENER. III.2. INTERDICTO DE OBRA NUEVA E INTERDICTO DE OBRA RUINOSA.—IV CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LAS ACCIONES POSESORIAS

La posesión está protegida específicamente en nuestro Código Civil. Es cierto que la defensa de la posesión es más débil que la de otro derecho real, pues la posesión claudica ante otra posesión basada en un mejor título, pero, a pesar de ello, la posesión está protegida. Así lo dispone el art 446 CC “todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen”.

Los medios de defensa posesorios son siempre judiciales, no se dejan a la voluntad del poseedor perturbado (art. 441 CC¹), y sirven para restablecer o amparar la posesión. Los más típicos son los antiguamente denominados interdictos de retener y recobrar (hoy acciones de tutela sumaria de la posesión²), la acción de desahucio, los interdictos de obra nueva, de obra ruinosa, la acción real registral del art. 41 LH y la acción publiciana, esta última en menor medida y algo discutida por la doctrina en cuanto a su existencia real y autónoma.

Vamos a centrarnos en los denominados —antiguamente— “interdictos”, sean de recobrar, retener o de obra nueva o ruinosa, para exponer en qué consisten, y cuáles son sus principales diferencias a través de la jurisprudencia más reciente que ha ido perfilando sus requisitos de aplicación. Todos ellos se tramitan a través del juicio verbal y están contemplados en el art. 250.1 LEC, que recoge el ámbito del juicio verbal, en concreto en sus apartados 4 para los interdictos posesorios (tutela sumaria de la tenencia de la posesión cuando haya sido despojado o perturbado en su disfrute), 5 para el interdicto de obra nueva (Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva) y 6 para el interdicto de obra ruinosa (Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande).

II. LOS INTERDICTOS POSESORIOS

II.1. ACCIONES PARA LA TUTELA SUMARIA DE LA POSESIÓN ANTE UN DESPOJO O PERTURBACIÓN

Las acciones para la tutela sumaria de la posesión ante un despojo o perturbación, los interdictos, provienen del derecho romano, como peculiares medios de

protección jurídica extrajudiciales, en virtud de los cuales, un particular lograba la tutela de una situación de hecho, consiguiendo que un magistrado emitiera una orden, un mandato de carácter administrativo o de policía en el que ese magistrado se limitaba a decir que se hiciera o no alguna cosa.

El fundamento de los interdictos, como ya hemos dicho, está en el art. 446 CC, donde se establece el derecho a la defensa de todo poseedor, que se basa en el derecho a seguir poseyendo, es decir, en el hecho posesorio como contacto físico. Por tanto, con independencia que se tenga o carezca del derecho a poseer una cosa, la ley protege a todo poseedor, por el hecho de serlo, contra cualquier perturbación o despojo de que sea objeto, por parte de otra persona (incluso si ésta es quien tiene derecho a la posesión de la cosa) que, prescindiendo de la intervención de los Tribunales, ataque por su propia cuenta la posesión de aquél. También se justifican en el art. 441 CC, que recuerda que “en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello”. Como recuerda la STS 28 febrero 2022, los interdictos posesorios “se ordenan según el art. 250.1. 4º LEC, a la pretensión de “la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute”. Por tanto, la posesión que se ampara por la ley no sólo es la jurídica, sino también aquella que proviene de la mera tenencia de la cosa o del derecho. Se trata de supuestos de tutela sumaria de la posesión como hecho (*ius possessionis*) sin analizar el derecho o título a poseer (*ius possidendi*).

Se tramitan a través del juicio verbal, y con carácter sumario en general, por eso la LEC los recoge en el art. 250 destinado al juicio verbal, con una tramitación rápida y breve, pues se limitan a debatir sobre la cuestión posesoria. De esta forma, el litigio versa exclusivamente sobre el hecho posesorio y, en consecuencia, la sentencia que recaiga no tendrá efectos jurídicos definitivos (art. 447.2 LEC).

En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en varias ocasiones, afirmando que las acciones de tutela sumaria de la posesión no prejuzgan el mejor derecho a poseer, como por ejemplo en la STS 7 julio 2016: “Se trata de «un simple proceso sumario en el que no se deciden definitivamente cuestiones de propiedad o de mejor derecho a poseer, reservadas para su posterior juicio declarativo, dado que basta para otorgar al actor la protección interdictal con la existencia de una apariencia razonable de titularidad como “*fumus bonus iuris*”, por cuanto es suficiente tal apariencia para que se mantenga el “*estatus quo*” que el demandado ha pretendido alterar”. Ya que como recogía la STS 21 abril 1979, la protección sumaria interdictal «halla su fundamento en la conveniencia de un logro acelerado y provisional de una paz jurídica inmediata, que, dando solución momentánea al conflicto suscitado, cumpla con unos fines pacificadores y de social armonía... viniéndose de este modo a prohibir aquellos actos de los particulares que unilateralmente, y por su propio poder, quieran imponer por propias vías de hecho, desentendiéndose de los instrumentos jurídicos y de los cauces jurisdiccionales que todo Estado de Derecho concibe y habilita, pues la apariencia posesoria debe ser absolutamente merecedora de respeto y toda destrucción de la misma ha de consumarse acudiendo a los medios jurídicos que el derecho proporciona»³.

El art. 250.1. 4º LEC alude a dos interdictos: el interdicto de retener y el interdicto de recobrar la posesión.

Para que puedan tener lugar este tipo de acciones, debe de haberse producido un despojo (para el interdicto de recobrar) o una perturbación en el disfrute de la posesión (para el de retener). Sin embargo, a veces, es difícil distinguir entre situación de perturbación o despojo, y por ello, se permite calificar un hecho de perturbación e iniciar interdicto de retener, pero solicitar alternativa o subsidiariamente el de recobrar, caso de apreciarse cosa distinta por el juez, y con la finalidad de evitar la inadmisión de la demanda.

Tradicionalmente, el TS ha configurado cuáles son los requisitos que deben darse y cumplirse para admitir a trámite la demanda interdictal y que ésta prospere, baste ver, entre muchas otras, la STS 15 diciembre 2020⁴. Son los siguientes:

1. Hallarse el demandante en la posesión efectiva de la cosa o tenencia del derecho.

La legitimación activa es amplísima, el art. 446 CC la concede a todo poseedor. Por tanto, es indiferente si la posesión es natural o civil, en concepto de dueño o no, se trate de un poseedor mediato o inmediato, titular de un derecho real o no, personal o carente de fundamento alguno, siempre y cuando se dé la situación fáctica de contacto con la cosa que produce el derecho a seguir poseyendo. Sí parece necesario que llegue a adquirir una posesión autónoma e independiente del anterior.

Por tanto, puede interponerse el interdicto por un: propietario, poseedor a título de dueño, usufructuario, titular de una servidumbre, enfiteuta, acreedor pignoraticio, arrendatario, depositario, comodatario, etc.

Los coposeedores están legitimados activamente, siempre que accionen para la comunidad. El arrendatario, por supuesto, podrá interponer los interdictos contra el arrendador y terceros, porque el art. 1560 CC parece que dice que el arrendador no está obligado a responder frente al arrendatario, a defenderlo frente a perturbaciones de terceros. Es un artículo de régimen interno, no está obligado, pero, si quiere, como poseedor mediato puede hacerlo. También está legitimado el heredero del anterior poseedor, una vez que haya adquirido por la vía hereditaria, por la posesión civilísima. Asimismo, está legitimado el que posee con violencia (el despojante del art. 460.4 CC).

Pero, por el contrario, no es poseedor y no puede interponer interdictos el mero servidor de la posesión.

2. Que la acción se dirija contra quien haya perpetrado el despojo/perturbación.

Los interdictos se ejecutan contra el que haya sido el autor efectivo o material del despojo o perturbación. A esto hay que añadir a quienes colaboren en ello de manera relevante, a cuyo efecto la jurisprudencia distingue entre los autores materiales y los meros servidores en la ejecución, que se limitan a seguir las instrucciones del tercero por cuya cuenta obran.

3. Que exista verdadero despojo/perturbación.

Que haya sido efectivamente despojado, lo cual implica la concurrencia de: a) Acto material de desposesión; es decir, que exista un efectivo desplazamiento posesorio. Si se trata de una perturbación, esta igualmente ha debido de producirse realmente y causar molestias al poseedor; es decir, impedir, molestarle en

su pacífica posesión. b) Elemento intencional o subjetivo que implica el *animus spoliandi* y despojo ilícito.

El *animus spoliandi* es ese elemento intencional o voluntario en el despojo, en la desposesión. ¿En qué consiste?

Antes se identificaba ese ánimo de expoliar, con el dolo, es decir, con la intención de causar un daño que perjudique al despojado.

Hoy esto está superado y el *animus spoliandi* no supone desde luego dolo, pero tampoco culpa. El *animus spoliandi*, esa “intención”, debe ser objetiva, es decir, tendente a producir una alteración del estado de hecho posesorio y no la intención subjetiva de causar daños. Basta, hoy, para que haya *animus spoliandi*, con la conciencia y la voluntariedad de lo realizado, prescindiendo de toda indagación acerca de un ánimo específico. Por tanto, basta con el conocimiento de que se vulnera la posesión de otro. De esta forma, estaríamos ante una actuación voluntaria, teniendo conciencia de que se priva a otro de su situación posesoria (no necesita ni siquiera la mala fe).

Resulta indicativo de esta intención el comportamiento dirigido consciente y deliberadamente a interrumpir la posesión, aunque el móvil de la conducta del demandado sea diverso, incluso bueno, ya que no es necesaria la voluntad de perjudicar al poseedor; pues esto impediría casi todas las pretensiones de acciones posesorias de interdictos, porque pocas veces se quiere perjudicar con el despojo.

Supone, entonces, un arbitrario actuar de propia mano que se traduce en una alteración externa de la situación fáctica anterior.

Antes, la antigua LEC (art. 1651) exigía esa “intención de despojar”⁵, pero hoy el art. 250.4 LEC solo habla de resultado tanto en caso de que haya sido despojado o perturbado.

Por otra parte, la necesidad de que el despojo sea ilícito implica que no sea lícito; es decir, será lícito el despojo cuando se posea por actos tolerados (art. 444 CC) o con consentimiento del anterior poseedor, o si el despojo implica el cumplimiento de un deber: la ejecución de un mandato emanado de autoridad competente.

El despojo, entonces, además de una desposesión consumada ha de ser ilícito, no basta muchas veces una desposesión objetiva.

Muchas veces la licitud del despojo se mezcla y confunde con el *animus spoliandi*. Así, a veces, se consideran que son lícitas determinadas conductas por no darse en ellas el *animus* de despojar, y sin embargo no lo son. La diferencia, aunque sutil, existe y si el despojo es lícito, no hay interdicto, y el juez no entra a juzgar la intención.

4. Que la acción se interponga antes de un año del despojo o perturbación: caducidad (art. 439.1 LEC)

El plazo para ejercitarlo es de un año, a contar desde el acto que ocasione la demanda (art. 439.1 LEC). Se trata de un plazo de caducidad, perentorio, que debe examinar de oficio el juez cuando se le presente la demanda. La caducidad da lugar a la inadmisión a trámite de la demanda (art. 439.1 LEC).

Una vez que se admite y prospera el interdicto o acción de tutela sumaria de la posesión, deberá devolverse la posesión indebidamente arrebatada al demandante (si era de recobrar), o se ordenará el cese de la perturbación o molestia (si

era de retener). En ambos casos, la sentencia no producirá efecto de cosa juzgada, y podrá volver a iniciarse un procedimiento con base en el mejor título a poseer.

II.2. INTERDICTO DE OBRA NUEVA

Dentro de los antiguos interdictos, encontramos otra acción posesoria, que se denomina interdicto de obra nueva. Tiene por objeto obtener la suspensión de una obra que se encuentra en construcción y que, por tanto, no está terminada, y produce o puede producir un perjuicio en la posesión del demandante. Es decir, se pretende paralizar una obra iniciada y no terminada, ante el temor o realidad de que la misma produzca un daño o perturbación en la posesión de una cosa.

El elemento fundamental en este procedimiento es la existencia de un daño, o el temor a que se produzca, configurado como la perturbación de una titularidad jurídica con una manifiesta incidencia económica, cuya prueba incumbe al actor.

La STS 12 noviembre 2009 entiende que el interdicto de obra nueva “consiste en el derecho que tiene un poseedor para suspender una obra que se encuentra en construcción, de modo que lo que se quiere evitar es impedir que con la construcción de la obra nueva continúe una perturbación de la posesión, lo que puede presentar algunas coincidencias con la acción de retener o de recobrar la posesión”. La más reciente STS 28 febrero 2022 confirma esta idea, asegurando que mediante el interdicto de obra nueva “se pretende dar amparo legal a quien se considera lesionado en su posesión, propiedad u otro derecho real, como consecuencia de la ejecución de una obra nueva, que altera una situación fáctica consolidada, con mutación del estado de cosas anteriormente existente, generador de un daño o perjuicio, ya producido, pero susceptible de incrementarse si prosigue la obra, o de inmediata y más que probable consumación que, por la urgencia de prevenirlo, exige una inmediata actuación judicial, decretando la suspensión de la novedosa obra, hasta que se dirima, en un procedimiento plenario posterior, la bondad de la misma; o dicho de otra forma, su adecuación a Derecho.

En definitiva, por medio de estos juicios especiales, se da traducción jurídica al principio romano reflejado en el Digesto: *Melius etenim et, intacta eorum iura servare, quam pos causam vulneratam remedium quarere*, es decir, es mejor consejo prevenir el mal, antes que, ocurrido, repararlo.”

Este interdicto se encuentra regulado en los arts. 250.1. 5º, 441.2 y 447 LEC y, como ya hemos dicho, se tramita, mediante juicio verbal, con la sumariedad que le caracteriza; es un procedimiento declarativo especial y sumario.

La presentación de la demanda provoca que el juez requiera al dueño de la obra la paralización de la misma y la demolición de lo que se continúe construyendo; ahí radica la importancia de esta acción.

Por tanto, consiste en una medida aseguratoria por cuanto se adopta de oficio y de forma necesaria. Puede evitarse presentando caución para continuarla; la caución se presentará en la forma prevista en el párrafo segundo del art. 64.2 LEC.

Tras el juicio verbal, el juez dicta sentencia en la cual ratifica o no la suspensión de la obra paralizada a su inicio. En uno y otro caso las partes pueden acudir al declarativo que corresponda.

El carácter cautelar y preventivo de esta acción la define, dotándole de una naturaleza jurídica peculiar que la diferencia, como luego veremos, de otras acciones posesorias. La STS 18 junio 2007 recuerda esta especial naturaleza del interdicto de obra nueva diciendo que “no puede obviarse la finalidad preferentemente cautelar y precautoria del interdicto de obra nueva, que, como señala la Sentencia de 26 de mayo de 1995, “persigue una defensa posesoria consiguiente a un ataque a la posesión causado por una obra nueva, aunque con ello se proteja también la propiedad u otros derechos reales, pero no con base en una reclamación real o reivindicación de los mismos”⁶.

Los requisitos para que prospere un interdicto de obra nueva son:

- a) Que se realice una obra (construcción, excavación, obra, etc.), que ocasione una alteración del estado previo de las cosas. La STS 28 febrero 2022 entiende que “una obra nueva, que no es sinónima de una construcción de nueva planta, sino que abarca excavaciones, perforaciones u otras obras semejantes, que alteran el estado de hecho de las cosas, entre las que encontraría cobijo las llevadas a cabo por los demandados, al dar a las tierras poseídas un destino agrario mediante su preparación o roturación en curso, que impide el pastoreo del ganado del demandante bajo régimen de ganadería extensiva”. Como sigue afirmando esta sentencia, la obra nueva son todo tipo de “trabajos innovativos, de cierta entidad y relevancia”, sin que deba identificarse en todo caso con una construcción, lo cual sería un error, cabiendo en dicho concepto otras alteraciones relevantes como las indicadas⁷.
- b) Que esa obra ocasione, y como directa consecuencia de ella, un daño patrimonial en el derecho o, al menos, perturbación en la situación posesoria del actor, o el temor fundado de que va a causarlo. Insiste en el daño y perjuicio económico que debe causar la obra nueva, la STS 28 febrero 2022, y es frecuente que la jurisprudencia subraye la necesidad de que se produzca una perturbación o alteración posesoria por la obra nueva⁸. De igual forma, conviene subrayar que no solo el daño ya realizado sino que el temor fundado a causar ese daño es también presupuesto de esta acción, como dice STS 9 febrero 2009: “Esta Sala acepta los razonamientos de la sentencia de instancia y declara que la obra debe causar daños, ya producidos o potenciales, para la parte demandante; basta con que la obra no esté terminada y que se dé un perjuicio racional con la realización de la obra en la posesión del derecho de propiedad u otro derecho real de aquella.” En sentido muy parecido, la STS 15 diciembre 2020 observa que “En el ámbito de la perturbación posesoria se incluye no sólo la que tiene un efecto material actual, sino que también comprende todo acto o conducta que manifieste la intención de inquietar o despojar al poseedor, de forma que éste tenga fundados motivos para creer que será inquietado o perturbado”. En consecuencia, “la perturbación de la posesión puede venir, por tanto, no solo de actos materiales, sino también de meras expresiones verbales (*turbativo verbis*)”, “siempre que se concreten en actos o expresiones exteriores, precisos y claros, conducentes a la privación, total o parcial, del goce de la cosa poseída o en la alteración del

status anterior que se pretende restaurar a través de la acción de protección sumaria de la posesión”

- c) Que dicha obra no esté terminada⁹, ya que, en caso contrario, carecería de finalidad el interdicto. Y que, a la vez, se trate de una obra de importancia, entidad y envergadura suficiente y que su ejecución no sea rápida o efímera (STS 28 febrero 2022), pues, si lo fuera (obra pequeña, efímera y sin importancia), probablemente no procedería esta acción, sino un interdicto de retener¹⁰.

Como bien resume la STS 9 febrero 2009, lo relevante para que triunfe esta acción es que se den dos presupuestos: “la realización de una obra material en la propiedad del demandado o del demandante que no se haya terminado y que provoque daño en la posesión del derecho de propiedad u otro derecho real ya producido o potencial, habiendo relación de causalidad entre el primero y el segundo.” Siendo, por tanto, indiferente donde se produzca el daño (en propiedad del demandante o demandado) y qué derecho resulte afectado en su posesión.

Legitimación activa y pasiva: La acción puede interponerse por cualquier persona que considere que la nueva obra le va a perjudicar en su posesión. No es necesario que el demandante acredite la posesión (diferente al interdicto de retener y recobrar), y esto históricamente se explica porque se concedía el interdicto a todo aquel que resultaba perjudicado por la obra hecha en suelo del demandado, por tanto, el demandante no pretendía recuperar la posesión, solo destruir la molestia.

Con respecto a la legitimación pasiva, corresponde al dueño o titular de la obra que se trata de impedir o a aquel por cuya cuenta y orden se hace la obra.

III. DIFERENCIAS ENTRE EL INTERDICTO DE OBRA NUEVA Y OTRAS ACCIONES INTERDICTALES

III.1. INTERDICTO DE OBRA NUEVA E INTERDICTO DE RETENER

Ambas acciones, como ya hemos dicho, son acciones en defensa de la posesión y, en determinados supuestos, pueden parecer muy similares. Sobre todo, pueden generarse dudas de cuál es la acción que procede interponer ante un determinado supuesto de hecho de molestia o perturbación posesoria. Cuando esa obra nueva produzca molestias que dificulten o alteren la situación posesoria previa, podemos dudar de si es procedente el interdicto de obra nueva por ser esta la causa de la perturbación, o bien el “interdicto” de retener que procede precisamente en estos casos de molestias posesorias¹¹.

Es decir, parece que el interdicto de obra nueva trata de impedir una perturbación futura o reprimir una perturbación ya existente consecuencia de una obra, al igual —o de forma similar— que lo pretende el de retener. Nos preguntamos, entonces, si será una peculiar forma del interdicto de retener; o, si siendo distintos, el demandante puede elegir interponer uno u otro.

La doctrina jurisprudencial entiende que no son equivalentes, ni pueden interponerse a libre elección del perjudicado, ya que la tutela y resultado que pretenden ambas acciones es bien distinto: el interdicto de retener pretende la reposición de la posesión al demandante lo que implica la paralización o demolición de la obra

molesta, dejándose a un juicio posterior la legitimidad o no del derecho a poseer y por tanto justificación de tal molestia; mientras que el interdicto de obra nueva tiene como resultado la confirmación o denegación de la paralización cautelar de la obra nueva solicitada, sin que se ordene la demolición o reposición de las cosas al estado inicial del inicio de la perturbación.

La STS 28 febrero 2022 lo concreta de este modo: “En efecto, en el caso del juicio de la tutela sumaria de la tenencia o posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellos (art. 250.1.4 LEC), la ejecución de la sentencia estimatoria determina la inmediata reposición posesoria del actor, dejando para el juicio plenario posterior la discusión, y correlativa decisión judicial, sobre el mejor derecho de las partes a la posesión definitiva de la cosa o derecho controvertido objeto del proceso; mientras que, en el supuesto del juicio sumario de suspensión de obra nueva (art. 250.1.5° LEC), el acogimiento de la demanda genera, como única consecuencia jurídica, la ratificación de la suspensión ya acordada, discutiéndose en el declarativo posterior el derecho a la demolición de la obra o a continuarla hasta su conclusión, con plena cognición judicial, así como con las garantías que ofrece todo juicio plenario frente al sumario anterior.

Pues bien, sobre tal cuestión, constituye un consolidado criterio el que viene sosteniendo que, cuando el elemento agresor a la posesión ajena sea una construcción u obra nueva, no queda a disposición del perjudicado la elección de la clase de acción, que debe ser ejercitada, sino que la procedente es la que brinda el art. 250.1 5° LEC, solicitando su suspensión provisional.”

Es decir, y como repiten las SSTs 28 febrero 2022 y 16 enero 2023, “no tienen los poseedores un *ius electionis* (derecho a elegir) incondicionado, a los efectos de optar libremente sobre la clase de tutela de la posesión que podrán instar ante los tribunales de justicia, sino que rige al respecto el criterio de especialidad, y si de una obra nueva de entidad se trata, será la acción del art. 250.1 5° de la LEC, la que debe ser interpuesta”.

Y la razón de la imposibilidad de elección y de “mimetismo” de ambas acciones se encuentra precisamente en su diferente justificación y pretensión, como sigue diciendo la STS 28 febrero¹²: “La razón que justifica una decisión de tal clase viene determinada por el interés jurídico de impedir las indeseables consecuencias de tolerar la continuación de la obra, en su proyección natural, a la vista, ciencia y paciencia del demandante, para luego promover un juicio sumario, de cognición limitada al simple hecho posesorio, sin eficacia de cosa juzgada (art. 447 LEC), para interesar la demolición de lo construido, o el sometimiento a la contraparte a una transacción injusta, mediante el ejercicio de un acción al amparo del art. 250.1 4° de la LEC, cuya prosperabilidad determinaría la reposición de la situación existente, antes del despojo sufrido, mediante la demolición de la nueva obra, con la posibilidad cierta de que, en un ulterior juicio declarativo sobre el mismo objeto, se otorgase la razón al titular de aquella, mediante el reconocimiento definitivo de que lo ejecutado era conforme a Derecho. Se evita, de esta forma, el riesgo de tener que acceder a la destrucción de lo ejecutado, en un procedimiento de naturaleza sumaria, como el de recobrar la posesión”.

De este modo, se confirma que las acciones no son equivalentes ni intercambiables y que cada una de ellas tiene un presupuesto y justificación diferente. Sin-

tetizamos, a continuación, las principales diferencias entre el interdicto de retener y el de obra nueva:

- El interdicto de obra nueva solo se puede ejercitar cuando exista una verdadera obra nueva, y mientras los trabajos están en curso de ejecución, pues tiene una naturaleza cautelar, que busca la paralización de la obra nueva y de la molestia. En principio, si la obra ha terminado, lo propio sería interponer un interdicto de retener. Pero, si se hubiera podido interponer un interdicto de obra nueva mientras esta se construía, porque se trataba de una verdadera obra nueva con los requisitos que se han dicho, y no se hizo, no se podrá con posterioridad interponer el interdicto de retener, para paliar el daño. Y es que no se puede elegir una u otra porque, como dice la STS 18 febrero 2022, la virtualidad del interdicto de obra nueva reside en «el interés jurídico de impedir las indeseables consecuencias de tolerar la continuación de la obra, en su proyección natural, a la vista, ciencia y paciencia del demandante, para luego promover un juicio sumario [el del art. 250.1.4 LEC]. Y como comenta BLÁZQUEZ MARTÍN¹³, “ese interés jurídico vertebraba el esquema global de la tutela sumaria de la posesión y sus consecuencias se entienden fácilmente si se tiene en cuenta que, de permitir una frontera permeable entre el interdicto de obra nueva y el de retener o recobrar, resultaría que en un juicio sumario, cuyo objeto estará necesariamente limitado al mero hecho posesorio, el demandante que injustificadamente no ha reaccionado a tiempo podría pedir la demolición de lo construido o forzar a la contraparte a una transacción injusta, pese a la posibilidad cierta de que, en un ulterior juicio declarativo sobre el mismo objeto, se diera la razón al dueño de la obra. Se trata, en definitiva, de evitar el riesgo de tener que acceder a la destrucción de lo ejecutado en un procedimiento de naturaleza sumaria, como es el de recobrar la posesión, como hito provisional del conflicto jurídico que puede verse luego irremediablemente contradicho por la resolución que, ya con el máximo nivel de garantías, recaiga en el juicio plenario”
- El ámbito propio del interdicto de obra nueva procede cuando la obra se ha iniciado en un fundo diferente de aquel cuya posesión pertenezca al demandante; es decir en el fundo del demandado. En este caso no hay lugar a dudas de que lo procedente es un interdicto de obra nueva. Sin embargo, y como ha afirmado la jurisprudencia, entre otras en la STS 9 febrero 2009, es irrelevante que la obra se realice en terreno del demandante o del demandado: “cabe la suspensión de la obra, tanto si el demandado la ejecuta en terreno propio como si lo está haciendo en el de la demandante, siempre que se den los presupuestos antes mencionados, como es el presente caso; la ley nunca ha distinguido y no ha limitado el objeto del llamado interdicto de obra nueva”. En estos casos, habrá que acudir a la justificación y motivo de la interposición de la demanda: qué se pretende con ella para poder dilucidar cuál es la adecuada.
- Para que proceda un interdicto de obra nueva, recordemos que esa obra nueva debe ser una innovación de entidad y duración suficiente que produzca esas molestias que deben paralizarse, y no solo pequeñas actuaciones de carácter efímero que den lugar a simples perturbaciones, pero no constitu-

yan una obra que paralizar. En este último caso, correspondería un interdicto de retener. Es fundamental que exista esa obra nueva, y si esta es tal, con sus caracteres, no hay duda de qué interdicto debe interponerse

- La legitimación activa y pasiva son diferentes. En el interdicto de obra nueva el demandante puede ser un poseedor o no del fundo aquejado por la molestia, mientras que en el interdicto posesorio siempre es un poseedor que debe probar su posesión. De igual forma, el demandante en el interdicto de obra nueva es el dueño de la obra y en el interdicto de retener sería el perturbador, sin que sea necesario que exista una obra.
- Pero la diferencia fundamental entre ambas son sus efectos y finalidad. Puede coincidir que en ambos supuestos haya una obra nueva, que el demandante sea poseedor perturbado, el demandado sea el dueño de la obra y despojante y, en definitiva, que los requisitos objetivos y subjetivos coincidan para ambas acciones. Sin embargo, si se interpone el interdicto de retener, se va a producir la recuperación inmediata de la pacífica posesión que puede implicar demolición de la obra nueva y reposición al estado anterior a iniciarse. Mientras que, si se interponer un interdicto de obra nueva, se va a ratificar la paralización de la obra nueva y evitar las molestias o alteraciones, sin que suponga demolición alguna ni reposición a la situación anterior. En cualquier caso, y como ya hemos subrayado, no hay opción para el demandante: si hay verdadera obra nueva (innovación suficiente, definitiva que altere la posesión), lo que procede es un interdicto de obra nueva, excluyéndose el de retener para evitar los perjuicios que la “voluntaria desidia” del demandante pudiera ocasionar con su retardado actuar.

Parece, por tanto, que el interdicto de obra nueva es una medida de protección a la posesión, complementaria a los interdictos, que favorece al poseedor (propietario o no), evitando o reprimiendo la perturbación causada por obra nueva y siempre que lo que se busque sea esa paralización de la obra.

III.2. INTERDICTO DE OBRA NUEVA E INTERDICTO DE OBRA RUINOSA

Nos encontramos, de nuevo, ante dos acciones que pueden tener similitudes en sus requisitos objetivos y subjetivos. No obstante, tampoco son acciones intercambiables y conviene que las diferenciamos.

El interdicto de obra ruinosa está regulado en el art. 250.1.6 LEC, y tiene su justificación en el deber genérico de todo propietario de mantener su propiedad en buen estado de conservación que establecen los arts. 389 y 390 CC¹⁴.

Según el art. 250.1.6 LEC el interdicto de obra ruinosa pretende “la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande.”

Veamos, brevemente sus requisitos:

- a) Legitimación activa

Sólo podrán interponer este interdicto:

- Los que tengan alguna propiedad contigua o inmediata con la ruinosa y que puedan resentirse o padecer por ésta.

- Los que tengan necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio, árbol o construcción que amenazare ruina. Esto se extiende a todos aquellos que tienen interés en la seguridad del paso, aunque ellos mismos no lo utilicen.

b) Legitimación pasiva

Corresponde al dueño de la obra, aún en el caso de que hayan de adoptarse medidas urgentes de seguridad, pues se efectuarán a su costa.

La naturaleza de este peculiar interdicto es especial, pues no tiene carácter posesorio, es una consecuencia de la obligación que incumbe a todo dueño de no poner en peligro con su propiedad vidas o propiedades ajenas, por tanto, tiene por objeto evitar un daño, pero no resolver acerca de la posesión.

Es una acción defensiva de todos los derechos reales de contenido positivo (incluida la posesión) y también de los derechos personales amenazados por la ruina, e incluso de intereses personales que no constituyan derecho subjetivo.

Luego, *a priori*, esta acción es bien distinta del interdicto de obra nueva, pero cuando sea una obra en construcción la que amenace ruina o peligro, puede, de nuevo, plantearse si procede este interdicto de obra ruinosa o de obra nueva.

La diferencia entre ambas acciones es mucho más nítida que el anterior supuesto examinado, ya que como —de nuevo— afirma la STS 28 febrero 2022, la obra nueva es una innovación, una obra ya iniciada que supone una nueva actividad realizada por el demandado que causa perjuicios. Es decir, implica actividad, dinamismo, supone la ejecución de una obra o construcción. Mientras que el interdicto de obra ruinosa procede ante la pasividad del propietario de la obra o construcción que, por su inactividad, deja que esta se deteriore y amenace ruina y daños. Las palabras que recoge la sentencia en este sentido son muy clarificadoras: se ha de entender “por obra nueva, una creación, fruto del esfuerzo humano, que produce una alteración de una situación fáctica existente antes de la iniciación del proceso ejecutivo en que consiste. Su configuración jurídica exige la concurrencia de un elemento dinámico o activo. De esta forma, excluiríamos del ámbito tuitivo del precitado procedimiento, los posibles daños derivados del mal estado de una construcción, o la falta de actuación sobre la misma por la pasividad de su dueño, que podría dar lugar, en su caso, al juego normativo del otrora denominado interdicto de obra ruinosa, hoy en día contemplado en el art. 250.1. 6º LEC, que dispensa un tipo de tutela diferente.”

El interdicto de obra ruinosa pretende, en consecuencia, siempre la demolición del elemento (obra, construcción, edificio, árbol) que por la pasividad de su propietario amenaza con un peligro real de causar un daño. El interdicto de obra nueva, como ya dijimos, pretende la paralización de esa obra, de esa actividad que causa o puede causar daños, pero por sí misma, derivados de su actividad y no de la inacción del propietario negligente que no cuida de sus propiedades.

IV. CONCLUSIONES

I. Las acciones de tutela sumaria de la posesión siguen teniendo una justificación y finalidad clara en nuestro ordenamiento, pues todo poseedor tiene derecho a defender su posesión, tal y como recoge el Código Civil.

II. Las diferentes acciones posesorias pueden tener puntos de intersección que las asemejan e incluso, en ocasiones, los supuestos de hecho a los que se aplican son muy similares lo que puede generar dudas sobre qué medio posesorio debe utilizarse.

III. Esto puede ocurrir entre varios tipos de interdictos, sobre todo entre el interdicto de obra nueva que conviene diferenciarlo del otrora denominado “interdicto de retener” y del interdicto de obra ruinosa. La distinción entre uno y otro no es baladí, y conviene poner de relieve sus diferencias con el fin de no errar en la herramienta procesal adecuada.

IV. De este modo, el interdicto de retener y el de obra nueva, cuando se hubiese realizado una obra, construcción, o innovación que alterase la posesión del demandante, pueden coincidir en el requisito objetivo; sin embargo, no es así. Cuando se trate de una verdadera obra nueva: innovación que supone una ejecución de obra, excavación, plantación, construcción, significativa, de entidad, que se haya desarrollado en el tiempo y no efímera que produzca un daño, o temor a que se produzca, en la posesión del demandante, solo procederá interponer un interdicto de obra nueva y no uno de retener.

V. Esto es así porque la finalidad y resultado previsto con ambas acciones es muy diferente. Mientras el interdicto de retener pretende la recuperación y reposición inmediata de la posesión pacífica de la cosa, mediante —si es preciso— la demolición o reposición de la obra, el interdicto de obra nueva tendrá como resultado la confirmación de la paralización cautelar de la obra nueva que se produjo con la interposición de la demanda.

VI. Si fueran intercambiables se estaría produciendo un efecto pernicioso puesto que el demandante, a la vista y paciencia de la obra de entidad que se está produciendo, podría no hacer nada y esperar a su conclusión. Entonces podría interponer un interdicto de retener, o incluso de recobrar, para que se le devolviera su posesión de forma inmediata, sin analizar el mejor derecho a poseer, con la demolición en su caso de la obra. Lo deseable sería que, en el transcurso de la obra, si esta causaba un perjuicio, hubiera utilizado el interdicto de obra nueva para paralizarla, si lo que se pretende es poner fin a esa molestia o perturbación.

VII. Por otra parte, el interdicto de obra nueva es más fácil de distinguir del interdicto de obra ruinosa. En efecto, aquel supone una acción: la ejecución de una obra por parte de su dueño que causa molestias. Mientras que en el de obra ruinosa, las molestias provienen realmente de la inactividad del propietario que no hace nada por evitar la ruina de una obra o construcción anterior. El interdicto de obra ruinosa que pretende la demolición de la obra en ruinas es más bien una acción dominical, frente al propietario descuidado.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Audiencias Provinciales

- SAP Madrid 11 julio 2023
- SAP Ciudad Real 28 julio 2023

Tribunal Supremo

- STS 20 mayo 1946
- STS 21 abril 1979
- STS 26 mayo 1995
- STS 27 mayo 1995
- STS 18 junio 2007
- STS 9 febrero 2009
- STS 11 febrero 2009
- STS 12 noviembre 2009
- STS 7 julio 2016
- STS 15 diciembre 2020
- STS 28 febrero 2022
- STS 16 enero 2023

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BLÁZQUEZ MARTIN, R. (2023). El ámbito del desahucio por precario y de los procesos de tutela sumaria de la posesión en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Diario Laley*, nº 10275, Sección Dossier, 26 de abril de 2023, (pp.1-24).
- HIDALGO GARCÍA, S. (2017). "Protección posesoria". En: *Tratado de servidumbres* (Linacero de la Fuente, M. (coord.)), Tirant lo Blanch, Valencia.
- VÉLEZ TORO, A.J. (2021). Los juicios verbales sumarios contenidos en la LEC española de 1881 (1881-2000). *Dikë: Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, nº 29, pp. 1-36.

NOTAS

¹ La STS 20 mayo 1946 ya puso de relieve que se prohíbe la utilización de la violencia para la adquisición —o recuperación— de la posesión aun cuando el que tiene la cosa en su poder se niega a devolverla voluntariamente; es el caso del propietario arrendador que no puede desposeer de la posesión al arrendatario que no paga si se opone a ello.

² STS 28 febrero 2022 razona: “La protección jurídica de la posesión se dispensó tradicionalmente a través de las acciones interdictales. Expresión de raigambre y tradición histórica en nuestro Derecho, que se elimina, no obstante, en la nueva LEC 1/2000, con el argumento de constituir una expresión “obsoleta y difícil de comprender, ligada a usos forenses”, para sustituirla por la de “tutela sumaria de la posesión

³ HIDALGO GARCIA, S. (2017). “Protección posesoria”. En: *Tratado de servidumbres* (Linacero de la Fuente, M. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia).

⁴ Sobre los requisitos que ha venido exigiendo la jurisprudencia para que triunfen las acciones de tutela sumaria de recuperación de la posesión, la STS 15 diciembre 2020, los resume: 1º “que el actor (o su causante) se halle en la posesión o en la tenencia de la cosa o derecho, entendida como situación de hecho ostensible, al margen de toda consideración sobre el título jurídico que pudiera ampararla; debe quedar establecida la concreta delimitación del ámbito material de lo poseído”; 2º “que el actor haya sido inquietado o perturbado, o haya sido despojado de dicha posesión o tenencia”; 3º “que la acción se dirija contra el causante del despojo, bien por haberlo realizado materialmente, bien por haberlo ordenado”; y 4º “que la demanda se interponga antes de haber transcurrido un año desde el acto obstativo a la posesión de la cosa, plazo que se considera de caducidad (arts. 439.1 LEC y 460.4º CC)”. Mas recientemente SAP Ciudad Real 28 julio 2023, SAP Madrid 11 julio 2023.

⁵ Actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle” (art. 1651 LEC antigua).

⁶ En el mismo sentido, la STS 27 mayo 1995 afirma que “La naturaleza jurídica del interdicto de obra nueva, que aunque se le asigna una finalidad cautelar y precautoria a diferencia de los de recobrar y retener la posesión, no tiene un carácter de juicio petitorio de propiedad, sino como se ha declarado persigue una defensa posesoria consiguiente a un ataque a la posesión causado por una obra nueva, aunque con ello se proteja también la propiedad u otros derechos reales, pero no con base en una reclamación real o reivindicación de los mismos, b) Persigue el interdicto de obra nueva mantener un estado de hecho a favor del demandante de interdicto, no de la contraparte que realiza la obra impugnada; trata de evitar al actor una eventual lesión jurídica que dificulte el ejercicio ulterior del derecho de dominio en juicio declarativo posterior, pretendiendo, a partir de reclamación de posibles daños, la finalidad que la ley prevé de obtener la demolición de la obra”.

⁷ La amplitud de la consideración de la obra nueva se pone de manifiesto, por ejemplo en la STS 11 febrero 2009, que considera que procede este interdicto ante los “trabajos subterráneos de nueva planta para la construcción de una galería minera, que han producido una alteración de la posesión del subsuelo”.

⁸ En este sentido las SSTS 9 febrero y 12 noviembre 2009, 28 febrero 2022, 16 enero 2023,

⁹ STS 9 febrero 2009.

¹⁰ La STS 16 enero 2023 confirma esta idea, al afirmar que en el supuesto de hecho que dio lugar al litigio que resuelve se produjeron obras que “ no son de rápida e inmediata ejecución, ni la demandada se limitó a la simple ocupación material de un bien común, sino que son trabajos arquitectónicos de envergadura, comprendiendo obras de demolición y edificación,

que se prolongaron en el tiempo y que se ejecutaron a la vista de la actora”, para las que procede interponer un interdicto de obra nueva, para su paralización, y no el correspondiente interdicto de retener una vez terminadas.

¹¹ Véase, en este sentido, afirmando la aparente similitud de ambas acciones ante supuestos de hecho similares la STS 12 noviembre 2009: “El art. 250.5 LEC dice que se resolverán en juicio verbal las demandas “[...] que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva”, recogiendo el denominado “interdicto de obra nueva”, que consiste en el derecho que tiene un poseedor para suspender una obra que se encuentra en construcción, de modo que lo que se quiere evitar es impedir que con la construcción de la obra nueva continúe una perturbación de la posesión, lo que puede presentar algunas coincidencias con la acción de retener o de recobrar la posesión”.

¹² Y copia y ratifica la STS 16 enero 2023.

¹³ BLÁZQUEZ MARTIN, R. (2023). El ámbito del desahucio por precario y de los procesos de tutela sumaria de la posesión en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Diario La ley*, nº 10275, Sección Dossier, 26 de abril de 2023, p. 21.

¹⁴ Art. 389 CC: “Si un edificio, pared, columna o cualquiera otra construcción amenaza-se ruina, el propietario estará obligado a su demolición, o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída.

Art. 390 CC: “Cuando algún árbol corpulento amenazare caerse de modo que pueda causar perjuicios a una finca ajena o a los transeúntes por una vía pública o particular, el dueño del árbol está obligado a arrancarlo y retirarlo; y si no lo verificare, se hará a su costa por mandato de la Autoridad.”

1.5. Obligaciones y contratos

IRPH: dudas y certezas tras la STJUE de 13 de julio de 2023. ¿Existe algún cauce, viable, para conseguir la nulidad de la cláusula que incorpora el IRPH?

IRPH: doubts and certainties after the EUCJ of July 13, 2023. Is there any feasible way to obtain the nullity of the clause that incorporates the IRPH?

por

ROBERT REINHART SCHULLER

*Investigador predoctoral en formación FPI-UR/CAR 2022
Universidad de La Rioja*

RESUMEN: La indexación de préstamos hipotecarios al IRPH (Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios) ha traído consigo un amplio debate jurisprudencial y doctrinal. El TJUE ha tenido que intervenir en varias ocasiones y todavía tendrá que resolver más cuestiones prejudiciales. El objetivo de este trabajo consistirá en descifrar las últimas novedades y también proponer algunas soluciones a favor del consumidor, señalando en todas ellas los puntos débiles desde un argumentario jurídico. Para ello se tendrá en cuenta el valor del preámbulo y del Anexo IX de la Circular 5/1994, así como su incidencia de cara al control de transparencia.

ABSTRACT: *The indexation of mortgage loans to the IRPH (Mortgage Loan Reference Index) has brought with it a broad jurisprudential and doctrinal debate. The CJEU has had to intervene on several occasions and will still have to resolve more preliminary questions. The objective of this work will be to decipher the latest developments and also propose some solutions in favor of the consumer, pointing out the weak points in all of them from a legal argument. To do this, the value of the preamble and Annex IX of Circular 5/1994 will be taken into account, as well as its impact on transparency control.*

PALABRAS CLAVE: IRPH, diferencial negativo, Circular 5/1994, Circular 8/1990, nulidad, préstamo hipotecario, intereses remuneratorios.

KEYWORDS: *IRPH, negative differential, Circular/51994, Circular 8/1990, nullity, mortgage loans, remunerative interest.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. NORMATIVA BANCARIA.—III. STJUE DE 13 DE JULIO DE 2023.—IV. CONSIDERACIONES TRAS LA STJUE: 1. PREÁMBULO DE LA CIRCULAR 5/1994. OMISIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE SU EXISTENCIA Y FALTA DE APLICACIÓN. 1.A. *Trascendencia de la omisión de información respecto del diferencial negativo.* 2.B. *Diferencial negativo como contenido obligatorio del contrato.* 3.C. *Expediente de elaboración y aprobación de la Circular 5/1994.* 4.D. *Duplicidad de retribuciones* — V. APUNTES DOCTRINALES.— VI. JURISPRUDENCIA TRAS LA STJUE DE 13 DE JULIO DE 2023.— VII. CONCLUSIONES.— VIII. ÍNDICE DE NORMATIVA.— IX. JURISPRUDENCIA CITADA.— X. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El ya archiconocido IRPH¹ cuenta con ingentes reflexiones doctrinales y abundante jurisprudencia. El objeto de este comentario consistirá en desglosar el contenido de la STJUE de 13 de julio de 2023 (asunto C-265/22)² y su recepción en Derecho español. Una combinación de fuentes, entre ellas, doctrinales, jurisprudenciales y normativas conducirán a la elaboración de varias propuestas, todas ellas a favor de las pretensiones del consumidor.

Constituye un arduo obstáculo obtener una respuesta válida a esas pretensiones de los consumidores, pues son numerosos los argumentos que orbitan a favor de la validez de las cláusulas de IRPH en distintos contratos de préstamo, pero también son muchas las manifestaciones que permiten esbozar ciertas dudas sobre la validez de su inclusión en un préstamo determinado.

Con el fin de realizar una exposición estructurada y con el detalle que requiere este comentario, en primer lugar, se procederá a citar, de forma sintética, el marasmo normativo respecto del IRPH³, para con posterioridad aplicarlo a lo dicho por el TJUE. A continuación, se traerán a colación los hechos de la sentencia, para después proceder a su comentario y extraer conclusiones.

II. NORMATIVA BANCARIA

En la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito⁴, en su art.48.2 que: “2. *Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda:...*”.

Esta facultad ya tuvo su reflejo en la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipo de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publi-

cidad de las Entidades de crédito⁵. De modo que se interpretó que dicho precepto supuso facultar: *“al Ministro de Economía y Hacienda para que, con la finalidad de proteger los legítimos intereses de los clientes de aquéllas, establezca un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre unas y otros”*.

Por otro lado, en el preámbulo de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios⁷ se señala: *“La Orden, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos. Téngase presente que la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y, a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes, reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas. Pero la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario”*.

De la Circular 5/1994 debe destacarse que en su preámbulo se dice: *“La Orden citada delega en el Banco de España la definición y difusión de los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable, de forma que su objetividad de cálculo y su difusión hagan innecesaria la comunicación individual al prestatario de las variaciones de tipos de interés que, en otro caso, resulta obligatoria. Se ha optado por una oferta limitada de referencias, tratando de combinar la conveniencia de homogeneizar el mercado, para mayor claridad de la clientela, con la de atender las diferentes necesidades de los operadores, y la de suministrar tipos alternativos (que los contratos siempre deberían prever) para el caso de que, en el futuro, se interrumpa por cualquier circunstancia la publicación de algún tipo oficial”*.

Sobre el diferencial negativo y el IRPH en el mismo preámbulo de la Circular 5/1994 se dijo: *“Los tipos de referencia escogidos son, en último análisis, tasas anuales equivalentes. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre de los bancos y del conjunto de entidades, lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto, su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la tasa anual equivalente de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado. Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas. A título orientativo, la Circular adjunta (Anexo IX) una tabla de diferenciales para los tipos, comisiones y frecuencia de las cuotas, más usuales en la actualidad. En rigor, esta tabla no es útil para decodificar el tipo activo de las cajas de ahorros, por las peculiaridades de su confección”*.

La definición de los distintos índices de IRPH vino recogida en el Anexo VIII de la Circular 5/1994, mientras que la tabla del diferencial negativo y, si no hubiera

equivalencia en la tabla, la fórmula por la cual debería obtenerse el diferencial, se recogieron en el Anexo IX.

III. STJUE DE 13 DE JULIO DE 2023.

El Juzgado de Primera Instancia nº17 de Palma de Mallorca planteó una cuestión prejudicial, mediante auto de 19 de abril de 2022, en relación al IRPH incluido, mediante una cláusula, en un contrato de préstamo para la adquisición de vivienda. El contrato en cuestión se celebró el 12 de mayo de 2006, referenciado a IRPH entidades más un diferencial positivo de 0,20%. Fueron elevadas ante el TJUE cinco cuestiones prejudiciales, respondiendo dicho Tribunal únicamente a la cuarta. El contenido de la cuarta cuestión prejudicial era el siguiente:

“¿Se opone a los artículos 3.1, 4 y 5 de la Directiva [93/13] una jurisprudencia nacional, a la vista de la regulación específica del IRPH es una práctica abusiva, no aplicar diferencial negativo a pesar de la necesidad impuesta en el preámbulo de la Circular [5/1994], ya que es menos ventajoso que todas las TAE existentes, y se ha comercializado el IRPH como si fuera un producto igual de ventajoso que el euríbor sin atender a la necesidad de adicionar un diferencial negativo y, por ende, se podría cesar en la contratación por considerarse nulas las cláusulas en las que se prevé su aplicación y abstenerse las entidades bancarias, en el futuro, de su utilización, ya que comercializar este servicio con consumidores vulnerables puede afectar al comportamiento económico y declararse su no incorporación a los contratos comerciales desleales al haberse integrado en el precio del interés contrario a la Directiva [2005/29]?”.

El TJUE la reinterpreta y dice: *“Mediante la cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si los artículos 3, apartado 1, 4 y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional según la cual no es abusiva una cláusula de un contrato de préstamo a tipo variable que toma como índice de referencia un IRPH al que aplica un incremento, a pesar de las indicaciones que figuran en el preámbulo de la Circular 5/1994”.*

Asimismo, llama la atención que el Juzgado no haya aportado al TJUE contenido respecto de la jurisprudencia que no aplica el diferencial negativo y que da por válida el diferencial positivo en cláusulas que referencian el préstamo al IRPH (considerando 46).

Respecto del diferencial negativo, a ojos del TJUE, la cuestión prejudicial pivota en torno a la no aplicación del diferencial negativo a la cláusula objeto de controversia, pero también sobre la falta de información respecto del contenido del preámbulo de la Circular 5/1994, la cual debería, a criterio del tribunal que plantea la cuestión prejudicial, haberse mencionado en la fase precontractual. Esta apreciación, como se verá con posterioridad, resulta fundamental para entender la STJUE de 13 de julio de 2023 (considerando 47).

Por otro lado, dictaminó el TJUE al respecto que: *“no habiéndosele comunicado también la información que figura en el preámbulo de la Circular 5/1994, el órgano jurisdiccional remitente habrá de tener en cuenta la importancia que tenía esta información para que ese consumidor pudiera evaluar correctamente las conse-*

cuencias económicas de la celebración del contrato de préstamo hipotecario objeto del litigio principal. A este respecto, el hecho de que la institución autora de la Circular 5/1994 hubiera estimado oportuno, en ese preámbulo, llamar la atención de las entidades de crédito sobre el tipo de los IRPH en relación con el tipo de interés del mercado y sobre la necesidad de aplicar un diferencial negativo para igualarlos con dicho tipo de interés constituye un indicio pertinente de la utilidad que la mencionada información tenía para el consumidor”⁹.

Lo anterior ha de relacionarse con la disponibilidad de la información para el consumidor antes de la celebración del contrato, de modo que, habiéndole informado de manera precisa, este pudiera tomar una decisión fundada, gracias a que se le proporcionaron todos los elementos necesarios para evaluar el índice en cuestión (considerandos 51 y 53). De este modo, deberá analizarse hasta qué punto la omisión de un conjunto de informaciones, todas ellas con un papel más o menos relevante, inciden y conducirían a una evaluación incorrecta del coste por parte del consumidor.

Incluso, parece ser que hubiera sido pertinente que se le explicara al consumidor la composición del IRPH, es decir, traducir a lenguaje entendible términos financieros como la TAE y otros conceptos.

Sobre la buena fe, se vuelve a decir que: “*si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo de resultados de una negociación individual*” (considerando 64).

Al mismo tiempo, para apreciar el posible desequilibrio importante, resulta crucial la apreciación que se recoge en el considerando 65 y que reitera lo dicho en el asunto Banco Primus (STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-521/14). Y se dice: “*Por lo que respecta a una cláusula relativa al cálculo de los intereses de un contrato de préstamo, también es pertinente comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por la referida cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato objeto del litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado*”.

Por último, también es interesante lo dispuesto en el considerando 67: “*los IRPH incorporan el efecto de las comisiones, puede ser pertinente examinar la naturaleza de las comisiones eventualmente estipuladas en otras cláusulas del contrato objeto del litigio principal, con el fin de comprobar si existe un riesgo de doble retribución de determinadas prestaciones del prestamista*”.

Para concluir, el TJUE responde a la cuestión: “*Los artículos 3, apartado 1, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que designa, como índice de referencia para la revisión periódica del tipo de interés aplicable a ese préstamo, un índice establecido por una circular que fue publicada oficialmente y al que se aplica un incremento, es pertinente el contenido de la información incluida en otra circular de la que se desprende la necesidad de aplicar a ese índice, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo a fin de igualar dicho tipo de interés con el*

tipo de interés del mercado. También es pertinente determinar si esa información es suficientemente accesible para un consumidor medio”.

IV. CONSIDERACIONES TRAS LA STJUE

Dos son los enigmas que conviene descifrar a raíz de esta STJUE de 13 de julio de 2023. El primero, si el TJUE interpreta que la aplicación del diferencial negativo en los préstamos referenciados a IRPH es obligatorio. El segundo de ellos versa más sobre la omisión del contenido del preámbulo de la Circular 5/1994. En este trabajo se responderá y reflexionará en primer lugar sobre el segundo punto.

1. PREÁMBULO DE LA CIRCULAR 5/1994. OMISIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE SU EXISTENCIA Y FALTA DE APLICACIÓN

1.A. Trascendencia de la omisión de información respecto del diferencial negativo

Es interesante que, según se desprende de lo planteado por la cuestión prejudicial, la cláusula que recoge el IRPH remitía a la Circular 8/1990, pero que el citado preámbulo que menciona el diferencial negativo se encuentra en la Circular 5/1994. Basta recordar que la Circular 5/1994 constituye una modificación de la Circular 8/1990, con lo cual, en principio, bastaría y sería suficiente un reenvío a la Circular 8/1990. Ahora bien, las cosas no son tan nítidas. Primero, en los años noventa la búsqueda de información en internet era más limitada que ahora. Incluso aunque, con posterioridad, en los años 2000, el avance fue notorio, no será hasta el año 2009 cuando el BOE, en internet, es considerado como oficial y auténtico¹⁰. Este dato resulta crucial, pues con anterioridad al año 2009, solo la edición impresa, en papel, tenía la consideración de oficial y auténtica. Pero antes de seguir con el formato electrónico, regresemos a las publicaciones en papel. Para poder tener acceso a las publicaciones, sin ser un profesional del Derecho, el consumidor debía acudir a ciertos lugares como las bibliotecas. Con la única indicación y referencia a la Circular 8/1990, si este acudiera, en su momento a una biblioteca, con lo único que se encontraría sería con el contenido de la Circular 8/1990. Para que el consumidor pudiera conocer el contenido íntegro, dado el modo por el cual se recogían las normativas en ese momento, hubiera sido necesario que se mencionaran ambas Circulares. La Circular 8/1990 se modificó por la 5/1994, siendo en esta última donde se recoge la definición y el método de cálculo del IRPH. Mediante esa remisión, el consumidor y usuario tendría a su alcance, acudiendo al lugar correspondiente, el contenido íntegro de la normativa que regula el IRPH; cosa distinta hubiera sido que esta fuera entendible para un consumidor medio. De no haberse mencionado ambas Circulares, aunque como sabemos la 5/1994 modifica la 8/1990, el consumidor y usuario debería haber realizado una investigación jurídica.

Volviendo al contenido electrónico, suponiendo que el contrato se hubiera celebrado con posterioridad al 2009 y, por lo tanto, gozando el BOE, en su versión electrónica, de carácter oficial y auténtico. Si en el contrato se mencionara

únicamente el contenido de la Circular 8/1990, pero no la 5/1994, acudiendo un consumidor medio al BOE, para la búsqueda de dicha Circular, se encontrará con que esta no integra también la 5/1994, pues para conocer su contenido deberá realizarse otra búsqueda. Es cierto que en el análisis de la norma (otra pestaña distinta¹¹) aparecen referencias respecto a las modificaciones que se han ido realizando a la Circular 8/1990, pero esta ha sufrido sendas modificaciones y no le correspondería al consumidor medio analizar todas y cada una de ellas, pues aquello equivaldría a una labor de investigación jurídica. De exigirse tal conducta, según en qué momento contrató, el consumidor se encontraría con la obligación de analizar, al menos, cuatro modificaciones mediante otras Circulares. Esa conducta, sin lugar a duda, entraría dentro del campo de la investigación jurídica. Es entonces, cuando ha de concluirse que la mención específica a la Circular 5/1994 era esencial, pues esto supondría el primer paso de cara a la comprensión de la carga económica que supone dicho índice; pues en esta Circular se define y establece lo esencial respecto del IRPH. Pero una mera remisión no sería suficiente, pues para poder entender la carga económica que implica el IRPH hubieran sido necesarios conocimientos financieros¹². Con lo cual, aquí cobraba una notoria importancia el papel del empleado de las entidades, pues se presupone su conocimiento financiero y, por lo tanto, su capacidad para explicarle al cliente aquello que pretende contratar o los distintos índices que le ofrecen. Por consiguiente, en principio, debería considerarse que, a pesar de la publicación de ese índice, debido a las particularidades reseñadas anteriormente, este no resultaría fácilmente asequible (esta idea se vuelve a recoger y mencionar en el considerando 56)¹³.

Sobre la buena fe, hay que tener en cuenta: *“si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo de resultados de una negociación individual”* (considerando 64). Para analizar la buena fe, conviene adelantarse, al menos de manera parcial, y decir lo que sigue. Conociendo la entidad que la Circular obliga a la aplicación de un diferencial negativo (o según la interpretación de otros autores y sentencias, que únicamente se recomienda aplicar un diferencial negativo), de haber informado de dicho hecho al consumidor, ¿hubiera aceptado este una alteración por la aplicación de un diferencial positivo? En este primer paso ni siquiera se discute o cuestiona sobre la naturaleza del diferencial negativo. No importa saber si fue obligatoria o solamente una recomendación, pues, aunque fuera esto último, dado que se señala y llama la atención sobre ello, una actuación leal por parte de la entidad hubiera consistido en informar al consumidor sobre dicho diferencial negativo. Es decir, de haberse hecho eco sobre el diferencial y explicar, cualquiera de las dos naturalezas, seguramente el consumidor hubiera tomado una decisión distinta. A un consumidor medio no le hubiera pasado inadvertida dicha explicación, pues hubiera percibido que la aplicación de un diferencial negativo o positivo hubiera tenido, efectivamente, una indudable influencia en el precio que debería abonar a lo largo del contrato.

Por añadidura, ¿hubiera sido suficiente una remisión, a efectos de transparencia, a ambas Circulares? O, por el contrario, dada la complejidad técnica de dichas Circulares, la mera remisión no hubiera bastado y, por lo tanto, la entidad hubiera debido de explicar la referencia a ese diferencial negativo dadas las po-

tenciales consecuencias económicas que acarrearía su aplicación en el contrato de préstamo.

Aunque el camino parece lejano, lo anterior guarda cierta similitud con las cláusulas suelo¹⁴. Con estas últimas la entidad pretendía protegerse, de modo que un préstamo a tipo variable se convertía, por su sola voluntad, en un tipo fijo. Aquí, en cambio, lo que se hace, siguiendo, de momento, la estela del diferencial negativo como mera recomendación, es omitir su existencia. En ambas circunstancias existió un hecho perjudicial para el consumidor, que en última instancia afectó al precio. En los supuestos de préstamos variables con cláusula suelo, el consumidor se había representado la idea de que contrató un préstamo variable, pero que en realidad por la sola voluntad de la entidad bancaria se convirtió en tipo fijo. En este supuesto no se trata de una conversión de tal género, sino de la posible incidencia que un elemento podría haber tenido en la confección del precio, hecho este que acerca a ambas figuras. De proceder a realizar dicha lectura, la primera interpretación que aflora es que el ocultamiento de esa recomendación supondría, tal como lo fue en el caso de las cláusulas suelo, que esa falta de transparencia conduzca a la abusividad de la cláusula por la cual se inserta el índice. En otras palabras, subrepticamente se ocultó una recomendación (todavía no se está analizando el diferencial negativo como obligatorio) que, de haberse aplicado hubiera tenido un efecto relevante en el precio. Más aún, ni siquiera hubiera sido necesaria su aplicación pues con informar, de manera clara y transparente sobre el diferencial negativo, su fundamento y el por qué el Banco de España añadió dicha referencia en la Circular 5/1994, el consumidor medio, atento y perspicaz hubiera sido capaz de realizar una mejor comparación entre distintos índices, pues se hubiera percatado o, al menos debería, de las consecuencias que implicaría el añadido de un diferencial positivo o uno negativo. No obstante, la referencia sobre el diferencial negativo también hubiera coadyuvado a la comprensión del método de confección de los IRPHs.

De no tomarse lo anterior por *res certa*, la alternativa consistirá en que la falta de mención alguna sobre la aplicación del diferencial negativo supuso una ausencia de transparencia, debiendo en ese caso procederse a realizarse un juicio de abusividad. Para ello conviene tener en cuenta, lo que el TJUE dispuso en el considerando 65: *“Por lo que respecta a una cláusula relativa al cálculo de los intereses de un contrato de préstamo, también es pertinente comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por la referida cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato objeto del litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado”*. Es decir, de no seguirse la consecuencia apuntada anteriormente, esto es, ante la falta de mención de dicha recomendación, el resultado sea la abusividad directa, la única vía para contemplar la posible abusividad de la cláusula sería mediante la comparación de precios. Es cierto que del contenido y del espíritu de la Directiva 93/13 se deduce que no será posible el control de los precios, siempre que la cláusula en cuestión fuera transparente. Si la cláusula no es transparente y si esta afectara a elementos como el precio, el único elemento realmente eficaz para saber si existió desequilibrio importante será la comparación de precios¹⁵.

Para efectuar esa comparación, no sería justo hacer uso del diferencial negativo si en el contrato se aplicó uno positivo. Es decir, para conocer si hubo desequilibrio, lo correcto sería comparar la TAE del contrato de préstamo referenciado a IRPH con la TAE media que resultara de otros contratos referenciados a IRPH de VPOs con diferencial negativo (pues en estos supuestos se controlaba la aplicación del diferencial negativo), a la TAE media de contratos cuyo índice es el Euribor, con la TAE media de contratos a tipo fijo y con el interés legal en el momento de la contratación. Lo idóneo sería concederles un mayor peso a los préstamos referenciados a IRPH con diferencial negativo, al Euribor y al tipo fijo, sirviendo únicamente, como parámetro marginal, el interés legal.

2.B. Diferencial negativo como contenido obligatorio del contrato

Otra opción, que cuenta con sólidos argumentos, conforme a la STJUE (aunque hay que recordar que el TJUE no interpreta el Derecho nacional, sino que únicamente observó el carácter imperativo a raíz de lo remitido y explicado por el Juzgado que planteó las cuestiones prejudiciales) y el contenido de la Circular consistiría en que la aplicación del diferencial negativo era obligatoria. En la STJUE únicamente se menciona el contenido del preámbulo, sin hacer referencia alguna al Anexo IX. Es cierto que los preámbulos carecen de valor normativo, pero dicha conclusión no puede aplicarse a los Anexos¹⁶.

La configuración del IRPH, como bien es sabido, engloba un conjunto de TAEs¹⁷ de préstamos de plazos iguales o superiores a tres años destinados a la adquisición de vivienda libre¹⁸. Para su composición se tienen en cuenta el coste total (TAE) que pagan los prestatarios a las entidades, así que será mediante esta carga financiera, considerando el ámbito temporal que marca la Circular, el modo por el cual se genera el IRPH. No debe olvidarse que para la formulación de los tres tipos de IRPH se tendrán en cuenta todas las modalidades de financiación que permitan la adquisición de una vivienda, salvo las excepciones que se han apuntado en la nota 18. Con lo cual, debe tenerse en cuenta el peso que tiene el EURIBOR en la confección del IRPH. Por otro lado, existen múltiples informes, elaborados por expertos en estadística y matemática financiera que corroboran no solo la dificultad de entender el IRPH para un consumidor medio, atento y perspicaz, sino también, que la forma por la cual aparece este índice en los contratos resulta engañosa desde el punto de vista financiero¹⁹. Como se dijo con anterioridad, a raíz de estas Circulares se perseguía la competencia en el mercado financiero, la transparencia y la información hacia el consumidor, de modo que pudiera elegir el tipo de préstamo más conveniente. Las particularidades del IRPH, a ojos de quien confeccionó dicho índice, fueron necesarias para realizar una advertencia indispensable.

El preámbulo de la Circular 5/1994 advirtió de la necesidad de aplicar un diferencial negativo a los contratos que incorporen como índice de referencia el índice IRPH. Este diferencial, tal como se explica en el preámbulo, persigue que las operaciones referenciadas al IRPH se mantengan cercanas a otros tipos (índices que se utilizan en el mercado principalmente para la adquisición de vivienda libre). Es lógico desde el punto de vista matemático que se exija aplicar un diferencial negativo, pues el IRPH se genera en relación a las TAEs medias ponderadas, según

se establece en el Anexo VIII en el cual se definen los distintos tipos de IRPHs. De haberse elaborado el IRPH con el TIN y no la TAE, la consecuencia debería haber sido distinta. Y es congruente que se hubiera dicho esto: “*Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas*”. Pues de añadirse un diferencial positivo a la cláusula que incorpora un índice IRPH, más sus comisiones y gastos para ese préstamo concreto, el resultado al cual conduciría, dado el método de construcción y actualización de los índices IRPH sería que estos siempre estarían por encima de la media del mercado. Es cierto que un preámbulo no tiene valor normativo, pues únicamente sirve para aclarar ciertos aspectos y explicar el sentido de la norma. Aunque se haya criticado arduamente esta manifestación en el preámbulo, tildado también aquello del diferencial negativo como una mera recomendación, sus fiscalizadores olvidan la remisión hecha al Anexo IX.

Juntando así las piezas, lo manifestado en el preámbulo sirve de explicación del por qué y el para qué del Anexo IX. Negar el valor normativo del Anexo IX equivaldría también a vedar el valor normativo, por ejemplo, del Anexo VIII, que es donde se definen los distintos tipos de IRPHs. Resulta también una obviedad que en el preámbulo se dispusiera que la tabla del Anexo IX tiene un valor orientativo, pues no se puede contemplar mediante una tabla, de manera exhaustiva, la duración y características de cada uno de los préstamos. Para ello, con buen criterio, se aportó una fórmula a través de la cual se pudiera conseguir el diferencial negativo para aquellos casos en los cuales la tabla no diera la respuesta²⁰.

De este modo, difícilmente, sin aplicar el diferencial negativo en el contrato, el IRPH podría llegar a ser más económico/competitivo que el EURIBOR. De haber actuado de manera leal el prestamista, ¿hubiera elegido el prestatario un índice como el IRPH? Hay que recordar que una explicación clara y sencilla debe conducir, en principio, según las circunstancias del caso, a que el consumidor medio sea capaz de entender aquello que contrata y poder comparar en el mercado.

Ahora bien, existe un problema de naturaleza (y de eficacia) en relación a este tipo de Circulares. Dice ALICIA AGÜERO que: “*constituyen disposiciones reglamentarias que solo producen efectos ad extra sobre las entidades reguladas (es decir, no pueden crear un derecho subjetivo a un diferencial negativo), ni mucho menos regular en contra de la Constitución (lo que produciría una fijación de límites a los intereses, vs. art. 38 CE)*”²¹. Este hecho es cierto, pero también es veraz que en el art.48.2 de la Ley 1/1998 se facultó al Ministro de Economía y Hacienda a poder establecer un conjunto de obligaciones específicas entre las partes contractuales, es decir, entre prestamista y prestatario. Si se solicita al consumidor medio, atento y perspicaz acudir al BOE, pero de negarse con posterioridad que dicha norma no produjese efectos *ad extra* para el consumidor, quien en verdad carecería de falta de transparencia y claridad sería la propia norma (recuérdese lo apuntado en la nota 16, y lo referido al art.48 de la Ley 1/1998). Desde un punto de vista técnico estas Circulares conducen a una disyuntiva, pues si el consumidor no tiene un derecho subjetivo en relación a diferentes obligaciones que se puedan establecer mediante la Circular, en principio, únicamente podrá sancionarse a la entidad por no cumplir con la normativa bancaria concreta. Condúzcase el asunto a otro cauce: de interpretarse el cuestionado diferencial negativo como algo obligatorio,

teniendo la Circular eficacia *ad extra*, de ser así, ¿el consumidor únicamente podrá exigir que se sancione a la entidad concreta? No podría solicitar la aplicación de ese diferencial negativo, pues según dicen y sostienen, en ningún caso se genera un derecho subjetivo a un diferencial negativo.

La anterior interpretación conduciría a dejar la aplicación de los índices oficiales al arbitrio y voluntad de las entidades, las cuales únicamente podrían verse sancionadas. Procédase a realizarse un análisis de la Circular del 8/1990, así como las que la siguen. La misma pretende reforzar la libertad de contratación en el mercado hipotecario, sin mermar la posibilidad de elección de los tipos de intereses. Es decir, las partes podrán ofrecer y elegir un tipo fijo, uno variable oficial y otro no oficial, así como otras fórmulas, siempre que se cumplan con las directrices marcadas por el ordenamiento jurídico.

De este modo, si se hubiera optado por un tipo variable de carácter no oficial, a la entidad le hubiera correspondido comunicar, con la antelación marcada por la normativa bancaria, cualquier cambio en relación al tipo de interés de carácter no oficial elegido. Ahora bien, de haberse inclinado por un tipo de interés variable de carácter oficial, dicha comunicación al prestatario no sería necesaria, pues los datos respecto a la variación del interés constarán en el Banco de España. Una vez indicado lo anterior, conviene poner énfasis sobre un aspecto esencial. Si una entidad ofrece a determinados sujetos un conjunto de índices de carácter oficial, una vez que el prestatario haya optado por un índice concreto, la entidad deberá cumplir de forma preceptiva con la forma indicada por la norma bancaria para la confección de ese índice.

Es decir, la anterior reflexión pretende conducir a sostener que existe una total libertad de elección de índices, pero una vez que se elija uno concreto y, además, este sea oficial, el respeto a la forma de confección deviene imperativa. ¿Qué quiere decir lo previo? Que, si el IRPH contiene, para completar su fórmula, la aplicación de un diferencial negativo, de no cumplirse con este paso, en verdad no se estaría ofreciendo al consumidor el citado índice, pues no se estaría aplicando aquello que marca la norma que lo crea. Esto puede conducir a varios cauces, el primero, que haya existido una falta de transparencia, pues en verdad se quiso aplicar un índice no oficial, puesto que no se respetaron las exigencias para su incorporación. Por otro lado, dado que se ha sostenido el carácter disponible de los distintos tipos de índices, más su naturaleza imperativa²² una vez que se haya elegido, convendría acudir a la LCGC. En el art.8 de la LCGC se establece: “*Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*”. Recuérdese: que la Circular no impone la elección de un índice concreto, pero sí, en el caso de que se haya optado por uno, que se respeten las características de la fórmula por la cual se confecciona. De este modo, a raíz del precepto citado de la LCGC manaría otra opción para poder obtener la nulidad de la cláusula que inserta el índice IRPH.

Cabe recalcar que aquí no se fijan límites a los intereses, sino que lo que se hace es configurar el propio índice, en su caso a través de la aplicación de un diferencial negativo mediante la tabla, cuando se pueda, o la construcción del diferencial negativo a través de la fórmula que se recoge junto a la tabla.

No obstante, esta interpretación se encuentra con el obstáculo citado en la nota 16. Lo ideal hubiera sido que las condiciones que afectaran a la contratación bancaria se hubieran establecido mediante una Orden, pues así se hubiera cumplido con lo previsto en el art.48.2 de la Ley 26/1988 y evitado el desvío de habilitación que ha supuesto la Circular 8/1990 y la 5/1994. Ese hecho hubiera sido decisivo, pues conforme a lo que disponía la Ley 26/1988 nadie hubiera dudado sobre el derecho subjetivo al diferencial negativo, de modo que se hubieran cumplido los mencionados requisitos citados en la nota 16.

En principio, no deberían existir dudas sobre la obligatoriedad del diferencial negativo, apareciendo los interrogantes únicamente en orden al derecho subjetivo, tal como se ha manifestado más arriba. Esta incógnita también abre el dilema sobre si realmente podrá acudirse a lo preceptuado en el art.8 de la LCGC. Dado el desliz competencial, pues la Orden vulneró claramente la Ley (puesto que un derecho subjetivo al diferencial negativo se debió establecer mediante la Orden y no una Circular, tal como se mencionó *ut supra*), pero también teniendo en cuenta la importancia que le dio el Ministerio de Economía y Hacienda a esta delegación; ante las dificultades que plantea el derecho subjetivo, parece que la única vía posible sería la de la abusividad, pues también otros conceptos de Derecho privado, como el enriquecimiento injusto por no aplicación del diferencial aparentan de difícil aplicación. La cuestión es: si la falta de información del diferencial negativo y consiguiente no aplicación podría dar lugar a una abusividad directa como en las cláusulas suelo o por el contrario, tal como teorizó el TJUE en la sentencia de 13 de julio de 2023, sería necesaria una comparación de precios para detectar la posible abusividad.

Sobre si finalmente se considera abusiva la cláusula que incorpora el IRPH, me sumo a la respuesta ofrecida, en su día, por la profesora SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, por cuanto el préstamo podría subsistir sin intereses pues la cláusula de intereses no es esencial²³. Esta idea es congruente desde varios puntos de vista, el primero de ellos que emanaría del efecto disuasorio de la Directiva 93/13, mientras que el segundo encontraría su fundamento en la presunción de gratuidad del préstamo contenida en el Código Civil y el Código de Comercio. Aunque, según la jurisprudencia, esta opción resulta poco factible y, por lo tanto, debería procederse a la sustitución del índice por otro o a la nulidad y restitución de las prestaciones.

3.C. Expediente de elaboración y aprobación de la Circular 5/1994

Es útil también saber que en el expediente previo de la Circular 5/1994 se pueden encontrar numerosos detalles e informaciones de interés. Por ejemplo, esta parte del preámbulo también contenía: “en cuanto a la decodificación del MIBOR plantea la dificultad de que esta referencia relaciona dos mercados relativamente alejados en riesgo y estabilidad²⁴”.

Puede observarse también que, inicialmente, el Anexo IX no disponía de una fórmula para obtener el diferencial negativo, adjuntándose únicamente la tabla²⁵. Tampoco los servicios jurídicos del Banco de España hicieron ninguna observación sobre el Anexo IX. Por otro lado, desde la Asociación Española de Banca Privada se apuntó, en relación al Anexo IX, que: “*Constituye una anomalía jurídica publicar, como Anexo, un documento que no tiene correspondencia con ninguna*

Norma de la Circular, sino que sólo en la Exposición de Motivos se hace una referencia a la misma. Ello determina que no quede claro el carácter informativo o vinculante de dicho Anexo, que debería desaparecer, y si acaso enviarse como una simple carta informativa²⁶.

En cambio, desde la Asociación Hipotecaria Española se dijo: “*se surgiere la transformación de los tipos de referencia, expresados en tasas anuales equivalentes, en tipos nominales, a cuyos efectos se adjunta como anexo una tabla para la decodificación²⁷. Sin embargo, en las normas de la Circular no se hace referencia alguna a la decodificación ni a la tabla, de forma que queda indeterminada, con la consiguiente inseguridad jurídica, la naturaleza que la Circular pretende dar a esta transformación de TAE en nominales. En todo caso debe considerarse que una tabla como la propuesta carece de utilidad a los efectos de decodificación que se pretenden, dado que las comisiones no son uniformes para todas las entidades, ni un diferencial negativo tiene la misma significación para distintos niveles de tipos de interés, además de que se contemplan supuesto limitados en cuanto a plazos y tipos²⁸*”. Antes de seguir con el expediente previo, conviene abrir un paréntesis y realizar una serie de apreciaciones a esto último. Que la Asociación Hipotecaria Española sugiriera la transformación de los tipos de referencia en TINs en vez de TAEs tuvo su sentido en orden a la posible aplicación de diferenciales positivos. Por otro lado, al igual que la Asociación Española de la Banca, observaron la necesidad de mencionar dicho Anexo IX en alguna de las normas de la Circular (aunque, también se olvidan de que los Anexos de por sí constituyen normas). El pretendido diferencial negativo se fundamenta, según se extrae de la opinión de la Asociación, en la transformación de las TAEs que se utilizan para confeccionar los índices en TINs. Es lógica esta apreciación, pues de ese modo las entidades podrían añadir sus gastos y comisiones para obtener las TAEs concretas de los contratos referenciados a IRPHs. Si se ha observado con atención, las propias asociaciones se dieron cuenta de la problemática que podrían traer estos diferenciales negativos a consecuencia de una falta de claridad de la Circular, al menos, en ese aspecto. Por último, el apunte también es congruente debido a que la tabla no era exhaustiva, es decir, no contemplaba todas las situaciones²⁹. De ahí que con posterioridad se incluyera una fórmula para poder obtener el diferencial negativo. Como últimopunto, también previene la Asociación, en relación al Anexo IX: “*Debe insistirse en lo ya expresado en las consideraciones generales sobre la improcedencia de incluir como anexo de la Circular una tabla de decodificación cuya utilización no queda regulada en el texto de aquella, sino simplemente aludida o recomendada indirectamente en el preámbulo de la Circular. Por otra parte debe señalarse que la utilización de esta tabla sería innecesaria si se efectuara una redefinición de la TAE excluyendo de ella las comisiones³⁰*”.

Podría resultar asombroso, si se observa con detenimiento, que ningún cambio se hiciera respecto de las apreciaciones mencionadas *ut supra*, salvo el añadido de la fórmula para obtener el diferencial negativo.

4.D. Duplicidad de retribuciones

Por último, la STJUE en su considerando 47 incorpora la siguiente matización: “*los IRPH incorporan el efecto de las comisiones, puede ser pertinente exami-*

nar la naturaleza de las comisiones eventualmente estipuladas en otras cláusulas del contrato objeto del litigio principal, con el fin de comprobar si existe un riesgo de doble retribución de determinadas prestaciones del prestamista”.

Sobre la duplicidad, hay que tener en cuenta que a la confección del IRPH también afectaron distintas cláusulas nulas, entre ellas, gastos hipotecarios, cláusula 365/360 y, si fuera el caso, la comisión de apertura. Si se tienen en cuenta todas estas nulidades por abusividad, ¿de qué manera afectarán al IRPH? Podría conllevar a la nulidad de la cláusula por la cual se incluye el IRPH o simplemente a una corrección y devolución del exceso cobrado. Incluso también las cláusulas suelo afectaron a la confección del IRPH³¹.

V. APUNTES DOCTRINALES

El apartado 65 de la STJUE de 13 de julio de 2023 tiene una importancia crucial³². En este considerando se ha dicho: *“Por lo que respecta a una cláusula relativa al cálculo de los intereses de un contrato de préstamo, también es pertinente comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por la referida cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato objeto del litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado”*. Constituye esta una información relevante, pues ante una falta de transparencia, de no poder comparar los precios del mercado para el juicio de abusividad, difícilmente una cláusula del tipo podría llegar a ser abusiva. PERTÍÑEZ afirma que: *“requiere una valoración de la magnitud del precio resultante por la aplicación de la cláusula no transparente en comparación con el precio de mercado existente al tiempo de la celebración del contrato: es decir, una valoración acerca de si por mor de la cláusula el precio es caro y no simplemente distinto del que se creía haber pactado”³³*. Ahora bien, también sostiene que: *“en la valoración de cuando es abusiva una cláusula que de manera no transparente establezca como índice de referencia el IRPH se ha de comparar el tipo de interés resultante de la suma de dicho índice más el diferencial pactado, con el tipo de interés legal, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato objeto del litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes”³⁴*. De este modo, para efectuar la comparación que se propone deberá tenerse en cuenta el precio en otros índices en el momento de perfeccionarse el contrato de préstamo referenciado al IRPH.

No obstante, el citado autor manifiesta sus interrogantes respecto a cuánto de superior deberá ser la diferencia entre el IRPH, el interés legal o el tipo medio conformado por otros índices. Parece inclinarse por el criterio de que exista un desequilibrio importante, más tampoco resuelve esto nada, pues no se cuantifica ni ofrece una pista más sólida y nítida. Por otro lado, también refiere sus dudas respecto a con qué debe compararse dicho desequilibrio, si: *“con los modos de cálculo generalmente aplicados (en el mercado hipotecario español, habría de entenderse el euríbor), con el tipo de interés legal y con los tipos de interés aplicados en el mercado en contratos de préstamo con un importe y duración equivalentes, pero no*

se aclara si el tipo de interés resultante ha de ser superior a estas tres magnitudes o bastaría con que fuese superior a cualquiera de ellas³⁵". En cambio, el criterio que se mantiene en este trabajo es que, simplemente de seguirse el camino de la falta de transparencia y abusividad, la no inclusión de un diferencial negativo debería conducir a la abusividad del índice y a la nulidad del contrato, pues ese hecho supone la generación de un desequilibrio importante. Como añadido cabría decir que: en caso de no añadirse el diferencial negativo, también de aparecer en el contrato una cláusula suelo, cláusulas abusivas en relación con gastos, cláusula 365/360, falta de mención de la evolución del índice en los dos años anteriores, así como otra información exigida por la Circular del año 8/1990 y 5/1994 y sus correspondientes modificaciones³⁶ deberían tenerse en cuenta tales circunstancias en orden a reforzar la abusividad de la cláusula que incorpora el índice IRPH, siempre y cuando no se opte por la abusividad directa debido a la no inclusión de un diferencial negativo.

Concluye PERTÍÑEZ VÍLCHEZ que: *"El fallo señala que de la circular en cuestión se desprende que para igualar el índice IRPH con el tipo de interés de mercado sería preciso aplicar un diferencial negativo. Obviamente, el fallo no está señalando que la circular imponga la aplicación de un diferencial negativo a la comercialización de préstamos con índice IRPH, sino simplemente que de su preámbulo se deduce que el índice IRPH es superior al tipo de interés medio de mercado y esa evidencia debe tener consecuencias sobre la exigencia de transparencia y el ulterior control de abusividad, conforme al art. 4.2 de la directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas³⁷".* No obstante, algunas de estas afirmaciones requiere matización. La STJUE diferencia dos supuestos, a raíz de lo que percibe de la cuestión prejudicial. El primero de ellos respecto de la aplicación del diferencial negativo, mientras que la segunda trata de la falta de transmisión de información al prestatario, por parte de la entidad, en relación al diferencial negativo (considerando 47). Del primer supuesto se debe apuntar que el TJUE no puede pronunciarse sobre la aplicabilidad u obligatoriedad del diferencial negativo, pues se trata de una norma de Derecho nacional que no proviene de la transposición de ninguna Directiva. Con lo cual, el TJUE afirmó la obligatoriedad de la aplicación del diferencial sobre la base de la información transmitida por el Juzgado que planteó la cuestión prejudicial. Sí que resulta competente el TJUE respecto de la falta de información en relación al diferencial negativo, pues a través del pronunciamiento del TJUE, el Juzgado remitente recibirá las bases en orden a valorar el efecto que tendría dicha omisión de cara a un juicio de abusividad, si no se interpretar que directamente dicha omisión supone una abusividad directa.

La diferencia aquí no es una falta de entrega de información, sino la aplicación de un precepto. Claro, el *quid* de la cuestión se basa en que, en principio, dada la naturaleza de la Circular, el consumidor no tiene un derecho subjetivo a la aplicación del diferencial negativo de la Circular. Ahora bien, en ese caso, ¿cómo quedaría la situación del consumidor? ¿únicamente se sancionaría a la entidad?

El profesor PANTALEÓN PRIETO realizó una aspera reprobación a la STJUE de 13 de julio de 2023; conviene apuntar algunas de sus ideas y realizar algunas matizaciones. Recuerda que el TS ha venido rechazando las peticiones de abusividad respecto de las cláusulas IRPH sobre la base de dos hipótesis. La primera de ellas se refiere a que el IRPH se caracteriza por ser una reproducción de tipos

oficiales. La segunda, en que las entidades se han limitado a reproducir o a remitirse en todo o en parte, sin ninguna modificación, a la definición y método de cálculo establecido por el legislador. No obstante, el autor destaca que el IRPH no entraría dentro de los ámbitos de exclusión contemplados en el art.1.2 de la Directiva 93/13.

Un punto sobre el que también se detiene, pues la STJUE ha traído un intenso debate, es sobre el diferencial negativo. Dice el ilustre profesor que, a su juicio, que no se hubiera informado sobre el contenido del preámbulo no conduce a ninguna consecuencia, pues carece de importancia o relevancia la omisión de esa información. Su argumento reside en que dicha información no ilustraba nada al prestatario respecto de las consecuencias económicas del contrato hacia su persona, pues dicho hecho se iba a reflejar a través de la TAE.

Aunque el argumento resulta ser ingenioso, se aleja del sentido literal del preámbulo y de la explicación que en él pretendía ofrecerse respecto del Anexo IX. La siguiente afirmación por parte del autor constituye un buen razonamiento en favor de su postura, no obstante se ha de matizar: *“si el Juzgado que le planteó las cuestiones prejudiciales hubiera tenido a bien manifestarle que la Circular 5/1994 fue derogada por la hoy vigente Circular 5/2012, que mantuvo el IRHP-Entidades como tipo de interés oficial, sin que, ni en el preámbulo de esta ni en su articulado, existiera ni exista un texto igual o semejante al arriba transcrito del preámbulo de la Circular 5/1994, ni anejo alguno análogo al Anexo IX de esta”*³⁸. Es cierto que en la Circular 5/2012 nada se dice sobre el discutidísimo diferencial negativo. Es más, si se acude a su Disposición derogatoria, nada se indica en orden a mantener en vigencia el Anexo IX. Ahora bien, lo anterior tiene su sentido y por ello se procederá a su correspondiente explicación.

Si bien es cierto, tal como dice PANTALEÓN, que en la Circular 5/2012 se omitió la tabla que venía en el Anexo IX y su fórmula, no obstante, la misma sigue existiendo en virtud de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013. Este hecho se confirma a través de la propia página del Banco de España donde, añadiendo cuándo se firmó un préstamo, a través de una aplicación se menciona la necesidad de aplicar un diferencial u otro. La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y la Circular 5/2012 anunciaron la desaparición de una serie de índices. En la Ley 14/2013 se concretó este hecho a través de la Disposición adicional decimoquinta, de modo que se estableció:

“1. Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa de los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente:

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.*
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros.*
- c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.*

2. Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato.

3. En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo.

La sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita.

4. Las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición.

Esta norma supuso la desaparición del conocido IRPH bancos y cajas, de modo que, si no se hubiera previsto en el contrato un índice sustitutivo, el reemplazo hubiera de realizarse por el IRPH entidades. Pero obsérvese con atención el apartado tercero de la Disposición citada *ut supra*. Para poder obtener el diferencial, la propia norma establece una serie de directrices. El Banco de España contiene, en su página web, un simulador³⁹ que permite obtener el diferencial a aplicar para las sustituciones de IRPHs por IRPHs de entidades. Resulta más que curioso, que pese a lo simplón que es el simulador, pues solamente se ha de añadir la fecha en la cual se otorgó el préstamo, existe una conducta y parámetro repetitivo de indudable interés. Siempre que se opta por el IRPH bancos, es decir, se tuvo el IRPH bancos y se sustituye por entidades, el simulador arroja como resultados diferenciales negativos. Sin embargo, con el IRPH cajas no sucede lo mismo, pues en este supuesto el diferencial que aparece a consecuencia de la sustitución por IRPH de entidades es positivo. Existe una clara contradicción, pues mientras que en el primero siempre se obtiene diferenciales negativos, de modo que se cumple con aquello que anunciaba el preámbulo y se definió en el Anexo IX de la Circular 5/1994, en IRPH cajas no sucede lo mismo. La pregunta es: ¿quién elaboró el simulador pudo equivocarse respecto a la referencia que se hizo en el preámbulo a favor del tipo activo de las cajas de ahorro (recordar que se decía que la tabla y, por ende, la fórmula, no era útil para decodificar el diferencial para los tipos activos de las cajas)? Solamente se trata de una suposición a raíz de un indicio, pues cuando se opta por el tipo activo de las cajas de ahorro y se sustituye por el IRPH entidades, al igual que en IRPH cajas, el diferencial arrojado por el simulador es positivo.

Por otro lado, el simulador tampoco arroja la precisión que requiere la Disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, o al menos, eso parece de la lectura del contenido de la Disposición. Lo que si confirma dicho simulador es que deberían haberse aplicado diferenciales negativos y proyecta una serie de dudas respecto del IRPH Cajas. También tiene sentido que la Circular 5/2012 omitiera cualquier pronunciamiento respecto al diferencial negativo, al dichoso preámbulo y al Anexo IX de la Circular 5/1994, pues los IRPHs, salvo entidades, estaban destinados a desaparecer. Además, otro aspecto que fortalece esta argumentación se basaría en la nula comercialización de los bancos de préstamos con estos índices.

En la búsqueda que se ha realizado, si es que ha sido efectiva, no se ha encontrado ninguna entidad que hoy en día ofrezca un préstamo referenciado al IRPH⁴⁰.

VI. JURISPRUDENCIA TRAS LA STJUE DE 13 DE JULIO DE 2023

Se ha tenido acceso a diecisiete sentencias dictadas tras la STJUE de 13 de julio de 2023. Llama la atención que ninguna de ellas haya declarado nula la cláusula por la que se incorpora el IRPH⁴¹. A continuación, se realizará un breve análisis de estas sentencias.

Existen un total de trece sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Barcelona. En ellas se reproducen, por parte esta, los mismos fundamentos jurídicos para rechazar la nulidad de la cláusula que incorpora IRPH. Con lo cual, se citarán los argumentos más relevantes de la primera de ellas y en nota se dejará la referencia de las otras sentencias.

Corresponde entonces analizar la SAP Barcelona (Secc.13) 488/2023 de 15 de septiembre (SAP B 9548/2023)⁴². En este supuesto el contrato se celebró en el año 2002; no se especifica en la sentencia el tipo de IRPH, ni tampoco el diferencial inserto en el contrato. La AP interpreta la STJUE de 13 de julio de 2023 y dice lo siguiente. Que el Juzgado que planteó la cuestión prejudicial remitió información errónea, también que: *“la Circular 5/1994 no impone ni advierte a las entidades financieras que opten por ofrecer préstamos referenciados a IRPH de la necesidad de compensar con diferenciales negativos la forma de calcular los tipos de interés. El párrafo citado del mencionado preámbulo se refiere a la forma de calcular la TAE (“Para igualar la TAE”) de dichas operaciones para comunicarlos al Banco de España. Basta con acudir al anexo IX, que, de forma orientativa, incluye una tabla de diferenciales para los tipos, comisiones y frecuencia de las cuotas, más usuales en la actualidad, diferencial que se refiere a la forma de calcular la TAE (FD.4.11)”. Y sigue: “La TAE es sencillamente una forma de expresar en un porcentaje el coste total del préstamo, lo que nos permite comparar las ofertas de las diferentes entidades, pero no es el tipo de interés del préstamo (TIN, tipo de interés nominal), ya que aquella tiene en cuenta los gastos y comisiones asociados al préstamo o crédito. Así pues, lo que la circular pretendía es corregir la información que proporcionaban las entidades de créditos para fijar el índice, puesto que la TAE incluía también las comisiones. Sin dicha corrección podría parecer que el IRPH resultaba más caro que otros préstamos con otros índices de referencia que no incluían las comisiones porque no se expresaban en TAE (FD.4.13). Por otro lado, se repite que se remitió una información errónea y que ello condujo al TJUE a interpretar erróneamente el Derecho nacional.*

Con lo cual, concluye que dicho preámbulo no afectaría al conocimiento de la carga económica por parte del prestatario.

Se echa en falta en esta sentencia una mención respecto del Anexo IX de la Circular 5/1994 y su valor. Desde otra perspectiva, tampoco resulta adecuada la afirmación de que el TJUE partió de una información errónea, hecho este que solo conduce a la desacreditación entre Juzgados. Por otro lado, la AP realiza una interpretación errada del preámbulo, pues este se refiere a la aplicación del diferencial negativo en cada una de las operaciones, es decir, en los respectivos contratos de préstamo que se vaya a celebrar entre entidades financieras y prestatarios. Así

como tampoco puede servir para corregir la información que se pretendía transmitir a los prestatarios, pues de haberse llevado a cabo el comportamiento que preconiza la AP, más que aclaración, lo que hubiera habido sería confusión.

En la SAP Palma de Mallorca (Secc.5) 601/2023 de 26 de julio (SAP IB 1728/2023) se enjuicia un supuesto referenciado a IRPH Cajas, cuyo contrato se suscribió en el año 2004; también se aplicaba un diferencial de 0,25%. En primer lugar, se dice en esta sentencia que no se aprecia en relación a la investigación jurídica que podría conducir la obtención de información: *“Esta Sala no tiene evidencia de que el preámbulo de esta circular sobre el TAE, dirigida a las entidades bancarias haya propiciado el efecto que el TJUE ordena analizar al juez nacional (FD.3.4)”*. Sobre el posible desequilibrio importante, se remite al considerando 69 de la STJUE de 13 de julio de 2023 y concluye que de la prueba practicada no se aprecia que hubiera que realizar una investigación jurídica compleja por el consumidor; tampoco realiza una comparación con distintos intereses, en el mercado, en el momento de la contratación. Y dice sobre el diferencial negativo: *“Las consideraciones recomendadas por el preámbulo de la circular 5/1994 deben interpretarse en coherencia con la normativa bancaria profusamente analizada en la jurisprudencia precedente sin que la resolución del TJUE haya introducido una modificación en la misma ni declarado una inconsistencia (FD 3.5)”*. En cuanto a la buena fe, reitera que esta no puede vulnerarse al haberse ofrecido un índice oficial. La motivación respecto del diferencial negativo y el preámbulo resultan escasas, además, no hay ningún análisis sobre el Anexo IX de la Circular 5/1994.

Dentro de la SAP Pamplona (Secc.3) 663/2023 de 19 de septiembre (SAP NA 978/2023) el contrato cuestionado se referencia a IRPH entidades, firmado en el año 2006, sin la adición de ningún diferencial. Al analizar la STJUE de 23 de julio de 2023 se concluye que esta sentencia no modifica la anterior doctrina del TS respecto del IRPH. Para la AP, en relación al preámbulo, únicamente se contiene una recomendación o sugerencia, no habiendo imperatividad en cuanto a la aplicación del diferencial negativo. Por otro lado, la AP analiza solamente el preámbulo, obviando el Anexo IX, lo cual la conduce a afirmar que el preámbulo carece de carácter normativo. Y refiere en atención al preámbulo: *“Desde tal consideración, lo que cabría entender del tenor de la exposición de motivos de la Circular es la voluntad de que la TAE (y no el índice de referencia) en estas operaciones hipotecarias pueda ajustarse o modularse para no desviarse de la TAE media de mercado (ello, además, en el año 1994 en el que el mercado no lo marcaba el Euríbor, en tanto que índice puesto en marcha posteriormente en 1999) (FD 5º)”*. Y concluye: *“Por tanto, no cabe incurrir en un automatismo simplista en virtud del cual la cláusula reguladora del IRPH haya de reputarse nula por razón de no quedar anudada a un diferencial negativo, pues no existe ninguna norma en el ordenamiento jurídico que imponga preceptivamente tal solución (FD 5º)”*. También en este caso el análisis resulta incompleto, pues la omisión del Anexo IX no permite valorar concordemente la importancia que podría tener la manifestación hecha en el preámbulo de la Circular 5/1994.

Por último, también aparecen una serie de manifestaciones en relación a la STJUE de 13 de julio de 2023 en la SAP Melilla 65/2023 de 10 de octubre (SAP ML 122/2023). Según parece, se contrató un préstamo referenciado a IRPH Cajas, añadiendo un margen de diferencial de cero. En esta sentencia se dice: *“Cuando*

en 1.990 se creó el IRPH, nunca se dijo en la circular que los diferenciales tenían que ser negativos. En 1.994 se introdujo esa advertencia, pero en el preámbulo, como una recomendación, no normativa,”. Debe matizarse que el IRPH se oficializó legislativamente mediante la Circular 5/1994 y no inicialmente por la 8/1990, la cual es modificada por la primera. Y también se sostiene: “no cambia la doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de que la referencia al diferencial negativo se utiliza por parte del TJUE como un elemento a tener en cuenta en el juicio de transparencia y no en el abusividad⁴³”. Se alude también que esta STJUE no modifica la doctrina del TS, que no existía ninguna obligación de aplicar un diferencial negativo, así como tampoco a informar al prestatario de la adecuación de aplicar un diferencial negativo (aunque la Audiencia sostiene que la Circular recomienda/sugiere la aplicación de un diferencial negativo). Como no existe obligación alguna de aplicar dicho índice, para la AP supone que menos aún se deba informar sobre el contenido del preámbulo. Igualmente resulta sorprendente, que en relación al Anexo IX se afirme: “Curiosamente, en este anexo no aparece ningún diferencial negativo ni se ha fijado por ninguna norma posterior”. Aunque en esta sentencia se mencione el Anexo IX, lo sorprendente de ella es que se sostenga que no aparezca ningún diferencial negativo.

En las sentencias mencionadas anteriormente existe una nota común, pues la mayoría de ellas omiten la referencia al Anexo IX, dando por válido que no existe carácter normativo respecto del diferencial negativo, pues únicamente aparece en un preámbulo. Lo cual no es cierto, puesto que el propio preámbulo anuncia de la tabla del Anexo IX y la fórmula en la que sí se incorpora el diferencial negativo. Por otro lado, al partir de que se trata de una recomendación o sugerencia, tampoco se le otorga la suficiente importancia a la omisión de dicho dato, pues se presume que no tiene ninguna incidencia económica, lo cual, como se ha podido observar no es cierto.

VII. CONCLUSIONES

Una de las conclusiones a las cuales ha conducido el presente análisis se basa en la modificación subrepticia. Es decir, aquellas entidades que conforme al Anexo IX no hubieran incluido un diferencial negativo, al haberse apartado de la fórmula que completa la definición del IRPH han actuado de manera subrepticia llevando a cabo un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor. Pues el sentido del establecimiento de los índices oficiales, así como sus requisitos, descansa en el cumplimiento de las reglas fijadas para que las entidades pudieran incorporar dichos índices a sus préstamos. Lo anterior, al igual que lo ocurrido en las cláusulas suelo, debería conducir a la abusividad directa de la cláusula que incorpora el IRPH.

En parte el problema hacia el cual ha querido orientarse este comentario es de la propia naturaleza de la Circular, pues de haber sido una norma de Derecho Privado o una norma con rango reglamentario proveniente del Ministro de Economía y Hacienda, según la Ley 26/1988, nadie hubiera negado un derecho subjetivo a la aplicación del diferencial negativo. En cambio, dado el orden de las cosas y la interpretación del TS y del TJUE, la comparación de precios, tras constatar la falta de transparencia, según el parámetro fijado por el TJUE, sería la única senda

viable para hacerse la idea de cuál hubiera sido el conocimiento de la carga económica que hubiera obtenido el consumidor en el momento de perfeccionarse el contrato de préstamo. Es decir, difícilmente se aceptará el criterio recogido en el art.8 de la LCGC o de la abusividad directa, aunque no se pueden descartar ambas opciones. Eso sí, el más viable parece ser el de falta de transparencia y posible abusividad del índice, que en este caso debería hacerse mediante una comparación de precios, pero también teniendo en cuenta la posible incidencia que hubiera tenido el diferencial negativo en la carga económica asumida por el prestatario.

El *quid* de la cuestión radica en la necesidad de que el consumidor sea consciente de la carga económica que tendrá que asumir, más si se ocultan ciertos factores que afectan al precio, de inclusión obligatoria conforme a la aplicación de un índice oficial, de manera que la alternativa más viable sería preguntarse: ¿de haberse informado al consumidor sobre el funcionamiento del índice y su composición según normativa bancaria, aquel consumidor hubiera aceptado dicho préstamo? No se trata de que el consumidor pueda entender la fórmula de cálculo, no, la explicación debió consistir en cuáles son las características de este índice, es decir, que se trata de un índice variable, cuyos cambios respecto al interés a abonar se reflejaran de manera más paulatina frente a otros índices, que dado el modo por el cual se compone será necesario agregarle un diferencial negativo de forma que resulte competitivo frente a otros índices.

Resulta curioso, cuando menos, que un consumidor medio, atento y perspicaz debiera entender, por la simple remisión a la Circular, el contenido y fundamento del preámbulo en relación con el Anexo IX, pero que dicho preámbulo y Anexo, entre otras cosas, hayan conducido a una discusión acalorada a los juristas, con opiniones dispares sobre su fundamento y funcionalidad. Si personas cualificadas, con conocimiento profundo de la norma, no descifran, al menos unánimemente, el significado de esa parte del preámbulo en relación con el Anexo, cómo se pretendía que el consumidor consiguiera hacerse una cabal idea de la carga económica que debiera de suponerle en el momento dado.

Por otro lado, el simulador del Banco de España, en aras de facilitar el cumplimiento de la Disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, ofrece unos indicios interesantes de cara a dilucidar el problema del tan discutido diferencial negativo.

La reciente jurisprudencia no trae buenas novedades para el consumidor, pero tampoco se ha ocupado con el detalle que hubiera merecido la cuestión del preámbulo en relación con el Anexo IX de la Circular 5/1994. De modo que esto ha podido conducir a tomar ciertas decisiones apresuradas. No obstante, deberá analizarse caso por caso como se ha incluido la cláusula por la cual se establece el IRPH y si en el supuesto concreto puede obtenerse la nulidad del índice y la restitución de prestaciones; menos viable resultaría que este se sustituya por EURIBOR a la luz de la jurisprudencia que se va consolidando.

VIII. ÍNDICE DE NORMATIVA

- Expedientes de elaboración y aprobación de las Circulares de 5/1994, de 22 de junio; 7/1999, de 29 de junio y 1/2000, de 28 de enero. Disponible en:

https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibri_en_contractes_irph/.

- Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.
- Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito.
- Circular número 8/1990, de 7 de septiembre.
- Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.
- Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

IX. JURISPRUDENCIA CITADA

- SAP Melilla 65/2023 de 10 de octubre (SAP ML 122/2023).
- SAP Pamplona (Secc.3) 663/2023 de 19 de septiembre (SAP NA 978/2023).
- SAP Barcelona (Secc.13) 488/2023 de 15 de septiembre (SAP B 9548/2023).
- SAP Palma de Mallorca (Secc.5) 601/2023 de 26 de julio (SAP IB 1728/2023).
- STJUE de 13 de julio de 2023 (asunto C-265/22).

X. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A. (2023). No debería haber cambios en la doctrina del TS sobre el IRPH tras las STJUE de 13.7.2023. *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, N°47.
- ARAGÓN, M. (1992). Las fuentes de la contratación bancaria. En particular el problema de los estatutos y de las circulares del Banco de España. *Revista española de Derecho Constitucional*, año 12, núm.35, mayo-agosto.
- BAUZÁ, G. (2022). Estudio sobre el desequilibrio financiero en la contratación IRPH, informe encargado por la Dirección General de Consumo de Baleares. Disponible en: https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibri_en_contractes_irph/.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2018). Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (669/2017). IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art.1.2 de la Directiva 93/13 no blindará en realidad cualquier cláusula que reproduzca “normas”. Transparencia lejos del suelo, en YZQUIERDO TOLSADA, M (Dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*. Volumen 9º, Dykinson/BOE, Madrid.
- ETXEBERRIA MURGIONDO, J. (2016). Nota acerca del IRPH. Un análisis desde la estadística, disponible en: https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibri_en_contractes_irph/

- ERAUSQUIN VÁZQUEZ, J.M^a., ORTIZ PÉREZ., M. (2022). Informe de validación jurídica en la incorporación, en contratos de préstamos bancarios suscritos por consumidores, del tipo hipotecario IRPH, Abogados RES S.L. Disponible en: https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibri_en_contractes_irph/.
- FRANCH FLUXÀ, J. (2023). La protección del consumidor bancario a raíz de las sentencias europeas sobre IRPH. *La Ley Mercantil*, N°107, noviembre.
- GONZÁLEZ CALVET, J, TURMO GARUZ, J., BOU BAUZÁ, G., (2022). Estudio sobre las irregularidades del índice IRPH que pueden conllevar su supresión por vía administrativo, informe a cargo del Ministerio de Consumo, Barcelona. Disponible en: https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibri_en_contractes_irph/
- JUAN GÓMEZ, M.C. (2023). El IRPH y la STJUE de 13 de julio de 2023: ¿realmente estamos ante un cambio de paradigma. *Diario La Ley*, N°10349, septiembre.
- LEGUINA VILLA, J. (2003). Notas sobre la autonomía del Banco de España dentro del SEBC y sus fuentes normativas. *Derecho Privado y Constitución*, N°17, enero-diciembre.
- MORENO DE ACEVEDO YAGÜE, J.I., BOU BAUZÁ, G., (2023). Naturaleza imperativa de la Circular 5/1994 en la contratación IRPH (Anexo al documento Estudio sobre desequilibrio financiero en la contratación IRPH), encargado por la Dirección General de Consumo de Baleares. Disponible en: https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibri_en_contractes_irph/
- ORDUÑA MORENO, F.J. (2023). Comentario a la STJUE de 13 de julio de 2023: «las advertencias de la Circular 5/1994, como expresión o medida del control de transparencia y del juicio de abusividad del IRPH». *Diario La Ley*, N°10335, Sección Tribuna, 25 de julio.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (2023). Las cláusulas IRPH, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo. *Almacén de Derecho*, 28 de agosto, disponible en: <https://almacenederecho.org/las-clausulas-irph-el-tribunal-de-justicia-y-el-tribunal-supremo>
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, (2023). Un nuevo paradigma en relación entre transparencia y abusividad. *Almacén de Derecho*. Disponible en: <https://almacenederecho.org/un-nuevo-paradigma-en-la-relacion-entre-falta-de-transparencia-y-abusividad>
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Cláusula IRPH en préstamos hipotecarios, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°779.
- SUÁREZ PUGA, E. (2023). Las incomprensiones del juez y del TJUE en torno a la TAE y el IRPH. *Almacén de Derecho*, 14 de julio, disponible en: <https://almacenederecho.org/las-incomprensiones-del-juez-y-del-tjue-en-torno-a-la-tae-y-el-irph>
- SPINEANU-MATEI, O. (2023) Los consumidores deben recibir información suficiente de los métodos de cálculo de índices de referencia de los préstamos hipotecarios (IRPH). *La Ley Unión Europea*, N°117, septiembre.

NOTAS

¹ El índice de referencia para préstamos hipotecarios, en sus modalidades cajas, entidades y bancos fue introducido por la Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. En adelante, Circular 5/1994 y Circular 8/1990. Se definieron los distintos IRPHs en el ANEXO VII de la Circular 5/1994.

² En adelante, STJUE de 13 de julio de 2023. Tampoco debe obviarse que ya ha entrado en el registro del TJUE el planteamiento de una nueva cuestión prejudicial. Pueden consultarse los enlaces siguientes para la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Donostia (nº8) en relación al IRPH. <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=IRPH&docid=278603&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=11235788>, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=IRPH&docid=280309&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=11235788#ctx1>.

³ No se realizará un análisis detallado, pues únicamente se citarán dichas normativas, alguna referencia a algún precepto y contenido de algún preámbulo.

⁴ En adelante, Ley 26/1998

⁵ Desde ahora, Orden de 12 de diciembre de 1989.

⁶ Idea que aparece en el preámbulo de la Orden de 12 de diciembre de 1989.

⁷ En lo sucesivo, Orden de 5 de mayo de 1994.

⁸ Preámbulo de la Circular 5/1994.

⁹ Considerando 59.

¹⁰ Véase para ello el siguiente enlace: https://www.boe.es/informacion/aviso_legal/index.php.

¹¹ Al lado de texto, se debe seleccionar análisis de la norma en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-23233>.

¹² Esto se ha confirmado, por ejemplo, en algunos informes de carácter técnico financiero. Véase: BAUZÁ, G. (2022). Estudio sobre el desequilibrio financiero en la contratación IRPH, informe encargado por la Dirección General de Consumo de Baleares. ETXEBERRIA MURGIONDO, J. (2016). Nota acerca del IRPH. Un análisis desde la estadística, disponible en: https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibri_en_contractes_irph/.

¹³ Esto también tendría su correspondencia en lo dicho en el considerando 58: *“Incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar que la información así proporcionada era suficiente para permitir que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, tuviera efectivamente conocimiento de los métodos de cálculo del índice de referencia a que se refiere la cláusula controvertida”*. Para AGÜERO ORTIZ: *“no existe ocultación de la Circular 5/1994 al informar “solo” de la Circular 8/1990, es que la información de la Circular 8/1990 es justamente la de la Circular 5/1994”*. Esta afirmación colisiona con lo apuntado *ut supra*, pues ya se demostró que informar y remitir únicamente a la Circular 8/1990 no era suficiente. AGÜERO ORTIZ, A. (2023). No debería haber cambios en la doctrina del TS sobre el IRPH tras las STJUE de 13.7.2023. *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, Nº47, pg.64.

¹⁴ Tal es así, que desde un punto de vista financiero se ha dicho: *“Esta protección se traduce en que, sin llegar a ser una cláusula suelo, sí es una «cláusula freno». Es decir, no es que el IRPH tenga un valor mínimo del que no pasa, es que tiene un mecanismo financiero que no le permite bajar”*. BOU BAUZÁ, *op.cit.*, pg.25. Con lo cual: *“La «cláusula freno» significa que hay algo extraño en la confección o el cálculo del IRPH que hace que no tenga un comportamiento que refleje la realidad del mercado”*. *Ibidem*, pg.28. Por otro lado, en otro trabajo, respecto del IRPH y el efecto freno se ha dicho: *“Por esta razón señalamos anterior-*

mente que el IRPH es una cláusula suelo dinámica, en el sentido que no es que tenga un valor tope del que no pasa sino que tiene un mecanismo para evitar que toque el cero (como sí ha hecho el Euribor) o valores próximos a cero". GONZÁLEZ CALVET, J., TURMO GARUZ, J., BOU BAUZÁ, G., (2022). Estudio sobre las irregularidades del índice IRPH que pueden conllevar su supresión por vía administrativo, informe a cargo del Ministerio de Consumo, Barcelona, pg.36. Disponible en: https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibrio_en_contractes_irph/.

¹⁵ Por otro lado, también contribuirá y reforzará la declaración de abusividad la omisión de ciertas informaciones exigidas por la normativa bancaria. Entre ellas, la evolución del índice durante los dos años naturales anteriores a la perfección del contrato de préstamo. De modo que la omisión de un conjunto de información, en principio, pudo suponer para el consumidor medio una incompreensión del funcionamiento del índice que contrató y conducirlo a un desequilibrio importante.

¹⁶ Aunque exceda del objeto de este comentario, dado el interés que presenta, conviene realizar, a modo de nota, un breve comentario y reflexión sobre las Circulares. La naturaleza de estas Circulares se encuadra dentro de la potestad reglamentaria del Banco de España. LEGUINA VILLA, J. (2003). Notas sobre la autonomía del Banco de España dentro del SEBC y sus fuentes normativas. *Derecho Privado y Constitución*, N°17, enero-diciembre, pg.321. Al mismo tiempo, conviene relacionar a las Circulares bancarias con el problema que surge en orden a determinar las fuentes de la contratación bancaria. ARGÓN remite al art.50 del Código de Comercio y, en su trabajo, procede a realizar una exegesis del significado del término leyes especiales. En lo que interesa en este trabajo, el autor analiza el papel que pueden asumir los reglamentos dentro del concepto leyes especiales. Dado el constante aumento de interrelación entre el Derecho público y privado, observa ARAGÓN que debe incluirse dentro del término leyes especiales a las normas reglamentarias que contengan prescripciones aplicables a los contratos bancarios. ARAGÓN, M. (1992). Las fuentes de la contratación bancaria. En particular el problema de los estatutos y de las circulares del Banco de España. *Revista española de Derecho Constitucional*, año 12, núm.35, mayo-agosto, pgs.42 a 44. En orden a reforzar su argumento cita jurisprudencia del TC en la cual se interpreta que la legislación mercantil debe entenderse en un sentido material, debiendo comprenderse dentro de esta legislación tanto las normas con fuerza de ley como también los reglamentos. *Ibidem*, pg.44. El problema en dichos casos consistirá en verificar si se cuenta con la suficiente habilitación legal, se posea la competencia correspondiente y se haya respetado los límites que imponen las materias reservadas a la ley. *Ibidem*, pg.48. Ahora bien, respecto de las Circulares y su incidencia en la contratación bancaria, analiza ARAGÓN el apartado segundo de la Ley 26/1998, de modo que concluye que este precepto habilitó solamente al Ministerio de Economía y Hacienda, careciendo el Banco de España tanto de competencia directa para regular las relaciones económicas entre particulares, pero también de competencia a través de delegación (para estos supuestos). De ese modo, las normas del Banco de España no podrían afectar a terceros extraños a esa relación (se refiere a la relación entre la Administración y las entidades de crédito). Utiliza una afirmación nítida el autor: "El Derecho privado no puede ser establecido por el Banco de España". *Ibidem*, pg.58. Ahora bien, si se recordara, con anterioridad se mencionó la Orden de 12 de diciembre de 1989. En esta orden se facultaba al Banco de España al desarrollo de materias que aparecen en el art.48.2 de la Ley 26/1998. Tal desarrollo se hizo a través de la Circular 8/1990, lo cual llevó a ARAGÓN a sostener que hubo una transgresión de la ley. *Ibidem*, pg.59.

¹⁷ La TAE debe contraponerse al TIN. El primero de ellos engloba el coste total de la operación de préstamo, de modo que incluye al tipo de interés, los gastos y las comisiones. Por

otro lado, la TIN alude al tipo de interés de la operación, el cual equivale al índice de referencia más un diferencial. Con lo cual, teniendo el tipo, para obtener la TAE debería agregarse las comisiones y otros gastos de la operación. Sobre la dinámica en los préstamos hipotecarios dice BOU BAUZÁ: que el procedimiento se basa en tres estadios, en el primero se elige el índice de referencia, en el segundo se suma un diferencial de modo que se obtendría el TIN del préstamo y, por último, al sumarse las comisiones y gastos, estas darán lugar a la TAE. BOU BAUZÁ, *op.cit.*, pg.66.

¹⁸ Esto supone que se tengan por excluidos de las TAEs que se utilizan para elaborar los IRPH los siguientes: los contratos de préstamo hipotecario destinados a la adquisición de vivienda protegida, las operaciones de préstamos hipotecarios suscritos por trabajadores de las entidades financiero (en casos en los cuales se ofrecían intereses fuera de mercado). Por otro lado, existen reducciones que afectaban al diferencial aplicable o suponían la eliminación de ciertas comisiones, pero que en verdad no eran tenidas a la hora de elaborar la TAE, confeccionándose la TAE como si estas reducciones fueran inexistentes. Lo anterior conduce y coadyuva a elevar las TAEs medias ponderadas del IRPH. ERAUSQUIN VÁZQUEZ, J.Mª., ORTIZ PÉREZ, M. (2022). Informe de validación jurídica en la incorporación, en contratos de préstamos bancarios suscritos por consumidores, del tipo hipotecario IRPH, Abogados RES S.L., pg.12. Disponible en: https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibrio_en_contractes_irph/. Véase también respecto de las bonificaciones y su relación con la TAE, GONZÁLEZ *et al.*, *op.cit.*, pg.14. Por otro lado, en el citado estudio también se dice: “*Para el procedimiento de cálculo del IRPH entidades de cada mes, un grupo de entidades de crédito envía cada una al Banco de España un “número promedio”. Este “número promedio” es la media ponderada de los préstamos nuevos o renovados de dicho banco (ponderada por el capital prestado en cada operación hipotecaria). Es importante volver a recalcar que cada entidad tiene la misma aportación al cálculo que hace el Banco de España, ya que se trata de una media aritmética simple. Por tanto, si una entidad pequeña, con 2000 clientes por poner un número, comete un error, la alteración del IRPH es la misma que si el error lo hubiera cometido una entidad con 2 millones de clientes*”, *Ibidem*, pg.17. Esta idea ya venía reflejada en el estudio estadístico de ETXEBERRIA MURGIONDO, *op.cit.*

¹⁹ BOU BAUZÁ, *op.cit.*, pg.10. En este informe se analizan múltiples aspectos desde el punto de vista financiero. Es decir, la dificultad terminológica respecto del índice IRPH, el cual resultaría inentendible para un consumidor medio, salvo que cuente con conocimientos de matemática financiera. Por otro lado, la utilización indistinta de términos como tasa efectiva o tipo nominal simple (o el hacer pasar una tasa efectiva por un tipo nominal), lo cual conduce a equívocos al consumidor medio. Para el autor, el engaño desde un punto de vista financiero se sostiene sobre cuatro cimientos: la redacción incomprensible, el argumento extrafinanciero, el índice como cláusula de freno y la afectación del riesgo ajeno. Desde el punto de vista de un análisis estadístico, puede consultarse ETXEBERRIA MURGIONDO, *op.cit.*

²⁰ Cabe destacar que esta tabla, según especifica el preámbulo, no resulta aplicable para decodificar el tipo activo de las cajas de ahorro. Es más, desde un punto de vista financiero se ha criticado, respecto del IRPH: “*Aun cuando se diga que se trata de medias de tasas efectivas, se añade un diferencial positivo como si se tratara de un tipo ordinario nominal*”. BOU BAUZÁ, *op.cit.*, pg.16. Claro, el IRPH debido a la forma por la cual se elabora, ya incorpora comisiones y gastos, de modo que de ser mayores las nuevas comisiones y gastos en préstamos hipotecarios, ese hecho tendrá una incidencia en la actualización del índice.

²¹ AGÜERO ORTIZ, *op.cit.*, pg.64. La autora realiza una profunda crítica a lo largo de su trabajo, llegando a sostener que se realizó una exposición engañosa de la normativa española y

que hubo mentiras en la presentación de los hechos. *Ibidem*, pg.60. No obstante, en este trabajo se discrepa acerca de dicha apreciación.

²² También conviene remitir al informe realizado por MORENO DE ACEVEDO YAGÜE, J.I., BOU BAUZÁ, G., (2023). Naturaleza imperativa de la Circular 5/1994 en la contratación IRPH (Anexo al documento Estudio sobre desequilibrio financiero en la contratación IRPH), encargado por la Dirección General de Consumo de Baleares. Disponible en: https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibri_en_contractes_irph/.

²³ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Cláusula IRPH en préstamos hipotecarios, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°779, pgs.1849, 1852, 1853. Idea que desde el punto de vista de la doctrina del TJUE aparece: “*En efecto, el contrato en el que figura dicha cláusula debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal subsistencia del contrato sea jurídicamente posible* (considerando 65). Véase la STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/10). Idea que se repite en la STJUE de 15 de junio de 2023, asunto C-520/21, considerando 42. Esta sentencia también tiene relevancia a efectos restitutorios, y resulta muy pertinente en relación a posibles reclamaciones del consumidor que irían más allá del interés de demora y otros gastos, así como el veto a reclamar, a la entidad, otras prestaciones distintas del capital y del interés de demora.

²⁴ Expediente de elaboración y aprobación de las Circulares de 5/1994, de 22 de junio; 7/1999, de 29 de junio y 1/2000, de 28 de enero, pg.2.

Disponible en: https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibri_en_contractes_irph/.

²⁵ *Ibidem*, pg.16.

²⁶ *Ibidem*, pg.53.

²⁷ Con posterioridad, esta Asociación reiteró ciertas apreciaciones respecto la TAE, véanse las páginas 104 y 105.

²⁸ *Ibidem*, pg.58.

²⁹ *Ibidem*, pgs.58 y 59.

³⁰ *Ibidem*, pg.69. Resulta curioso que, pese a lo que se ha dicho en el citado informe, tras la STJUE algunos autores hayan sostenido esta posición: “*Considero que la falta de entrega de información sobre el preámbulo de la Circular 5/1994 no puede comportar la falta de transparencia de la cláusula pues (i) no hay obligación alguna de informar sobre los preámbulos de las normas; (ii) no constituye contenido normativo alguno; y (iii) su contenido informativo se encuentra en la definición del índice, según el cual este se calcula con las TAEs promedio de los préstamos hipotecarios*”. Es más, añade AGÜERO ORTIZ que incluso de existir obligación de informar sobre dicho preámbulo, esa falta de información no convertiría la cláusula en abusiva, ahora bien, sí en no transparente. Omite la autora la referencia al ANEXO IX que es donde se establece y concreta aquello que se explica mediante el preámbulo. AGÜERO ORTIZ, *op.cit.*, pgs.66 y 67.

³¹ PANTALEÓN PRIETO dice: “*Nótese que, si tal “doble retribución” pudiera existir, no habría de conducirse a declarar abusiva la cláusula IRPH, sino tan solo la cláusula o las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario así referenciado que pusieran a cargo del consumidor prestatario comisiones o gastos computables para el cálculo de la TAE*”. PANTALEÓN PRIETO, F. (2023). Las cláusulas IRPH, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo. *Almacén de Derecho*, 28 de agosto, disponible en: <https://almacenederecho.org/las-clausulas-irph-el-tribunal-de-justicia-y-el-tribunal-supremo>. Ahora bien, el TJUE se refería a una cosa distinta. Al estar formado el IRPH por TAEs, dentro de los valores, que se han ido comunicando cada mes, existen una serie

de prestaciones que los Tribunales han venido declarando abusivas. Asimismo, lo anterior implica que el IRPH se haya ido formando y actualizando por retribuciones que no podían formar parte de esa TAE, pues con posterioridad fueron declaradas abusivas.

³² Pues el TJUE confirma lo que se dijo en su día en el asunto Banco Primus (sentencia de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14).

³³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, (2023). Un nuevo paradigma en relación entre transparencia y abusividad. *Almacén de Derecho*. Disponible en: <https://almacendederecho.org/un-nuevo-paradigma-en-la-relacion-entre-falta-de-transparencia-y-abusividad>.

³⁴ *Ibidem*. Por otro lado, PERTÍÑEZ también realiza una manifestación de calado: “Lo único meridianamente claro es que la mera publicación en el BOE del método de cálculo del IRPH contenido en el Anexo VIII de la Circular 5/1994 no es suficiente para que un consumidor medianamente atento y perspicaz conozca que el índice IRPH es por esencia superior al tipo medio de mercado, pues este es un conocimiento que pertenece al ámbito de la investigación jurídica y aún me atrevo a decir que muchos investigadores todavía no son conscientes de esa evidencia”. *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Lo anterior supone dar cumplimiento a lo preceptuado en el art.4 de la Directiva 93/13: “Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa”.

³⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op.cit*. ORDUÑA MORENO sostiene la obligatoriedad de la aplicación del diferencial negativo, preconizando que su falta de aplicación supondrá un desequilibrio para el consumidor. ORDUÑA MORENO, F.J. (2023). Comentario a la STJUE de 13 de julio de 2023: «las advertencias de la Circular 5/1994, como expresión o medida del control de transparencia y del juicio de abusividad del IRPH». *Diario La Ley*, N°10335, Sección Tribuna, 25 de julio, pg.4. En contra de lo sostenido en este trabajo y también de lo dicho por ORDUÑA MORENO, véase: AGÜERO ORTIZ, *op.cit.*, pgs.61, 62, 64, 73. SUÁREZ PUGA, E. (2023). Las incomprensiones del juez y del TJUE en torno a la TAE y el IRPH, *Almacén de Derecho*. 14 de julio, disponible en: <https://almacendederecho.org/las-incomprensiones-del-juez-y-del-tjue-en-torno-a-la-tae-y-el-irph>. PANTALEÓN PRIETO, *op.cit*. JUAN GÓMEZ, M.C. (2023). El IRPH y la STJUE de 13 de julio de 2023: ¿realmente estamos ante un cambio de paradigma. *Diario La Ley*, N°10349, septiembre, pg.8. FRANCH FLUXÁ sostiene: “Entendemos que la necesidad de aplicar un diferencial negativo al índice IRPH (conforme establece el preámbulo de la Circular 5/1994 del Banco de España) pasa a ser norma aplicable en defecto de acuerdo entre las partes”. FRANCH FLUXÁ, J. (2023). La protección del consumidor bancario a raíz de las sentencias europeas sobre IRPH. *La Ley Mercantil*, N°107, noviembre, pg.8. Asimismo, CÁMARA LAPUENTE apuntó también que entendía respecto del preámbulo, aunque no manifestó consecuencia alguna respecto a la no aplicación del diferencial negativo. El autor sostuvo: “para neutralizar el efecto TAE prescribió que era necesario aplicar un diferencial negativo (§ 4 de la Exposición de motivos)”. CÁMARA LAPUENTE, S. (2018). Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (669/2017). IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art.1.2 de la Directiva 93/13 no blinda en realidad cualquier cláusula que reproduzca “normas”. Transparencia lejos del suelo, en YZQUIERDO TOLSADA, M (Dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*. Volumen 9º, Dykinson/BOE, Madrid, pg.225.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la magistrada ponente de la sentencia del TJUE, manifestó en un artículo que: “*El Tribunal de Justicia considera que para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de la cláusula controvertida es pertinente el contenido de la información incluida en la circular de 1994, de la que se desprende la necesidad de aplicar al índice de referencia, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo a fin de igualar el tipo de interés con el tipo de interés del mercado. También es pertinente determinar si esa información es suficientemente accesible para un consumidor medio*”. SPINEANU-MATEI, O. (2023) Los consumidores deben recibir información suficiente de los métodos de cálculo de índices de referencia de los préstamos hipotecarios (IRPH). *La Ley Unión Europea*, N°117, septiembre, pg. 2.

³⁸ PANTALEÓN PRIETO, *op.cit.* No obstante, para préstamos anteriores al 2012 sí que regía la Circular 5/1994 y lo dispuesto respecto del diferencial negativo. Por otro lado, también conviene recordar que la STJUE de 13 de julio de 2023 analiza un préstamo anterior al 2012.

³⁹ https://app.bde.es/asb_www/es/diferencial.html#/principalDiferencial.

⁴⁰ Esto tiene sentido si se tiene en cuenta lo manifestado en una sección del Banco Santander, de modo que se dice en esta sección: “*La primera desventaja clara en comparación con el euríbor es que, cuando conoces qué es el IRPH te das cuenta que, desde su creación, siempre ha cotizado por encima del euríbor. Esto se entiende fácilmente ya que el IRPH estudia al propio euríbor; más el diferencial de las hipotecas variables y, además, tienen en cuenta hasta los tipos fijos al representar el interés medio de estas. A parte de esto, como ya hemos anticipado unas líneas atrás, el Banco de España reconoce que su valor se calcula con el TAE, y esta es hasta más alta que el propio interés, ya que también incluye comisiones y gastos. Así que, a parte, de polémico, es más desorbitado que la opción del euríbor y esto lo hace bastante menos interesante*”. Véase el siguiente enlace: <https://www.santanderconsumer.es/blog/post/que-es-el-irph>.

⁴¹ Es verdad que ha circulado una noticia por la cual se declara nulo un contrato que incorpora IRPH como índice, pero no se ha tenido acceso al contenido de la sentencia, con lo cual, únicamente cabe remitirse al enlace que recoge dicha novedad: <https://diario16plus.com/anulado-el-irph-por-la-jurisprudencia-europea-del-diferencial-negativo/>.

⁴² SAP Barcelona (Secc.13) 488/2023 de 15 de septiembre (SAP B 9548/2023), SAP Barcelona (Secc.13) 489/2023 de 15 de septiembre (SAP B 9562/2023), SAP Barcelona 490/2023 de 15 de septiembre (SAP B 9559/2023), SAP Barcelona (Secc.13) 526/2023 de 26 de septiembre (SAP B 9745/2023), SAP Barcelona (Secc.13) 504/2023 de 26 de septiembre (SAP B 9750/2023), SAP Barcelona (Secc.13) 531/2023 de 26 de septiembre (SAP B 9758/2023), SAP Barcelona (Secc.11) 434/2023 de 18 de septiembre (SAP B 9835/2023), SAP Barcelona (Secc.11) 497/2023 de 22 de septiembre (SAP B 10538/2023), SAP Barcelona (Secc.13) 499/2023 de 26 de septiembre (SAP B 9739/2023), SAP Barcelona (Secc.13) 534/2023 de 27 de septiembre (SAP B 9743/2023), SAP Barcelona (Secc.11^a) 492/2023 de 22 de septiembre de 2023 (SAP B 10539/2023), SAP Barcelona 491/2023 (Secc.11) de 22 de septiembre (SAP B 10540/2023). SAP Barcelona (Secc.14) 631/2023 de 13 de septiembre (SAP B 10614/2023).

⁴³ Esto no es así, tal como se observa en la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial: “*para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario (considerando 70)*”.

1.5.1. Derecho de consumo

Infracción del ordenamiento privado y la apuesta por otros mecanismos autorregulatorios de protección del consumidor (y del empresario)¹

Infringement of the private law and reliance on other self-regulatory mechanisms for consumer (and business) protection

por

JUAN CARLOS VELASCO-PERDIGONES
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

RESUMEN: La sociedad, cada vez más, demanda determinados comportamientos éticos, valores y creencias alejados de las sanciones civiles tradicionales que prevé el ordenamiento ante la infracción o quebranto de las normas. La misión central del cumplimiento normativo es la consecución de una verdadera cultura ética corporativa a través de la prevención del riesgo de incumplimiento, también, en cierta medida, del ordenamiento jurídico-privado. Dicho mecanismo puede ser utilizado para la gestión del riesgo de incumplimiento de las normas que dotan de protección al consumidor; que de consumarse podría derivarse una serie de consecuencias negativas de carácter civil o patrimonial, las denominadas sanciones civiles.

Esta investigación tiene por objeto poner de relieve cómo se pueden implementar mecanismos en las organizaciones y empresas que, no sólo prevengan eventuales consecuencias negativas para su patrimonio, sino que, además, sirvan para proteger eficazmente al consumidor. En este sentido, el trabajo pretende sentar las bases del tan debatido cumplimiento normativo en otros ámbitos como el de consumo.

La metodología a emplear es de base cualitativa, recurriéndose, en lo tocante a la materia objeto de estudio, a una exégesis interpretativa del ordenamiento jurídico, los postulados de la doctrina y de la jurisprudencia. En lo relativo a las fuentes normativas, se emplea la analogía o, más bien, la orientación de la estructura contenida en el art. 31 *bis* CP —única fuente de carácter legal— que sirve, en cierta medida, para sentar las bases de un sistema de prevención en materia de consumo. Este precepto ha de ponerse en relación con otros del ordenamiento,

con el objeto de construir el fin propuesto. En lo referente a la doctrina científica y a la jurisprudencia, se interpretan los postulados generales del cumplimiento normativo y del derecho de consumo, mecanismo que sirve para la integración de las lagunas de un estudio original y pionero.

ABSTRACT: Society increasingly demands certain ethical behavior, values and beliefs. The central mission of compliance is to achieve a true corporate ethical culture by preventing the risk of non-compliance. Compliance can be used to manage the risk that can arise from a consumer relationship, helping to prevent and reduce the negative consequences of non-compliance with consumer rules.

This research work aims to carry out a monographic study on how the implementation of consumer compliance in an organization can be considered a consumer protection mechanism and, therefore, contribute to risk prevention, with a commitment to the well-being of society as a whole. Thus, it is shown how compliance programs enable protection from risk management through a compliance system.

The methodology used is qualitative, resorting to an interpretative exegesis of the legal system, the postulates of doctrine and jurisprudence about the subject matter under study. From the normative sources, the analogy of the structure of art. 31 bis PC — the only source of a legal nature — is used to outline a system of Compliance in matters of consumption. This precept has to be put concerning others in the consumer legislation, to construct the proposed aim. About scientific doctrine and jurisprudence, the general postulates of Compliance and consumer law are interpreted, as a mechanism for integrating the gaps inherent to a pioneering study.

PALABRAS CLAVE: Cumplimiento normativo, consumidores, supervisión, programas de cumplimiento, protección, riesgo, derecho de consumo, oficial de cumplimiento, control.

KEYWORDS: *Compliance, consumers, monitoring, compliance programs, protection, risk, consumer law, compliance officer, control.*

SUMARIO: I. EXORDIO: OBJETO, METODOLOGÍA Y FUENTES. 1. OBJETO 2. METODOLOGÍA 3. FUENTES —II. DERECHO DE CONSUMO Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR 1. DERECHO DE CONSUMO, ¿UNA MAYOR REGLAMENTACIÓN PARA PROTEGER AL CONSUMIDOR? 2. *Compliance* DE CONSUMO —III. ALCANCE DE LA FUNCIÓN DE *COMPLIANCE* CONSUMERISTA 1. EL INCUMPLIMIENTO CIVIL 2. EL RIESGO CIVIL Y SU SANCIÓN—IV. INTEGRACIÓN DEL *COMPLIANCE* CONSUMERISTA EN LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO 1. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN MATERIA DE CONSUMO 2. ANALOGÍA DEL *Compliance* PENAL PARA LA IMPLEMENTACIÓN 3. CONCRECIÓN DEL PROCESO A) *Acciones previas* B) *Diseño y elaboración: Identificación y análisis del riesgo de incumplimiento en materia de consumo* C) *Diseño e implementación de procedimientos y controles que incluyan medidas para mitigar los riesgos de consumo* a) Políticas, procedimientos y controles adicionales b) Código de ético D) *Modelos de gestión de los recursos financieros* E) *Información y formación* F) *Supervisión, vigilancia y evaluación.* G) *Revisión y mejora del sistema* H) *Previsión de un régimen disciplinario (complementado con un sistema de mediación)* —V. CONCLUSIONES —VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES —VII. BIBLIOGRAFÍA

I. EXORDIO: OBJETO, METODOLOGÍA Y FUENTES

El cumplimiento normativo o *Compliance*² y la cultura ética corporativa han adquirido en los últimos años una relevancia extraordinaria en las corporaciones, considerándose la reforma del Código Penal (2010 y 2015), y la consiguiente supresión del clásico principio *societas delinquere non potest*, la expansión más destacada del fenómeno³. Así, el ordenamiento jurídico español iniciaba su andadura en este ámbito a través del art. 31 *bis* CP, precepto que activaba al *Compliance* penal y ponía en marcha a todo un sector profesional⁴ que tímidamente se había manifestado en otras cotas del ordenamiento (*v.gr.* en sectores regulados como el financiero, en el ámbito del blanqueo de capitales o en las empresas de los servicios de inversión)⁵.

Aunque, en cierta medida, el *Compliance* se haya normativizado sólo en la disciplina penal, este fenómeno no parece ser ajeno a otras esferas de interés en las que existan consecuencias negativas o riesgos para una entidad. De hecho, encontramos manifestaciones doctrinales en otros ámbitos como el laboral⁶, el tributario⁷ o el administrativo⁸. En lo que respecta al *Compliance* civil, este no puede permanecer inmutable ante una realidad en la que también existen riesgos y sanciones patrimonialmente relevantes como consecuencia de la violación de normas o de relaciones jurídicas (*v.gr.* responsabilidad civil, nulidad, anulabilidad, cumplimiento forzoso, ineficacia contractual, privación de derechos o de bienes jurídicos, etc.).

Los riesgos y las sanciones también se encuentran presentes en el Derecho de Consumo a través la heterogénea pluralidad de normas jurídicas que componen esta esfera del ordenamiento jurídico (régimen general, telecomunicaciones, sector eléctrico, financiación, servicios de pago, edificación, contratación electrónica, condiciones generales de la contratación, transporte de personas, servicios de mantenimiento y asistencia, servicios de pago, comunicaciones postales, etc.). De ahí que el *Compliance* pueda convertirse en un mecanismo eficaz de protección de los derechos del consumidor⁹, además de la prevención de consecuencias negativas para el empresario¹⁰.

La implantación de un programa de cumplimiento en el espectro objeto de estudio —experimentado en países como Brasil, Perú o Chile— tendría como beneficios el fortalecimiento de la relación de consumo, la prevención del riesgo de sanción, la promoción del ejercicio de los derechos del consumidor y la posibilidad de protección desde la gestión del riesgo. Lo relevante, como principio general, es la creación en las corporaciones de una verdadera cultura ética consumerista, que dote de importantes valores, no sólo a la corporación y a los consumidores, sino a toda la sociedad en su conjunto.

1. OBJETO

Consecuencia natural de lo precedente es el intento de ceñir el campo de investigación. El título que presenta el trabajo define la hipótesis de estudio a abordar y, por tanto, su ámbito objetivo: el *Compliance* como mecanismo de protección del consumidor e indirectamente al sector empresarial y profesional.

El presente estudio tiene por objeto poner de relieve cómo el cumplimiento normativo en materia de consumo es un mecanismo eficaz para la protección del consumidor y, como beneficio corporativo, la prevención del riesgo y de las consecuencias negativas que pueden suponer vulnerar las normas del Derecho de Consumo. Esto es, confirmar que los *Compliance programs*, además de prevenir el incumplimiento del acervo normativo consumerista (muchas de ellas imperativas), promueven la cultura ética en una relación de consumo y, velan por el ejercicio efectivo de los derechos del consumidor¹¹, posibilitando su protección a partir la gestión del riesgo, uno de los objetivos primordiales del Derecho de Consumo (DÍAZ ALABART, 2016, p. 16). Además, se resuelven los subsiguientes interrogantes que naturalmente surgirán: *i*) cuál ha de ser el alcance objetivo en la materia objeto de interés¹²; y, *ii*) cómo se ha de implementar un sistema de *Compliance* en el citado ámbito¹³.

2. METODOLOGÍA

La investigación o cualquier trabajo académico carece de sentido si no dispone de una exposición clara del camino que conduce a la consecución de los fines inicialmente propuestos (PÉREZ ESCOBAR, 2010). Las disciplinas jurídicas y la aplicación del conocimiento no pueden ser ajenos al interrogante de cómo se ha llevado a cabo el resultado obtenido; se necesita inexorablemente de la utilización de una determinada metodología, es decir, un método racional que pretenda alcanzar la finalidad gnoseológica a la que se aspira (HERRERA, 1998).

Al fin expuesto sirven los medios tradicionales: el estudio de las normas, la doctrina científica y la jurisprudencia. Así, el método empleado en este estudio ha de entenderse de base cualitativa, concretándose en una exégesis normativa y la analogía de las estructuras jurídicas existentes (como el *Compliance penal*). Además, lo anterior se integra con los postulados de la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo de aquello que rodea al ordenamiento de consumo, al penal (por ser un referente en la materia) y al cumplimiento normativo en sí. La idea es emprender el objetivo propuesto mediante el recurso, principalmente, a las fuentes formales del Derecho y a otras derivadas como la literatura científica y los pronunciamientos de los tribunales.

3. FUENTES

Las fuentes que se emplean para afrontar el objeto propuesto son varias y de diferentes disciplinas. Se recurre principalmente a la interpretación e integración de dos bloques de fuentes jurídicas directas: *i*) el art. 31 *bis* CP como integradora del ordenamiento, que da origen, en cierto modo, a la cultura del *Compliance* (Penal); y, *ii*) algunas de las normas que componen el ordenamiento de consumo. Éstas, en determinadas ocasiones, son puestas en relación con el ordenamiento jurídico-privado, así como con las fuentes derivadas de la exégesis científica y jurisprudencial.

En el caso de España, el espectro de fuentes a integrar debe ampliarse a otras de carácter no jurídicas, tales como: la Circular 1/2016 FGE, de 22 de enero¹⁴ y los estándares voluntarios de normalización nacional e internacional, utilizados de forma recurrente por el sector profesional (las denominadas normas UNE e ISO)¹⁵.

II. DERECHO DE CONSUMO Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

1. DERECHO DE CONSUMO, ¿UNA MAYOR REGLAMENTACIÓN PARA PROTEGER AL CONSUMIDOR?

El Derecho de Consumo y la protección del consumidor ha experimentado una evolución exponencial en los últimos años, considerándose uno de los ámbitos de mayor inquietud del legislador europeo y nacional; de la doctrina, y de la jurisprudencia¹⁶. Se considera así, que la defensa y la protección jurídica del consumidor constituye hoy día uno de esos temas tan extraordinariamente amplios que afecta y concierne a casi todos los sectores del ordenamiento jurídico (POLO, 1980, p. 21).

Las normas que componen este ámbito de la disciplina son heterogéneas y diversas, inabarcables por la constante creación de reglas que regulan (directa o indirectamente) una relación de consumo. Muchas de estas normas van a ser imperativas para el comerciante e irrenunciables por el consumidor, lo que dotaría a este último de cierta seguridad en el tráfico¹⁷. Sin embargo, la teórica imperatividad normativa puede quedar quebrantada por determinados actos o prácticas comerciales. De hecho, la experiencia ha puesto en evidencia la situación de vulnerabilidad del consumidor en distintas facetas de sus relaciones contractuales, principalmente en el sector financiero.

El ordenamiento de consumo en España tiene su génesis en el art. 51 CE, cuyo contenido recoge, por un lado, los derechos esenciales o sustantivos que deben ser garantizados por los poderes públicos [*i*] el derecho a la seguridad; *ii*) a la salud; y, *iii*) la protección de los intereses legítimos] y, por otro, los considerados derechos instrumentales [*i*] el derecho a la información; *ii*) la educación; y, *iii*) el derecho a la representación] (DE LEÓN ARCE, 2016b, p. 132). Además de este reconocimiento, como principios rectores de la política social y económica que son, el texto constitucional determina la imperativa obligación de los poderes públicos de promocionarlos o promoverlos. Su desarrollo legislativo se ha efectuado, en cierta medida, en el TRLGDCU. Así, en el susodicho texto se presenta de forma genérica los derechos básicos o principios generales del Derecho de Consumo (art. 8) que, posteriormente, serán objeto un mayor desarrollo normativo¹⁸, pero que no agotan la protección del consumidor en cumplimiento del mandato impuesto por el art. 51 CE.

La necesaria promulgación de normas protectoras de los derechos consumidor es un mandato constitucional que no se entiende cumplido ni agotado con el TRLGDCU (DE LEÓN ARCE, 2016b, p. 249). Se han dictado algunas disposiciones normativas especiales que regulan concretas parcelas del ámbito de consumo (*v.gr.* financiación, servicios de pago, transporte, aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, servicios de mantenimiento y asistencia, telecomunica-

ciones, etc.), pero algunos autores consideran que es necesaria la elaboración de más normas, especialmente para aquellos problemas que siguen aflorando y, para algunas situaciones no reglamentadas (DE LEÓN ARCE, 2016b, p. 249).

Actualmente, la sociedad vive en un momento de sobreproducción normativa. Pocas son las actividades del ser humano que carecen de delimitación reglamentaria. Sin embargo, la experiencia práctica demuestra que la excesiva regulación de un determinado aspecto de la vida no es garantía del cumplimiento y salvaguarda de los derechos subjetivos. Quizás, la concienciación acerca de lo que supone el *Compliance*, la cultura ética y su arraigo en la sociedad, sea suficiente y supla esa demandada sobreregulación de las esferas —ya escasas parcelas— de libertad del ser humano. En lo que al ámbito de consumo respecta, la cuestión no está en reglamentar todos los aspectos de la relación de consumo, sino en transmitir, poner en práctica y asumir una serie de comportamientos, valores, ética y creencias que demanda la sociedad y que subyacen en el fundamento intrínseco del *Compliance* y el buen gobierno corporativo¹⁹.

2. COMPLIANCE DE CONSUMO

La acepción *Compliance*, en términos generales, ha de entenderse como un conjunto de normas internas y procesos sistematizados idóneos y eficaces para la prevención de determinados riesgos²⁰ en una organización²¹, es decir, velar por el cumplimiento de una serie de normas (internas y externas) por parte de un sujeto determinado, con la finalidad de conseguir una cultura ética corporativa, propósito primario al que aboga la Circular 1/2016 FGE. Así, el *Compliance* consumerista tendrá como misión elemental la consecución de una cultura ética corporativa que se centre en el cumplimiento y observancia del ordenamiento de consumo, adoptándose una serie de procesos idóneos y eficaces para la prevención del riesgo de vulnerar su acervo normativo y, evitar cualquier consecuencia negativa para la corporación.

Como se ha defendido en el preámbulo del trabajo, el cumplimiento normativo puede ser utilizado para la prevención del riesgo derivado de las relaciones de consumo y, por ende, velar por la protección del consumidor. Por ello, mediante una verdadera política de cumplimiento efectivo del ordenamiento de consumo, recurriéndose a la estructura y a los procesos de *Compliance*, se buscaría prevenir los conflictos y los resultados negativos que puedan derivarse de la relación entre empresarios y consumidores. A través de los programas de cumplimiento, los agentes de la relación reforzarán su compromiso con los valores y objetivos establecidos.

Además de lo anterior, hay que indicar que el *Compliance* de consumo no sólo previene o minimiza los riesgos relativos a reclamaciones o sanciones administrativas, sino que, también, tiene por objeto la fidelización del público y la credibilidad entre empresa y consumidor, reduciéndose el conflicto y promoviéndose el equilibrio entre consumidores, empresas y organismos públicos (DE POLI SIQUEIRA y MIQUELETTA, 2018). En cuanto al mercado, la organización ganará más confianza y mayor credibilidad, pues la conciencia del *Compliance*, traducido

de una forma simple en un actuar ético y, en definitiva, la protección de los derechos, se arraigaría en el público destinatario de los distintos bienes y servicios.

III. ALCANCE DE LA FUNCIÓN DE *COMPLIANCE* CONSUMERISTA

1. EL INCUMPLIMIENTO CIVIL

El incumplimiento siempre ha de estar referido a algo, concretamente a una obligación, que puede ser de distinta naturaleza. Las obligaciones (objeto de incumplimiento) se clasifican en tres grandes bloques (MAGRO SERVET, 2020): *i*) obligaciones genéricas; *ii*) obligaciones voluntarias; y, *iii*) obligaciones legales.

En lo relativo a las obligaciones genéricas, puede traerse a colación lo dispuesto en el art. 1089 CC, cuyo contenido hace referencia al nacimiento de las obligaciones. Así, en términos generales, las éstas nacen de la ley, los contratos y de las acciones u omisiones ilícitas o, aquellas en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Las consecuencias jurídicas del incumplimiento podrán derivar:

- a*) de las obligaciones voluntariamente aceptadas;
- b*) de obligaciones contractuales;
- c*) de los cuasicontratos;
- d*) de la responsabilidad civil extracontractual;
- e*) de las obligaciones legales; y,
- f*) de la responsabilidad civil *ex delicto*.

Las voluntarias son aquellas que se derivan de la libre voluntad de los sujetos, es decir, compromisos unilaterales. En el ámbito del *Compliance* las obligaciones voluntarias experimentan su génesis en el buen gobierno corporativo, la ética empresarial, la deontología, la responsabilidad social corporativa o los contratos (en cierta medida). Las organizaciones, voluntariamente, pueden adoptar reglas y estándares de conducta empresarial, elaborados por ellas sobre la base de las líneas directrices que determinan la protección del consumidor. Por la carencia de regulación del *Compliance* de consumo, de la voluntad corporativa nacerá el desarrollo de estándares sobre la relación de consumo; la designación del órgano supervisor que vigile y controle el cumplimiento; la forma en que se van a detectar y gestionar los riesgos de incumplimiento; y, la implementación de medidas preventivas.

Por su parte, las obligaciones legales tienen origen en el marco legal en el que las organizaciones desarrollan sus actividades y, su deber de cumplimiento no deriva de la voluntad de los sujetos, sino de las notas de obligatoriedad y coercibilidad, características propias las normas jurídicas (DE CUEVILLAS MATOZZI y VELASCO PERDIGONES, 2022). La gestión del riesgo impone la necesidad de identificar las obligaciones legales y actuar en consecuencia, cuestión excesivamente compleja por la heterogeneidad de normas generales y especiales que inciden sobre la relación de consumo (desde normas generales como el TRLGDCU o la LCGC, hasta normas específicas sobre determinados productos, servicios y contratos (*v.gr.* LCCC, LCI, LOE, LOTT, LNM, LGT, LSPU, etc.); marketing, publicidad, comunicación (*v.gr.* LOCM, LGP, LGCA); diseño de productos (*v.gr.* LP-

JDI); protección de datos personales (LOPDGDD, RPD); normas sobre calidad (LDCA), etc.

2. EL RIESGO CIVIL Y SU SANCIÓN

La acepción «riesgo» experimenta diversas formas, con un común denominador: la probabilidad de ocurrencia de un suceso (incumplimiento) y sus consecuencias sobre los objetivos. Además, los riesgos pueden clasificarse de diversas formas [por su contenido troncal (patrimoniales, personales y de responsabilidad civil); por la regularidad estadística (ordinario y extraordinario); por su especialidad (riesgos estratégicos, operacionales, de cumplimiento o jurídicos, financieros y medioambientales); por su naturaleza (asegurables o no); y, por el sometimiento a las normas del contrato] (MAGRO SERVET, 2020, pp. 60-74).

El riesgo de incumplimiento en el ámbito de consumo debe entenderse como la probabilidad existente de imposición de sanciones (que pueden traducirse en pérdidas financieras o de reputación) como consecuencia del incumplimiento del ordenamiento de consumo, políticas, estándares internos o externos. Se incluyen en este marco —además de los riesgos por incumplimiento de las normas jurídicas generales y las derivadas de la materia en cuestión [riesgo disciplinario por vulneración de disposiciones legales (infracciones y sanciones); riesgo penal (delitos relativos al mercado y los consumidores); como sanciones civiles, el riesgo contractual, riesgo extracontractual, nulidades, etc.)— las derivadas de la autorregulación organizativa. A este respecto, el incumplimiento del ordenamiento de consumo puede desencadenar en diversas consecuencias (jurídicas) negativas o perjudiciales para su autor, en modo de sanciones (de naturaleza civil)²². El concepto de sanción en materia de consumo puede identificarse con cualquier consecuencia a la contravención impuesta por el Derecho de Consumo²³.

La doctrina (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 1975) (DE CUEVILLAS MATOZZI y VELASCO PERDIGONES, 2022) determina, en términos generales, algunas de las sanciones o consecuencias jurídicas que en el ordenamiento jurídico-civil puede imponerse por una hipotética violación de sus normas, mediante las cuales se trata de reprobar una conducta antijurídica. Así, sin ánimo de exhaustividad, se pueden considerar:

- a) la pena como privación de bienes jurídicos o derechos;
- b) la ejecución forzosa;
- c) el resarcimiento o la reparación de daños y perjuicios; y,
- d) la ineficacia de relaciones jurídicas, entre las que se incluyen la nulidad, anulabilidad, rescisión y revocación.

Esta compleja realidad manifiesta la necesaria implementación por las empresas de una serie de acciones que minimice los eventuales resultados negativos derivados del incumplimiento de sus obligaciones. Lo importante es poder neutralizar o anticiparse al riesgo de producción del evento desencadenante de consecuencias perjudiciales. Por ello, serán los programas de cumplimiento en materia de consumo las herramientas que permitan la prevención, la detección y reacción anticipada frente a conductas infractoras que puedan provocar responsabilidad y falta de reputación del empresario.

IV. INTEGRACIÓN DEL *COMPLIANCE* CONSUMERISTA EN LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO

1. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN MATERIA DE CONSUMO

Son numerosos los sinónimos utilizados para referirse a los modelos de organización y gestión a los que se refiere el art. 31 *bis* CP: programa de autorregulación corporativa, *Compliance program*, *Corporate program*, *Criminal Compliance program*, programas de prevención y control, normas de autorregulación, plan de prevención de delitos, modelos de prevención y control, programas o sistemas de cumplimiento, etc. En términos generales, y ante una ausencia de definición legal, puede decirse que un programa de cumplimiento es un conjunto sistematizado y documentado de procedimientos adoptados y ejecutados por las corporaciones, en los que deben incluirse una serie de medidas de vigilancia y control idóneas (VELASCO PERDIGONES, 2022a) para prevenir consecuencias negativas o sanciones de cualquier índole.

Por su parte, en el ámbito penal, la jurisprudencia [STS de 28 de junio de 2018 (RJ 2018, 3693)] los define «conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados». La finalidad de estos programas en lo relativo a una relación de consumo, utilizando la analogía, consistirá en la prevención de los riesgos derivados del ordenamiento de consumo y, las consiguientes sanciones que pueden imponerse por el incumplimiento, creándose todo un sistema de protección y salvaguarda de los derechos e intereses del consumidor como objetivo primario.

2. ANALOGÍA DEL *COMPLIANCE* PENAL PARA LA IMPLEMENTACIÓN

El *Compliance* penal en España fragua su génesis a partir de la modificación del art. 31 *bis* CP. El citado precepto es traído del ordenamiento italiano (*vid.* art. 6 D. Lgs. 231/2001), país que introducía la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, y superaba el principio *societas delinquere non potest*²⁴, años antes²⁵. Ambos ordenamientos otorgan a las personas jurídicas el beneficio de la exención de una hipotética condena o, en su caso atenuación, si acometen una serie de medidas.

Esencialmente, para que opere la exención penal de aquellos ilícitos realizados por los autorizados en la toma de decisiones o quienes ostenten las facultades de organización y control [a)]²⁶, se requiere:

- i) que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado modelos de organización y gestión conforme a los requisitos establecidos en el apdo. 5º art. 31 *bis* CP²⁷;
- ii) que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado haya sido confiada a un órgano de la persona

jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

- iii) que los autores individuales hayan cometido el delito eludiéndose fraudulentamente los modelos de organización y de prevención; y,
- iv) que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano.

En cambio, para los subordinados y sometidos a los autorizados [b)]²⁸ sólo parece ser necesario para la exención que la persona jurídica haya adoptado y ejecutado eficazmente y, antes de la comisión del delito, un modelo de organización y gestión adecuado para la prevención de los delitos (apdo. 4 art. 31 *bis* CP).

Del elenco de condicionantes, dos van a ser de relevancia: *i*) los denominados modelos de organización y gestión o *Compliance programs*; y, *ii*) el órgano de *Compliance*, encargado de supervisar el funcionamiento y cumplimiento de los anteriores.

La función intrínseca de estos modelos queda patente en la norma penal y en la Circular 1/2016 FGE: establecer una cultura ética corporativa²⁹ y servir como mecanismo de exoneración³⁰. Además, la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo asegura con contundencia la función esencial que desempeñan los modelos de organización y gestión o programas de *Compliance*: servir de exoneración una eventual condena³¹ (VELASCO PERDIGONES, 2022a). Naturalmente, en España no existe el beneficio de exoneración o atenuación de sanciones en materia de consumo por la existencia de un *Compliance program*, pero pueden, como se ha comentado anteriormente, servir para la prevención de la vulneración de los derechos del consumidor y dotarle de garantías en su protección. De forma indirecta, la corporación se estaría beneficiando de eventuales sanciones o consecuencias negativas.

En lo que respecta a la función de *Compliance*, indicar que la Circular 1/2016 FGE concluye que el órgano de supervisión al que se refiere la condición 2ª apdo. 2 art. 31 *bis* CP, se identifica con un órgano interno o externo de cumplimiento, también denominado oficial de cumplimiento normativo o *compliance officer*³².

De forma orientativa, pueden adaptarse algunos de los elementos que exhiben los apdos. 2 y 5 del art. 31 *bis* CP para la creación de una cultura ética corporativa consumerista. No podrán faltar los dos elementos preponderantes de todo sistema de prevención: *i*) los *Compliance programs*, adoptados por el órgano decisor de la corporación que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir la vulneración del ordenamiento de consumo y, *ii*) el órgano de *Compliance* con poderes autónomos de iniciativa y control como sujeto supervisor del funcionamiento y cumplimiento de los anteriores.

En lo referente a los programas, los requisitos establecidos en el apdo. 5 art. 31 *bis* CP para la prevención penal pueden ser adaptados para la prevención del incumplimiento del ordenamiento de consumo. En este sentido, como más adelante se detallará, habrá que: *i*) identificar aquellas actividades en cuyo ámbito puede infringirse el ordenamiento de consumo; *ii*) protocolizar los procesos de formación de la voluntad de la organización en las decisiones que afecten a la materia; *iii*) previsión acerca de la gestión de los recursos adecuados para la prevención del riesgo de incumplimiento; *iv*) el establecimiento de la obligación de informar sobre riesgos e incumplimientos al órgano de *Compliance*; *v*) la exigencia

de un sistema disciplinario que castigue el incumplimiento; y, vi) implementación de sistemas de revisión y mejora del sistema.

3. CONCRECIÓN DEL PROCESO

A) *Acciones previas*

Antes de diseñar y elaborar el programa de *Compliance*, toda la organización debe mostrar un compromiso firme y decidido (*tone at the top*) (LARRIBA HINOJAR y NAVARRO VELENCIA, 2019, p. 1659) de desarrollar e implementar el sistema mediante el establecimiento de los valores fundamentales de la organización, la fijación de los objetivos de *Compliance*, la asunción de responsabilidades y, la asignación de los medios económicos y humanos que se van a destinar (BENÍTEZ RODRÍGUEZ, 2018, pp. 142-143). En este sentido, la corporación deberá efectuar una declaración formal y documentada, conforme a sus normas internas y ordenamiento aplicable, de su firme compromiso y en favor del *Compliance*, así como la decidida involucración de la alta dirección en su desarrollo (ENSEÑAT DE CARLOS, 2016, pp. 37-38).

A través del compromiso activo y el liderazgo se ha de pretender la promoción de una integral cultura organizacional que propicie una relación cooperativa y equilibrada entre consumidores y empresas, definiéndose unos principios o valores básicos a modo de estructura, que sirvan de base sobre la que construir el sistema³³. Sólo mediante la implicación activa del órgano de gobierno y la alta dirección, el modelo, los valores y principios que promueve podrá penetrar de forma eficaz en el conjunto de la corporación (ABIA GONZÁLEZ y DORADO HERRANZ, 2017).

Será imprescindible la formación de una verdadera cultura de buenas prácticas en materia de consumo y el impulso de una política corporativa que garantice los derechos de los consumidores, reduciendo riesgos y conflictos en las relaciones de consumo y, por ende, directa o indirectamente, los perjuicios o sanciones que pudieran irrogarse a la entidad.

Además de lo anterior, se tendrá que designar al órgano independiente, con poderes autónomos de iniciativa y control, que asumirá la función de *Compliance* y que someterá a supervisión el programa de cumplimiento³⁴. A este respecto, se ha de establecer su marco de actuación, dotarse de unos recursos mínimos para poder desempeñar su cometido y garantizar su independencia a través una posición adecuada (BONATTI BONET, 2017, pp. 50-51).

B) *Diseño y elaboración*

a) Identificación y análisis del riesgo de incumplimiento en materia de consumo

La identificación y análisis de los riesgos, para posteriormente gestionarlos, son elementos recurrentes en todas las estructuras de *Compliance*. La identificación consiste en la confección de un listado exhaustivo y completo de los acontecimientos o escenarios que pueden darse dentro de una entidad y que podrían

suponer un impacto económico, reputacional o financiero (VEIGA MAREQUE y FERNÁNDEZ DE AVILÉS, 2019, p. 65) (ENSEÑAT DE CARLOS, 2017, p. 72).

En el plano profesional, a la identificación de los riesgos se le denomina mapa de riesgos y supone la concreción de los supuestos de hecho que pueden poner en peligro el cumplimiento normativo asociado a la organización, en nuestro caso al variopinto acervo normativo de consumo (normas legales y voluntarias). Esta variable dependerá de numerosos factores como la actividad empresarial, los usuarios y consumidores destinatarios de los bienes y servicios, el ámbito geográfico de operación de la entidad, los productos y servicios, los canales de distribución, las normas de conducta, etc.

Posteriormente, una vez determinados los riesgos, hay que analizarlos teniendo en cuenta el grado de probabilidad y de impacto en que pueden materializarse. La probabilidad es el nivel de posibilidades de que el riesgo se materialice y, el impacto, las consecuencias de su materialización (BENÍTEZ RODRÍGUEZ, 2018, p. 152). Además, se deberá tener en cuenta el origen, sus causas, la gravedad de sus consecuencias y la probabilidad de ocurrencia [UNE 19601:2017 (aplicación analógica)]. En las consecuencias se tratará de identificar aquellas sanciones, daños o consecuencias jurídicas negativas relacionadas con las relaciones de consumo.

La identificación y evaluación del riesgo conlleva necesariamente a la implementación de medidas como políticas, procedimientos y controles internos para que puedan ser gestionados eficazmente llegada una evidencia, con objeto de prevenir y corregir los incumplimientos. Estas medidas tienen como propósito mitigar y evitar la consecución de un evento dañoso a raíz de la manifestación de un hipotético incumplimiento del marco de consumo.

A modo de ejemplo, podrían identificarse algunos de los riesgos de incumplimiento del TRLGDCU (norma general aplicable a toda relación de consumo):

- a) Riesgo de vulneración de los derechos básicos (art. 8.1);
- b) Imposición de renunciadas a derechos reconocidos (art. 10);
- c) Riesgo de infracciones y sanciones (art. 47 y ss.);
- d) Riesgos en materia contractual (información previa; imposición de cargos; incumplimientos sobre la oferta, promoción y publicidad; inclusión de cláusulas abusivas; ausencia de transparencia; carencia de entrega de documentación contractual, etc.);
- e) Vulneración del derecho de desistimiento (art. 68 y ss.);
- f) Infracción de las disposiciones relativas a los contratos a distancia y celebrados fuera del establecimiento mercantil (art. 92 y ss.);
- g) Riesgo de incumplimiento sobre las garantías y servicios posventa (art. 114 y ss.); y,
- h) Riesgos derivados de la responsabilidad por falta de conformidad (art. 117 y ss.) y responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos (art. 128 y ss.), entre otros.

C) Diseño e implementación de procedimientos y controles que incluyan medidas para mitigar los riesgos de consumo

Tras la detección, análisis y evaluación de los riesgos, deberá diseñarse e implementarse una serie de medidas que prevengan y mitiguen estos riesgos. Las

medidas podrán consistir en políticas (posicionan a la organización frente a cuestiones determinadas), procedimientos (fijan las formas de proceder) y controles (detectan, previenen y materializan la reacción de la organización frente a incumplimientos) (BENÍTEZ RODRÍGUEZ, 2018, p. 156).

El *Compliance*, a través de la implementación de estas políticas, procedimientos y controles, viene a dotar a la organización de instrumentos eficientes que aseguren el cumplimiento del ordenamiento de consumo. Estos procedimientos y controles tienen como misión favorecer la efectividad de los derechos del consumidor, contribuyendo, además, a una mayor eficiencia y calidad en los productos y servicios ofrecidos por las empresas.

Así, por ejemplo, se puede establecer en las políticas generales o en el Código ético de la corporación, el deber de calidad y aseguramiento en la prevención de daños de los productos y servicios, corrigiendo los fallos que se identifiquen y retirando del mercado aquellos que sean impropios para el consumo (por ejemplo, a través de procesos que aseguren la identificación de defectos) o se pueden desarrollar medios que permitan y garanticen al consumidor hacer un uso efectivo de las garantías legales y contractuales, removiendo los obstáculos que puedan existir para su pleno ejercicio.

a) Políticas, procedimientos y controles adicionales

El empresario, a través de la autorregulación, puede adoptar una serie de normas internas que vengan motivadas por el ordenamiento de consumo o establecer controles internos voluntarios en la organización para el asegurar del cumplimiento y la protección del consumidor.

Las políticas y procedimientos en el *Compliance* de consumo regularán la forma de actuar ante los riesgos identificados, por ejemplo: la prevención de riesgos contra la salud de los productos y servicios; la prevención de la inserción de cláusulas abusivas en el clausulado contractual; prevención de renunciaciones a derechos básicos; prevención del incumplimiento de lo dispuesto sobre garantías y servicios posventa; prevención de la ausencia de información clara y sencilla, entre otras.

Adicionalmente, habrán de implementarse otro tipo de controles que erradiquen o aminoren los riesgos en la corporación. Estamos hablando de los denominados controles organizativos y de procesos. En relación a los primeros, a modo de ejemplo, en los contratos con consumidores se puede incluir la existencia de un sistema de *Compliance* que pretenda velar por el cumplimiento de sus derechos y del ordenamiento de consumo. Respecto a los controles de los procesos, se pueden implementar controles de calidad de la materia prima, con objeto de evitar productos que quebranten la seguridad y salud de los destinatarios finales.

b) Código de ético

El Código ético deberá contener previsiones relativas a los principios y valores de la corporación, el comportamiento y actuación de la entidad respecto al ordenamiento de consumo, así como su relación con los consumidores y usuarios. El

respeto y cumplimiento del Código acabaría con las prácticas que inciden negativamente en los destinatarios finales de los productos y servicios, que destruyen valor, dañan la economía y perjudican a toda la sociedad.

Este instrumento, a parte de su contenido propio, contendrá los valores y principios de comportamiento en materia de consumo (v.gr. conductas, cumplimiento con la legalidad, responsabilidad, respeto y protección de los derechos de los consumidores); pautas de conducta (referentes a la seguridad y salud, privacidad, intimidad, información, frente a prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos, etc.); trato con proveedores en lo que pueda afectar al consumidor, etc.

D) Modelos de gestión de los recursos financieros

Aunque pueda parecer extraño, los modelos de gestión de los recursos financieros en el ámbito de consumo también cobran una especial importancia. La entidad deberá prever sistemas de control y supervisión de su actividad financiera y contable, además de contar con recursos económicos destinados a la función de *Compliance*, con la finalidad de prevenir el incumplimiento del ordenamiento de consumo y evitar el favorecimiento de conductas financieras reprobables. La existencia de estos sistemas de gestión en el ámbito económico-financiero hubiera evitado, en los últimos años, la creación y comercialización de productos tóxicos para los consumidores y usuarios.

La finalidad de este tercer elemento se centra en imposibilitar que los recursos se destinen a actividades que pongan en peligro el estatus jurídico del consumidor e impedir conductas fraudulentas que lo perjudiquen o produzcan un menoscabo a sus derechos e intereses.

E) Información y formación

La organización debe imponer la obligación de informar al órgano de *Compliance* de posibles riesgos e incumplimientos, para así prevenir o corregir los ya detectados.

Las reclamaciones de los consumidores constituirán una importante fuente de información y pueden ayudar a la detección de vulneraciones o fallos de los controles establecidos. Se convierten los canales de denuncias en un instrumento básico por ser una de las fuentes reveladoras de información³⁵. A través de éstos, se podrán poner en conocimiento de la corporación los incumplimientos relacionados con los riesgos de consumo y la política de *Compliance*. Además, servirán para la aclaración de dudas y propuestas de mejora del sistema. Será el medio por el que se ponga en conocimiento de la organización aquellas conductas o acciones cometidas, que puedan suponer una vulneración de las normas legales o derivadas de la autorregulación, adoptadas para proteger los derechos de los consumidores. Un elemental instrumento puesto a disposición de cualquier persona, especialmente a favor de los consumidores y usuarios, que podrán comunicar a la empresa los riesgos e infracciones que inciden en sus reconocidos derechos.

Para poder informar acerca de los riesgos e incumplimientos, será necesario que el informante disponga de unos conocimientos mínimos en materia de *Compliance*, por lo que se debe apostar por la formación, no sólo del capital humano de una organización, sino, además, de todas las esferas de la sociedad. Deberá promoverse por los organismos públicos la sensibilización y formación necesaria para poder hacer valer todo lo que supone el *Compliance*. Y es que, la cultura de *Compliance* debe ser considerada como una cuestión de interés social o general, motivado por su función social, ya que se trata de prevenir conductas ilícitas que repercuten en toda una sociedad (VELASCO PERDIGONES, 2022a, p. 65).

F) Supervisión, vigilancia y evaluación

Un pilar fundamental del *Compliance* lo configura la continua supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado. Esto es, la incesante monitorización o seguimiento del programa de *Compliance*, con el objeto de verificar que se están llevando a cabo las políticas y los controles diseñados para prevenir los riesgos de consumo.

En consecuencia, se deberá programar un monitoreo de los controles y comprobar su efectividad; gestionar e investigar la información recibida de los canales de denuncias; y, corregir y adaptar las medidas preventivas establecidas (ENSEÑAT DE CARLOS, 2016, p. 41). También, deberán instituirse una serie de acciones correctoras para los incumplimientos detectados o para todo aquello que afecte al buen funcionamiento del sistema (BONATTI BONET, 2017, p. 53).

G) Revisión y mejora del sistema

El programa de cumplimiento ha de ser revisado y mejorado continuamente, debiendo adaptarse a las nuevas necesidades y retos de la organización. Se pueden programar revisiones periódicas o que sean reactivas, esto es, responder a un calendario establecido o consecuencia de la manifestación de infracciones, cambios en la organización, en la estructura de control, en el cambiante ordenamiento de consumo o en la actividad desarrollada.

La mejora continua es un objetivo primordial en la organización. Para ello, se deberá recoger, analizar y evaluar la información que servirá de base a la actualización, modificación y, en definitiva, mejora del sistema.

H) Previsión de un régimen disciplinario (complementado con un sistema de mediación)

El modelo deberá prever un sistema disciplinario que sancione el incumplimiento de las medidas que se establezcan. Para ello, se deberá crear un catálogo de infracciones y sanciones que contemple los castigos a establecer cuando la conducta de un sujeto relacionado directamente con la corporación (*v.gr.* emplea-

dos, clientes, administradores, proveedores, etc.) quebrante de lo estipulado en el *Compliance* (GORDILLO AGUILERA, 2018, pp. 311-312).

Obviamente, de la aplicación de este régimen sancionador nacerán importantes focos de conflicto, controversias o desavenencias que habrá que neutralizar y evitar su exteriorización a otros agentes, ya que produciría un daño significativo a la organización (*v.gr.* en el ámbito reputacional). Se pone de relieve cómo la mediación, inserta en los modelos de organización y gestión (y de suyo en la materia de consumo), facilitaría la consecución de los objetivos propuestos por el *Compliance* en general: una sociedad más ética y exigente con nuevos valores, así como el mantenimiento de la paz organizacional (VELASCO PERDIGONES, 15 de septiembre de 2022). De hecho, la doctrina considera que un buen sistema de *Compliance* apostará por la solución amistosa, flexible y amable de estas controversias, favoreciéndose positivamente la citada cultura ética corporativa a través de la implementación en los programas de cumplimiento de un sistema de mediación (VÁZQUEZ DE CASTRO, 2020).

La mediación es un instrumento eficaz para gestionar el conflicto derivado de la aplicación del *Compliance*. La idoneidad de este mecanismo extrajudicial de resolución radica en la orientación a la consecución de pactos sobre las controversias y, al mismo tiempo, a mantener la relación entre los contendientes. A través de esta fórmula, los intervinientes, unidos en muchas ocasiones, por una relación laboral, empresarial, de consumo o incluso familiar, podrán comunicarse entre sí, manifestado sus expectativas y necesidades, acompañados de un tercero, el mediador, que facilita el diálogo entre ellos y que puede hacer ver la importancia y la toma de conciencia del proceso de *Compliance* (VELASCO PERDIGONES, 15 de septiembre de 2022).

V. CONCLUSIONES

I. El estudio demuestra cómo una cultura de *Compliance* consumerista favorece la protección de los derechos del consumidor, evitando o aminorando el riesgo de incumplimiento del variado ordenamiento de consumo. Y es que, queda patente que las empresas pueden quedar expuestas a un amplio abanico de riesgos civiles que pueden traducirse en pérdidas económicas o faltas de reputación.

II. Se ha extraído el objeto del riesgo civil, sobre la base de los incumplimientos que desencadenan en una consecuencia negativa para la corporación. A este respecto, se identifica el incumplimiento de obligaciones voluntarias, legales, contractuales, cuasicontractuales, responsabilidad extracontractual y responsabilidad *ex delicto*. Estos incumplimientos pueden traer consigo numerosas consecuencias jurídicas: penas, ejecuciones forzosas, resarcimiento de daños y perjuicios o la ineficacia de negocios jurídicos. Ambos elementos (obligaciones y consecuencias del incumplimiento) dependerá de las circunstancias de cada organización, su ámbito de actuación, actividad, bienes y servicios, relaciones y marco jurídico aplicable.

III. Se concluye que el *Compliance* consumerista tiene como finalidad la consecución de una cultura ética corporativa que se centra en el cumplimiento y observancia del ordenamiento de consumo, mediante la implementación de una serie de procesos idóneos y eficaces para la prevención del riesgo de vulnerar el

acervo normativo, proteger al consumidor y, evitar cualquier consecuencia negativa para la corporación.

IV. Mediante la analogía de las normas penales y del *Compliance* penal se ha pretendido ofrecer unas notas orientativas sobre la estructura de *Compliance* en materia de consumo. Sin embargo, el sistema propuesto deberá adaptarse a las circunstancias y a la actividad de cada organización, ya que cada una dispondrá de un acervo normativo particular más o menos amplio. No obstante, se ha intentado abordar —con mayor o menor acierto—, para el ámbito objeto de trabajo, los elementos básicos que el programa de cumplimiento ha de contener: identificación y análisis del riesgo; el diseño e implementación de procedimientos y controles; la previsión de modelos de gestión de los recursos financieros; mecanismos de información y formación; supervisión, vigilancia y evaluación; revisión y mejora del sistema; y, la previsión de un régimen disciplinario.

De forma novedosa, se propone que el régimen disciplinario sea complementado con un sistema de mediación que solvete las controversias surgidas de la aplicación del *Compliance*. Este sistema extrajudicial de resolución de conflictos aportaría importantes beneficios a los contendientes, tales como la ausencia de exteriorización del conflicto o, lo más importante, la concienciación y puesta en valor de una cultura ética de *Compliance*.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 29 de febrero de 2016 (RJ 2016, 600)
- STS de 18 de julio de 2018 (RJ 2018, 3591)
- STS de 26 de junio (RJ 2018, 3693)
- STS de 28 de junio de 2018 (RJ 2018, 3693)
- STS de 9 de abril de 2019 (RJ 2019, 1338)
- STS de 3 de julio de 2019 (RJ 2019, 2679)
- STS de 11 de marzo de 2020 (RJ 2020, 2164)
- STS de 3 de marzo de 2021 (RJ 2021, 84459)

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2020). «Gerencia de riesgos jurídicos de cumplimiento». En V. MAGRO SERVET (Coord.), *Compliance Penal. Aplicación en empresas* (pp. 41-160). Madrid: Lefebvre.
- AA.VV. F. BONATTI BONET (Coord.). (2017). *Sistemas de Gestión de Compliance*. Madrid: Lefebvre.
- AA.VV. S. SUBIRANA DE LA CRUZ y FORTUNY CENDRA (Dres.). (2020). *Compliance en el Sector Público*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.
- AA.VV. SANTANA LORENZO, Y y GARCÍA NOVOA, C. (Dres.) (2019). *Practicum Compliance Tributario 2020*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.
- AA.VV., A. DE VIVO (Ed.). (2020). *Il professionista e il d.lgs. 231/2001*. Milano: Wolters Kluwer.
- ABIA GONZÁLEZ, R. y DORADO HERRANZ, G. (2017). *Implantación práctica de*

- un sistema de gestión de cumplimiento-compliance management system*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.
- ARAGÓN ROMÁN, A. (2019). «Guía práctica para la implantación de un sistema de prevención de riesgos jurídicos y administrativos en el sector público local “Local Public Compliance”». *Revista Digital CEMCI*, núm. 42, junio 2019, pp. 1-19.
- ASPRA, A. y MUÑOZ, S. (2017). «Compliance laboral: la importancia de los procedimientos de identificación, análisis y gestión de los riesgos corporativos». *Economist & Jurist*, vol. 25, núm. 203, pp. 40-47.
- BENÍTEZ RODRÍGUEZ, D. (2018). «Estructura para el desarrollo de un sistema para la gestión del cumplimiento», en AA.VV. *Compliance. Guía práctica de planificación preventiva y plan de control de riesgos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.
- C. BERTI (2012). *Responsabilità amministrativa dell'ente e responsabilità civile de-ll'Organismo di Vigilanza*. Padova: CEDAM.
- CAMPOS ACUÑA, C. (2017). *Compliance en la Administración Pública: Dificultades y Presupuestos*. Granada: CEMCI.
- CASADO CASADO, B. (2009). *El derecho sancionador civil. Consideraciones generales y supuestos*. Málaga: Universidad de Málaga.
- DE CUEVILLAS MATOZZI, I. y VELASCO PERDIGONES, J.C. (2022). *Fundamentos de Derecho Civil español*, 6ªed. Madrid: Tecnos.
- DE LEÓN ARCE (2016). «El consumo como realidad social, económica y jurídica», en A. DE LEÓN ARCE (Dir.) y L.M. GARCÍA GARCÍA (Coord.), *Derecho de los consumidores y usuarios. Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*, 3ªed. Valencia. Tirant lo Blanch, pp. 51-125.
- (2016b). «La protección legal de los consumidores y usuarios en España», en A. DE LEÓN ARCE (Dir.) y L.M. GARCÍA GARCÍA (Coord.), *Derecho de los consumidores y usuarios. Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*, 3ªed. Valencia. Tirant lo Blanch, pp. 127-254.
- DE POLI SIQUEIRA, F. y MIQUELETTO, F. (2018). «Compliance consumerista: uma relação de credibilidade entre a entidade corporativa e o consumidor». *Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*. Jul-Dic, pp. 71-87.
- DÍAZ ALABART, S. (2016). «Introducción: La contratación con consumidores», en AA.VV. S. DÍAZ ALABART, *Manual de Derecho de Consumo*. Madrid: Reus, pp. 7-28).
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A (1975). *Sistema de Derecho Civil, vol. I*. Madrid: Tecnos.
- ENSEÑAT DE CARLOS, S. (2016). *Manual del compliance officer*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.
- HERRERA, E. (1998). *Práctica metodológica de la investigación jurídica*. Buenos Aires: ASTREA.
- JUNCEDA MORENO, J. (2018). «Programas de cumplimiento y sector público. Especial mención a las empresas y entes públicos». *Presupuesto y Gasto Público*, 91/2018. Instituto de Estudios Fiscales, pp. 169-178.
- LARRIBA HINOJAR, B. y NAVARRO VELENCIA, J.C. (2019). «Modelos de organización y gestión de cumplimiento normativo y de prevención de delitos:

- De la teoría a la práctica», en AA.VV. J.L. GÓMEZ COLOMER (Dir.) y C.M. MADRID BOQUÍN (Coord.). *Tratado sobre compliance penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1657-1676.
- Libro Blanco sobre la función de Compliance. Disponible en <https://www.asociacioncompliance.com/wp-content/uploads/2017/08/Libro-Blanco-Compliance-ASCOM.pdf>
- MARTÍNEZ SALDAÑA, D. y MORENO LUCENILLA, I. (2018). «La protección del whistleblower y el compliance laboral». *Revista de Información Laboral*, núm. 12, pp. 83-105.
- OLIVENCIA, M. (2005a). *Escritos jurídicos, vol. I*. Sevilla: Fundación El Monte.
- (2005b). *Escritos jurídicos, vol. II*. Sevilla: Fundación El Monte.
- PÉREZ ESCOBAR, J. (2010). *Metodología y técnica de la investigación jurídica*, 3ª ed. Bogotá: TEMIS.
- POLO, E. (1980). *La protección del consumidor en el Derecho privado*. Madrid: Civitas.
- RENZETTI, S. (2017). *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*. Torino: G. Giappichelli editore.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J. (2022). «Compliance laboral: un reto necesario para las empresas del siglo XXI». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 61.
- SANTANA LORENZO, Y. (2019). «La revolución del “compliance” tributario». *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 957.
- SERRANO, Y. (2019). «Certificación de compliance: ahora también tributario. *AENOR: Revista de la Normalización y la Certificación*, núm. 347, pp. 14-19.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2020). *Compliance y contrato de seguro privado*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- VEIGA MAREQUE, J.A. y FERNÁNDEZ DE AVILÉS, G. (2019). *Compliance para PYMES paso a paso*. A Coruña: Colex.
- VELASCO PERDIGONES, J.C. (2022a). *La responsabilidad civil del compliance officer*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.
- (2022b). «Nuevos desafíos contractuales: elementos y naturaleza (de servicios) de las relaciones de “Compliance” y de “data monitoring”». *Actualidad Jurídica Ibeoramericana*, núm. 16, pp. 890-917.
- (15 de septiembre de 2022). *Mediación y Compliance* (conferencia). VII Congreso Internacional para el Estudio de la Mediación y el Conflicto. Universidad de Santiago de Compostela, España.

NOTAS

¹ El presente trabajo ha sido finalista del I Galdardón “Memorial José Manuel Maza” convocado por la Asociación Española de *Compliance* (ASCOM) con objeto de premiar al mejor artículo académico en materia de *Compliance*.

² El objetivo principal del *Compliance* es la implementación de procedimientos que aseguren el cumplimiento normativo interno y externo en sentido amplio (MAGRO SERVET, 2020, p. 52).

³ Hay que tener en cuenta la destacada labor del profesor Olivencia en lo relativo a la ética corporativa, impulsor de la puesta en valor del buen gobierno corporativo y la implementación de protocolos de buena gestión de los administradores en las sociedades mercantiles. Así, se acordaba en Consejo de Ministros (28 de febrero de 1997) la creación de una Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades («Comisión Olivencia»). La pretensión fue impulsar la eficacia, agilidad, responsabilidad y transparencia en la gestión de las entidades. *Vid.* OLIVENCIA (2005a y b).

⁴ Para una mayor profundidad acerca del sector profesional del *Compliance* y sus relaciones jurídico-privadas, *vid.* VELASCO PERDIGONES (2022), pp.58-75.

⁵ *V.gr.* Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre (BOE núm. 41, de 16 de febrero de 2008); Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras (BOE núm. 72, de 24 de marzo de 2004); Circular 1/2014, de 26 de febrero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión (BOE núm. 81, de 31 de abril de 2014); Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, entre otras.

⁶ *V.gr. vid.* MARTÍNEZ SALDAÑA y MORENO LUCENILLA (2018); SÁNCHEZ PÉREZ (2022); ASPRA y MUÑOZ (2017).

⁷ *V.gr. vid.* SERRANO (2019); SANTANA LORENZO (2019); SANTANA LORENZO y GARCÍA NOVOA (2019), entre otros muchos.

⁸ *V.gr. vid.* JUNCEDA MORENO (2018); CAMPOS ACUÑA (2017); ARAGÓN ROMÁN (2019); SUBIRANA DE LA CRUZ y FORTUNY CENDRA (2020), entre otros.

⁹ *Vid.* su definición en el art. 3 TRLGDCU al objeto de determinar su ámbito objetivo.

¹⁰ El art. 4 TRLGDCU define como empresario toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. La cuestión que surge es si al poder ser empresario una persona física, ésta también podría recurrir al *Compliance* para la prevención del riesgo en materia de consumo. La respuesta parece ser afirmativa, pues aunque siempre se ha ligado el cumplimiento normativo a las corporaciones, nada impide su aplicación al empresario o profesional persona física, ya que de lo contrario se estaría ante una situación injusta al obligar indirectamente al sujeto a constituirse en corporación para hacer valer los beneficios que aporta el *Compliance*. No obstante lo anterior, en el trabajo nos referiremos al *Compliance* corporativo, sin perjuicio de su aplicabilidad a las personas físicas comerciantes ex art. 4 TRLGDCU.

¹¹ *Vid.* apdo. sub II.

¹² *Vid.* apdo. sub IV

¹³ *Vid.* apdo. sub V.

¹⁴ Referente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 (FIS-C-2016-00001).

¹⁵ Numerosos estándares u orientaciones en materia de cumplimiento normativo se han dictado por organizaciones de carácter privado como la Asociación Española de Normalización (UNE) o la *International Organization for Standardization (ISO)*: v.gr. ISO 37001:2016 y 3701:2020; UNE 19601:2017.

¹⁶ A este respecto, *vid.* DE LEÓN ARCE (2016, pp. 59-114).

¹⁷ Las normas imperativas (de derecho absoluto, necesario o impositivo) se impone a los interesados de manera que no pueden ser modificadas ni sustraerse a sus consecuencias (DE CUEVILLAS MATOZZI y VELASCO PERDIGONES, 2022, p. 31).

¹⁸ *Vid.* Capítulo III. Protección de la salud y seguridad; Capítulo IV. Derecho a la información, formación y educación; Capítulo V. Protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios (todos ellos incardinados en el Libro I TRLGDCU).

¹⁹ El gobierno corporativo es definido como el sistema en el que las empresas son dirigidas y controladas conforme a unas reglas óptimas de cumplimiento ético y legal (estándares legales, recomendaciones, transparencia, buenas prácticas, en sus relaciones entre el cuerpo directivo, su consejo, sus accionistas y otras partes interesadas (como podrían ser los consumidores). Por otro lado, la responsabilidad social corporativa se identifica con un conjunto de obligaciones, compromisos, legales y éticos, asumidos voluntariamente por los grupos de interés, que se derivan de los impactos que las organizaciones producen en el ámbito social, laboral, medioambiental y de los derechos sociales y humanos (MAGRO SERVET, 2020, pp. 81 y 83)

²⁰ El riesgo de que una corporación sufra sanciones, multas, pérdidas financieras o reputación como resultado del incumplimiento de las normas o códigos de conducta, ENSEÑAT DE CARLOS, S. (2016). *Manual del Compliance Officer*, Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters, 24.

²¹ La *World Compliance Association (WCA)* define el *Compliance* como «conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos». Disponible en: <http://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-Compliance.php> Fecha de consulta: 24/02/2022. Por su parte, el Libro Blanco sobre la función de *Compliance*, que edita la Asociación Española de Compliance (ASCOM), sólo aborda la función o cometidos del *Compliance*, sin definir qué es el *Compliance* en sí mismo considerado: «asume las tareas de prevención, detección y gestión de riesgos de Compliance mediante la operación de uno o varios Programas de Compliance, contribuyendo a promover y desarrollar una cultura de cumplimiento en el seno de la organización». Disponible en <https://www.asociacioncompliance.com/wp-content/uploads/2017/08/Libro-Blanco-Compliance-ASCOM.pdf> Fecha de consulta: 22/08/2022.

²² Algún autor ha definido a la «sanción» como aquella consecuencia perjudicial de contenido negativo para el autor de la conducta, que se impone en relación a ésta, calificada de antijurídica (CASADO CASADO, 2009, p. 28).

²³ Adaptado de la definición de sanción civil que otorga Casado (2009, p. 45).

²⁴ *Vid.* RENZETTI, (2017, pp. 1-16 y 57-59).

²⁵ El art. 6 D. Lgs 231/2001 se dedica a las excepciones de la responsabilidad, es decir, a la enumeración de un elenco de requisitos para evitar la sanción en los supuestos en los que la comisión sea realizada por: i) las personas que desempeñen funciones de representación, admi-

nistración o dirección de la entidad o de sus unidades organizativas; y, *ii*) aquellas personas que ejerzan de hecho, la dirección y control de la entidad u unidades organizativas. Por el contrario, la corporación no responderá si efectivamente acredita lo siguiente:

a) el órgano de administración ha adoptado y aplicado con eficacia (y antes de la comisión delictiva) modelos de organización y dirección adecuados para la prevención;

b) la encomienda de la función de supervisión del funcionamiento y observancia de los anteriores modelos ha sido confiada a un órgano de la entidad con facultades autónomas de iniciativa y control [a este respecto, *vid.* DE VIVO (2020); Berti, (2012, IX-XIV)].

c) las personas que consumaron el delito, lo hicieran eludiendo fraudulentamente los modelos de prevención antes descritos; y,

d) ausencia de omisión o supervisión insuficiente por el órgano supervisor.

El precepto continúa desarrollando los requisitos que han de cumplir los modelos de organización preventivos como uno de los ítems a cumplir para una posible exoneración penal (apdo. 2): *i*) identificar las actividades en las que se pueden cometer delitos (mapa de riesgos); *ii*) provisión de protocolos específicos que determinen el proceso de toma de decisiones de la persona jurídica; *iii*) diseño de métodos para la administración de los recursos financieros; *iv*) establecimiento de obligaciones de información al órgano supervisor de los modelos; y, *v*) implementación de un régimen disciplinario que sancione el incumplimiento de las medidas establecidas. A estas condiciones hay que añadirles otras (*ex art. 6:2 bis y ter*): la configuración de unos canales de denuncia o de información, así como, la dotación de mecanismos de protección al denunciante y la necesaria verificación periódica de los modelos [apdo. a) art. 7.4].

²⁶ *Vid.* letra a) apdo. 1 art. 31 *bis* CP.

²⁷ *Vid.* apdo. 5º art. 31 *bis* CP.

²⁸ *Vid.* letra b) apdo. 1 art. 31 *bis* CP.

²⁹ A diferencia de lo expuesto por la jurisprudencia, señala la Circular 1/2016 FGE, p. 20: «los modelos de organización y gestión o Corporate Compliance Programs no tienen por objeto evitar la sanción o pena de la empresa sino promover una verdadera ética empresarial».

³⁰ *Vid.* SSTS (2ª) de 29 de febrero de 2016 (RJ 2016, 600), de 26 de junio (RJ 2018, 3693) y 18 de julio de 2018 (RJ 2018, 3591), de 9 de abril (RJ 2019, 1338) y 3 de julio de 2019 (RJ 2019, 2679), de 11 de marzo de 2020 (RJ 2020, 2164), de 3 de marzo de 2021 (RJ 2021, 84459).

³¹ Postura reiterada en las SSTS de 9 de abril de 2019 (RJ 2019, 1338); de 3 de julio de 2019 (RJ 2019, 2679); de 11 de marzo de 2020 (RJ 2020, 2164); de 3 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1052), entre otras.

³² Para una mayor profundidad a este respecto, *vid.* VELASCO PERDIGONES (2022 a y b).

³³ Podrían establecerse valores que promuevan el trato justo y equilibrado de los consumidores; la dotación de información clara y precisa sobre los bienes, servicios, ejercicio y efectividad de sus derechos; los mecanismos de satisfacción de las demandas de los consumidores en tiempo y forma; o, el aseguramiento de la conformidad y legitimidad de los productos y servicios, etc.

³⁴ Acerca de su designación, composición e implicaciones jurídicas de este novedoso profesional, *vid.* VELASCO PERDIGONES (2022a).

³⁵ *Vid.* Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (BOE núm. 44, de 21 de febrero de 2023), que traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1937 de 23 de octubre de 2019 (DOUE de 26 de noviembre de 2019)

1.6. Responsabilidad civil

Consentimiento informado, derecho a
la integridad física y psíquica o moral y
responsabilidad civil médica*

*Informed consent, right to physical and mental
or moral integrity and medical liability*

por

EVA R. JORDÁ CAPITÁN
Profesora Titular Derecho Civil
Departamento de Derecho Privado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN: La falta o defectuosa prestación de consentimiento informado en el ámbito sanitario puede dar lugar al surgimiento de responsabilidad civil por infracción de uno de los deberes esenciales de la *lex artis*, que tal y como recoge nuestra jurisprudencia es el conjunto de conocimientos, técnicas y habilidades aplicables, en este caso, a la profesión médica y en particular al tratamiento o intervención de que se trate. La vulneración en este caso lo será del derecho de autodeterminación del paciente que, a su vez, tiene como fundamento otros derechos fundamentales como el derecho a la integridad física y psíquica o moral reconocidos en los textos internacionales y en las Constituciones de los diversos Derechos internos. Del mismo modo, parece encontrar cabida en su fundamento el derecho a la vida privada y familiar, aunque en este último caso de manera indirecta.

ABSTRACT: The lack o deficient provision of informed consent in the health field can give rise to civil liability because it is understood as an infraction of one of the essential duties of the lex artis. This duty is stated in our jurisprudence, is the set of

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2022-141507NB-I00 del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) titulado «Nuevos Retos en la Responsabilidad Médico-Sanitaria», dirigido por M^a Pilar Álvarez Olalla y Lucía Costas Rodal.

knowledge, techniques, and skills applicable, in this case, to the medical profession and in particular to the treatment or intervention in question. The infraction in this case will be of the patient's right to self-determination which, in turn, is directly based on many other fundamental rights such as the right to physical, mental or moral integrity recognized in international texts and Constitutions of de various internal laws. Likewise, the right to private and family life seems to find a place in this base, although in the latter case, perhaps, indirectly.

PALABRAS CLAVE: Consentimiento informado, derechos fundamentales, responsabilidad civil médica, *lex artis*.

KEYWORDS: *Informed consent, fundamental rights, medical liability, lex artis.*

SUMARIO: I. CUESTIONES PREVIAS RESPECTO DE LA RELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.—II. CONTEXTUALIZACIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE INFORMACIÓN CLÍNICA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO. SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA Y EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. 1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y EUROPEOS. 2. EL TRATAMIENTO NORMATIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE, REGULADORA DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA (LRAP). 2.A. *Derecho de autodeterminación del paciente. Derecho a la información y prestación del consentimiento.* 2.B. *Consentimiento informado como elemento esencial de la lex artis y su relación con el derecho a la integridad física y psíquica o moral.* III. CONSENTIMIENTO INFORMADO Y RESPONSABILIDAD CIVIL.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CUESTIONES PREVIAS RESPECTO DE LA RELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Los principios básicos que inspiran el artículo 2 de la Ley 41/2002, Reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante LRAP), son la dignidad de la persona –artículo 10 de la Constitución española–, el respeto a la autonomía de su voluntad, el derecho del paciente a recibir una información adecuada antes de prestar consentimiento previo a las actuaciones sanitarias y el derecho a decidir libremente, una vez recibida esa información. Es esa libertad en la decisión el objetivo mismo del consentimiento informado¹ y esa libertad desaparece tanto si no hay consentimiento como si lo hubiera, pero viciado (ROVIRA, 2006, 46).

Frente al derecho a ser informado se encuentra la obligación, para todo profesional que intervenga en la actividad asistencial, de cumplir con los deberes de información y de documentación clínica y respetar las decisiones adoptadas por el paciente de manera libre y voluntaria. Las consecuencias que pudieran derivar de la falta o de la deficiencia de un consentimiento informado tendrá su origen en la infracción, ya sea total o parcial, del deber de información. Y entre dichas consecuencias nos pudiéramos encontrar con la lesión de los derechos fundamentales a

la integridad física y a la libertad, que como ya declaró la conocida sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, (en adelante, TC) “no son meros derechos subjetivos que sólo vinculen negativamente a los poderes públicos, sino que estos también tienen el mandato constitucional de proteger, coadyuvando a que su disfrute sea real y efectivo”. Será esa omisión total o parcial la que sirva en numerosos supuestos como fundamento para articular la correspondiente reclamación en sede de responsabilidad civil. Alegan los demandantes, según los casos, omisión del deber de información para recabar el consentimiento y/o la falta debido a su vaguedad o generalidad (así, la sentencia 6349/2023, de 15 de diciembre, del Tribunal Superior de Justicia –en adelante, TSJ– de la Comunidad Valenciana).

El deber de informar que recae sobre el facultativo y el resto de los responsables en el proceso de asistencia sanitaria es uno de los elementos esenciales u obligaciones que conforman la *lex artis*, de manera que su incumplimiento dará lugar a responsabilidad por negligencia y el elemento objeto de análisis en estos casos será el haber privado al paciente de la posibilidad de elección respecto de una intervención quirúrgica o tratamiento sobre su propio cuerpo. Esta circunstancia lleva a la afectación de un derecho fundamental reconocido constitucionalmente que no es otro que las facultades de autodeterminación que, a su vez, forman parte del contenido del derecho fundamental a la integridad personal en el artículo 15 de la Constitución Española (en adelante, CE). Estas consideraciones se encuentran detrás de conocidos pronunciamientos judiciales como el de la anteriormente citada sentencia del TC y de otros igualmente conocidos y relevantes en la materia como la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) de 8 de marzo de 2022, *caso Reyes Jiménez c. España*.

Como telón de fondo tenemos toda una importante evolución social y correlativamente jurídica que, a buen seguro, no ha de detenerse aquí. Una evolución que acaba conectando la falta de información al paciente y la prestación de consentimiento informado sobre la intervención o tratamiento que va a recibir con la vulneración de derechos fundamentales. Admitiendo incluso que, aunque no haya habido negligencia en la realización de una determinada intervención quirúrgica, sin embargo, sí la hubo al omitir el deber de información o haber suministrado una información defectuosa, vaga, imprecisa, que, en definitiva, no le hubiera permitido al paciente ejercer de manera adecuada su derecho a decidir, con conocimiento de los riesgos a los que se exponía, con libertad, provocando, a la postre, una lesión de tal derecho.

Una evolución que, a día de hoy, hay que conectar igualmente con la *sostenibilidad* del sistema sanitario, siendo uno de sus pilares la información entre el facultativo y el paciente y el derecho de autonomía del paciente. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS), adoptados en el seno de la Organización de Naciones Unidas (ONU) están presentes en los diferentes sectores sociales y ordenamientos jurídicos de muy diversas formas. Es cierto que el ODS n.º 3, *Salud y Bienestar*, no se refiere de modo expreso al consentimiento informado o al derecho de autodeterminación o de autonomía del paciente. Pero también lo es que no son pocos los derechos o las cuestiones que de modo específico comparten esta circunstancia. Dejando ahora a un lado argumentos que servirían para defender el poco acierto de tales exclusiones, hay que admitir que con las tareas hermenéu-

ticas precisas vamos a poder entender incluidos, de un modo u otro, muchos de los supuestos no mencionados de forma expresa ya sea en un ODS en particular o en la finalidad compartida por todos ellos. El ODS n.º.3, cuyo núcleo es el derecho fundamental a la salud, pone el foco en el acceso a una sanidad universal y la atención a los grupos de población vulnerables. Pero comienza declarando que las personas sanas son la base de economías sanas; a lo que podría añadirse de sociedades sanas, también, donde se garanticen en el ámbito de la sanidad el ejercicio y la defensa de los derechos fundamentales. Y resalta la ONU cómo una forma de ayudar, desde el plano individual, en la consecución del objetivo es tomando decisiones informadas, creando además conciencia, entre otros aspectos, respecto del derecho de las personas a unos servicios de atención médica de calidad, donde habría que entender incluido el respeto y la defensa del ejercicio del derecho de autonomía del paciente en su más amplio sentido. El fortalecimiento de los derechos del paciente desde su defensa y protección adecuadas será una de las piezas clave para la conformación y consolidación de un sistema sanitario acorde al ODS n.º. 3.

Vamos a comenzar exponiendo el contexto normativo que relaciona, el derecho fundamental a la integridad física y psíquica y el derecho a la vida privada y familiar con el consentimiento informado, respecto del cual determinadas opiniones reclamaron ya una protección *“como si fuera un derecho fundamental”* (ROVIRA, 2006, 28). Desde esta perspectiva nos acercaremos al modo en que surge y las consecuencias jurídicas de la responsabilidad originada, como respuesta del ordenamiento jurídico, en aquellos supuestos en los que no se haya cumplido por parte del facultativo con el deber de informar, lo que lleva a una ausencia de consentimiento informado o a un consentimiento informado defectuoso que lo mismo nos sitúa ante un caso de lesión o infracción de un derecho conectado con la dignidad de la persona.

II. CONTEXTUALIZACIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE INFORMACIÓN CLÍNICA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO. SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA Y EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y EUROPEOS

Desde el punto de vista internacional son diversos los instrumentos jurídicos que recogen el consentimiento informado como un principio bioético fundamental². Comenzamos por referirnos al Convenio de Oviedo –Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina–³ cuya finalidad es proteger “al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina”. Para ello cada Estado Parte deberá adoptar en el marco de su legislación interna las medidas que resulten ser necesarias para dar cumplimiento a los acuerdos adoptados en este Convenio (art.1). Su pilar fundamental es el interés y el bienestar del ser humano, por encima del interés de la sociedad y de la ciencia (art.2) y su fundamento descansa

sobre el derecho a la información del paciente, el consentimiento informado y lo relativo a la intimidad de la información.

El Capítulo II del Convenio de Oviedo (arts. 5 a 9) se dedica expresamente al *Consentimiento*. Declara que “Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento” (art.5). Y en aquellos casos en los que debido a una situación de urgencia “no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico en favor de la salud de la persona afectada” (art.8).

En el Capítulo VIII (arts. 23 a 25) se recogen las medidas aplicables ante posibles contravenciones de lo dispuesto en el Convenio. Así, dispone, por un lado, que “Las Partes garantizarán una protección jurisdiccional adecuada con el fin de impedir o hacer cesar en breve plazo cualquier contravención ilícita de los derechos y principios reconocidos en el presente Convenio (art.23). Y que aquella persona que hubiera “sufrido un daño injustificado como resultado de una intervención tendrá derecho a una reparación equitativa en las condiciones y modalidades previstas por la ley” (art.24). Debiendo igualmente las Partes, además, establecer el correspondiente sistema de sanciones apropiadas para los casos de incumplimiento del presente Convenio (art.25).

El Convenio de Oviedo sirvió entre otras cosas, y así lo puso de manifiesto nuestra doctrina (RUBIO TORRANO, 2012, 1), para que nuestro legislador se planteara, finalmente, la revisión de las normas existentes en nuestro ordenamiento jurídico reguladoras de la relación médico-paciente y los derechos de estos últimos y llevar a cabo la necesaria adaptación a los fundamentos y principios rectores del Convenio.

Como se ha indicado, desde el punto de vista internacional el consentimiento informado ha alcanzado la categoría de bio-derecho para cuya defensa se ha ido tejiendo toda una estructura normativa sobre la base de una importante labor judicial, tanto nacional como supranacional. La gran mayoría de los textos internacionales que se ocupan de proclamar y regular, según los casos, los principios jurídico-éticos aplicables a la biomedicina recogen el consentimiento informado. La eventual responsabilidad que pudiera derivarse de la falta de consentimiento informado o de un consentimiento informado defectuoso hay que contemplarla en un amplio contexto; un contexto relacionado con el respeto y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocido internacionalmente. La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO⁴ comienza declarando que uno de sus objetivos es proporcionar un marco universal de principios y procedimientos que sirvan de guía a los Estados en la formulación de legislaciones, políticas u otros instrumentos en el ámbito de la bioética y en relación con ello, entre otros, promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos (art.2). Y en particular, respecto al consentimiento informado dispone que habrá de respetarse la autonomía de

la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. En el caso de las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se deberán tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses (art.5). Así, “Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno” (art.6.1).

Y en esa misma línea la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006⁵, dedica el artículo 25 a la *Salud*. A su tenor, los Estados Parte deberán exigir “a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado”.

La conexión del consentimiento informado con los derechos humanos ha sido puesta de relieve igualmente por la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS)⁶. Nos recuerda que todos los Estados miembros de la OMS han ratificado al menos un Tratado internacional de derechos humanos que incluye el derecho al más alto nivel posible de salud y, como es lógico, con la ratificación de estos Tratados se adquiere una obligación legal de cumplir con la protección y defensa de los derechos en ellos reconocidos. Para ello es necesario que los países implicados adopten un enfoque de salud basado en los derechos humanos. Dentro de los componentes básicos del derecho a la salud la OMS incluye, por lo que aquí interesa y entre otros, el principio de aceptabilidad y el principio de calidad. El principio de aceptabilidad alude, y nos detenemos únicamente en aquello que concierne a las líneas que ocupan este trabajo, a la necesidad de que “los establecimientos, los bienes, los servicios y los programas de salud se centren en la persona y den respuesta a las necesidades concretas de diversos grupos de población, de conformidad con las normas internacionales de ética médica relativas a la confidencialidad y el consentimiento informado”. Mientras que, por su parte, el principio de calidad, como pieza esencial para una cobertura sanitaria universal se refiere, entre otros aspectos, a la necesidad de implementar unos servicios de salud seguros con los que se trate de evitar lesiones a sus destinatarios.

Desde el punto de vista del Derecho regional la Carta Europea de los Derechos Fundamentales⁷ declara en su Preámbulo que su finalidad es reafirmar “los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Y en su Capítulo I, bajo la rúbrica *Dignidad*, recoge en el artículo 3 el derecho a la *integridad de la persona* declarando que:

“1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2. En el marco de la medicina y la biología se debe respetar en particular:

- el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley,
- la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas,
- la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro,
- la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos”.

Por lo que respecta precisamente al Convenio Europeo de los Derechos Humanos (en adelante CEDH) dispone este texto en su artículo 8, *Derecho al respeto a la vida privada y familiar* que:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

La relación entre consentimiento informado y determinados derechos fundamentales es una cuestión de la que se tratará en otro lugar de este estudio. Sin embargo, conviene detenerse aquí en un conocido pronunciamiento judicial a los efectos de entender la referencia en este momento al CEDH. Vaya por delante que, como se podrá imaginar, la conexión con el derecho a la vida familiar viene dada por la ausencia en el elenco de derechos reconocidos en el Convenio de un derecho que de modo específico se refiera a la cuestión que nos ocupa. Y no es la primera vez que esto ocurre en el seno del CEDH, ya que, respecto a otros derechos, como es el caso del derecho a un medio ambiente adecuado y debido a su falta de reconocimiento específico, ha sido necesario, para proteger el interés en cuestión, acudir a una protección indirecta a través de este mismo derecho recogido en el artículo 8^o. A través de este *derecho a la vida privada y familiar* se viene dispensando una protección «indirecta» de todos aquellos intereses/derechos que no gozan de un reconocimiento concreto en el CEDH, aunque sí puedan estar regulados en los respectivos Derechos internos.

Como decía vamos a detenernos aquí en un pronunciamiento judicial del TEDH que afecta directamente a España; se trata del caso *Reyes Jiménez c. España*, sentencia 57020/18, de 8 de marzo de 2022. El asunto se refiere al grave deterioro físico y neurológico del demandante, menor de edad en el momento de los hechos, que se encuentra en un estado de total dependencia e incapacidad tras ser sometido a tres intervenciones quirúrgicas a causa de un tumor cerebral. Para la primera intervención, realizada el 20 de enero de 2009, se informó a los progenitores y se recabó por escrito consentimiento informado. Para la segunda intervención quirúrgica, llevada a cabo el 24 de febrero de 2009 los padres prestaron consentimiento verbal; además como consecuencia de las complicaciones acaecidas en esta segunda tuvo que realizarse el mismo día una tercera interven-

ción, para la que, esta vez sí, prestaron consentimiento por escrito. Las fechas son importantes por lo que luego se verá.

Ante el Tribunal, el demandante, representado por su padre, denunció la falta de consentimiento informado prestado por escrito para una de las intervenciones, concretamente la segunda de ellas. La cuestión planteada se refiere a si el consentimiento informado prestado por escrito por los padres para la primera intervención puede extenderse a la segunda, donde el demandado sostiene que se prestó verbalmente siendo suficiente en la medida en que era consecuencia de la primera. Los padres del entonces menor acuden a las vías judiciales contencioso-administrativa y constitucional respectivamente sin obtener resolución favorable a su petición. Así, el TSJ de Murcia consideró, respecto a la alegada falta de consentimiento informado para la segunda intervención que “Para la primera intervención consta el consentimiento por escrito de los padres. En cuanto a la segunda no es sino una reintervención como se ha dicho, necesaria y la única posibilidad para el caso; el médico informo de los beneficios y riesgos (que eran los mismos que los de la primera operación) verbalmente. En este punto se lee en el expediente “familia informada” (folio 207). El médico informó que, “dado que el niño continuaba ingresado desde la primera operación y que las visitas y la información por nuestra parte eran diarias, nos pareció suficiente proporcionar información y obtención del consentimiento sólo de forma verbal”. Por todo lo cual se consideró que “aunque no hubiese documento formal, la familia estaba informada, siendo iguales los riesgos que para la primera, y siendo además una intervención necesaria, al ser la única posibilidad en el presente caso”, de manera que “consideramos que no se acredita en este caso mala praxis en la actuación de los facultativos intervinientes, por lo que no se dan las circunstancias que permitan estimar el recurso, que por tanto se desestima”. Y lo mismo ocurre ante el Tribunal Supremo (en adelante, TS) que declaró no haber lugar al recurso, entre otras cuestiones, alegando que examinadas “las anotaciones en la historia clínica del demandante y el hecho de que la relación entre el médico y los padres fue continua”, entendió que la existencia de un consentimiento efectivamente prestado había sido valorada de forma correcta, añadiendo, además que la segunda operación fue consecuencia necesaria de la primera y que el consentimiento verbal es válido siempre que aparezca acreditado, como consideró que había ocurrido en este caso. Tampoco ante el TC la cosa fue diferente porque siguiendo la estela de los pronunciamientos anteriores inadmitió el recurso de amparo interpuesto por los padres alegando “falta de relevancia constitucional”.

Señala el TEDH⁹ en esta sentencia, recordando su jurisprudencia, que “si bien la finalidad del artículo 8 es esencialmente proteger al individuo contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas en su vida privada, no solo exige que el Estado se abstenga de realizar injerencias similares: a este compromiso negativo pueden añadirse obligaciones positivas en el marco del respeto efectivo de la vida privada. Dichas obligaciones pueden conllevar la adopción de medidas destinadas a respetar la vida privada incluso en las relaciones entre particulares. Además, el concepto de «privacidad» es amplio y no se presta a una definición exhaustiva. Engloba asimismo la integridad física y psicológica de una persona, cuyo cuerpo representa un aspecto íntimo de la vida privada”. Y sigue aclarando en relación al derecho a la salud que, aunque no se encuentra incluido como uno de los derechos

garantizados por el Convenio y sus Protocolos, sin embargo, las Partes tienen una obligación positiva derivada del propio artículo 8. Así, en el marco de las alegaciones en materia de negligencia médica esas obligaciones positivas consisten en el establecimiento de “un marco jurídico eficaz que obligue a los establecimientos hospitalarios, ya sean públicos o privados, a adoptar medidas adecuadas para proteger la vida de los pacientes”. Ahora bien, también precisa, respecto al derecho a la vida reconocido en el artículo 2 del CEDH que el mero hecho de que el marco jurídico pueda ser deficiente en algunos aspectos no es suficiente en sí mismo para plantear una cuestión en virtud del artículo 2 ya que es necesario demostrar que el paciente se ha visto perjudicado por dicha deficiencia. El TEDH viene declarando desde hace más de veinte años que la falta de consentimiento del paciente supone una violación de la integridad física del paciente “que podría poner en tela de juicio los derechos protegidos por el artículo 8.1” y que “las personas expuestas a un riesgo para su salud deben poder acceder a aquella información que les permita evaluar dicho riesgo”¹⁰.

Esa obligación asumida por los Estados Parte implica que deben adoptar todas aquellas medidas que resulten necesarias, tanto en la teoría como en la práctica, para que el facultativo exponga las previsibles consecuencias derivadas de una determinada intervención o tratamiento, informen de ellas a sus pacientes y que de esta forma puedan estos prestar un consentimiento informado. Y en esta línea de consideraciones si uno de tales riesgos, previsibles, se materializa sin que el paciente haya sido informado previamente por el médico “el Estado Parte implicado puede ser directamente responsable de dicha omisión de información con arreglo al artículo 8 (*Trocellier c. Francia* (déc.), n.º 75725/01, § 4, TEDH 2006-XIV, *Csoma c. Rumanía*, n.º 8759/05, § 42, de 15 de enero de 2013)”.

En el caso español las medidas y los procedimientos jurídicos existen, en la teoría y en la práctica. Sin embargo, en este caso y a juicio del TEDH lo que falló fue la valoración de determinados elementos probatorios por parte de los Tribunales cuyos argumentos no fueron en la línea de los requisitos exigidos por la normativa vigente o, en fin, para la finalidad para la que fueron promulgadas. Así, considera el TEDH que es cierto que las dos primeras intervenciones tenían el mismo objetivo, pero la segunda se produce en fecha posterior a la primera y hay en el tiempo una planificación de la misma. No argumentan los Tribunales, ni el Superior de Justicia ni el Supremo, por qué no se trataba de una operación distinta que habría exigido recabar un nuevo consentimiento por escrito en la forma prevista por la propia legislación española, como en seguida se verá. Además, la tercera de las intervenciones fue necesaria por motivos de urgencia, debido a las complicaciones surgidas en la segunda intervención. Incluso en estas circunstancias, se obtuvo por escrito el consentimiento de los padres, lo que en opinión del TEDH no viene sino a contrastar con la ausencia de consentimiento escrito respecto a la segunda. Considera que las cuestiones que los padres plantearon en sus reclamaciones eran importantes en materia de consentimiento informado en relación con lo que, de modo expreso, reconoce la propia normativa española y que, sin embargo, no fueron atendidas por los Tribunales españoles adecuadamente lo que le lleva a afirmar que el fallo tuvo lugar en los procedimientos internos españoles a la hora de garantizar el derecho de

autodeterminación del paciente lo que en el contexto del artículo 8 del CEDH supone una injerencia en la vida privada del demandante.

Dada esa falta de mención expresa en el CEDH han sido determinados desarrollos legislativos o pronunciamientos judiciales como los citados los que, respectivamente, han venido a completarlo (hay que decir que al igual que ha ocurrido en otros tantos supuestos, por ejemplo, respecto de lo que hubiera de entenderse por inviolabilidad del domicilio en el caso *López Ostra c. España* en 1994; *Moreno Gómez c. España* en 2004). De esta forma, se ha dicho, la jurisprudencia del TEDH ha contribuido de manera importante a que pueda hablarse del consentimiento informado como un “bio-derecho internacionalmente protegido” (NEGRI, 2014, 97).

2. EL TRATAMIENTO NORMATIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE, REGULADORA DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA (LRAP)

2.A. *Derecho de autodeterminación del paciente. Derecho a la información y prestación del consentimiento*

En nuestro país, como es bien sabido, la Constitución Española recoge en su Título I, *De los derechos y deberes fundamentales*, el derecho a la vida y la integridad física y moral en el artículo 15.

Se han calificado estos derechos como derechos fundamentales básicos puesto que se contemplan como los derechos primarios sin cuyo reconocimiento el resto de los derechos no tendrían sentido¹¹. Es cierto que este precepto no se refiere de modo concreto al consentimiento informado como derecho de las personas y que el tratamiento de estos derechos en sede de TC se circunscribe en la mayoría de los supuestos al ámbito penal, pero producto de la evolución a la que antes se ha aludido, también se ha pronunciado, como en detalle veremos más adelante, sobre el concepto de integridad física y psíquica en relación con el derecho de los pacientes a ser informados y el consentimiento para el sometimiento a determinadas intervenciones o tratamientos sanitarios.

El TS ha manifestado en su sentencia 828/2021, de 30 de noviembre, que “durante muchos años el ejercicio de la medicina respondió a una concepción paternalista, conforme a la cual, era el médico quien, por su experiencia, conocimientos y su condición de tercero ajeno a la enfermedad, tomaba las decisiones que, según su criterio profesional, más le convenían al estado de salud y al grado de evolución de la enfermedad de sus pacientes, con la unilateral instauración de tratamientos e indicación de intervenciones quirúrgicas”. Pero precisamente en atención a la evolución internacional anteriormente apuntada, a la que, lógicamente, no ha podido sustraerse el legislador español, se ha consagrado desde el punto de vista normativo el principio de autonomía del paciente que, siguiendo con este último pronunciamiento judicial citado, es “concebido como el derecho que le corresponde para determinar los tratamientos en los que se encuentran comprometidos su vida e integridad física, que constituyen decisiones personales que exclusivamente le pertenecen”. Esta concepción ha traído consigo un cambio

en las relaciones médico-paciente limitándose ahora el médico y en virtud del citado derecho a “informar del diagnóstico y pronóstico de las enfermedades, de las distintas alternativas al tratamiento que brinda la ciencia médica, de los riesgos que su práctica encierra, de las consecuencias de no someterse a las indicaciones pautadas, ayudándole, en definitiva, a tomar una decisión, pero sin que ninguna injerencia quepa en la integridad física de cualquier persona sin su consentimiento expreso e informado, salvo situaciones límites de estado de necesidad terapéutico, en las que no es posible obtener un consentimiento de tal clase”.

Respecto al derecho/deber de información del paciente¹² y el consentimiento otorgado con base en esa previa información recibida, y llamado por ello consentimiento informado, se han planteado no pocas cuestiones más o menos controvertidas¹³. Las anteriores declaraciones del TS hay que situarlas, en ese contexto evolutivo y desde el punto de vista normativo en el marco de la autonomía del paciente, derecho reconocido por el legislador y uno de los principios básicos de la LRAP. Su artículo 2.1 manifiesta que, “la dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica”. Y por su parte, el mismo artículo 2 en su párrafo 2º dispone que “Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley” y el apartado 3º declara que una vez informado, el paciente tiene derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles. La relación entre los tres es evidente sin que pueda afirmarse, desde mi punto de vista, que exista suerte alguna de relación jerarquizada ya que desde un mismo plano de igualdad el consentimiento finalmente prestado de manera libre y consciente, en principio del alcance de aquello sobre lo que consiente, es manifestación de aquella autonomía reconocida legalmente, pero esa consciencia solo podrá ser tal si la información ha sido la adecuada.

Entronca este derecho, conocido también como el derecho de autodeterminación del paciente, y sería, como digo, una de sus manifestaciones, con el derecho a decidir sobre el propio cuerpo que serviría para justificar “no sólo el derecho a ser informado como presupuesto previo al consentimiento, sino también que, por su conexión con la libertad (ya que sólo quien conoce todos los aspectos de su enfermedad puede consentir libremente y mientras la enfermedad persista), justifica que el derecho a ser informado persista a lo largo de toda la relación entre el paciente y el profesional sanitario, y no se agote en el momento de consentir previo al tratamiento o intervención¹⁴. Convenientemente ejercitado, argumenta también el TS en su jurisprudencia, va a permitir al paciente decidir someterse o no a aquellos tratamientos que afecten a su salud o a su vida, porque sólo a él le pertenece la actuación decisoria “y como tal no es quien le informa sino él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses” (STS 101/2011, de 4 de marzo).

En un supuesto en el que, precisamente, se trataba de analizar si una determinada intervención quirúrgica sin informar previamente al paciente sobre sus posibles riesgos y consecuencias podría haber ocasionado lesión en su integridad física y moral al amparo del artículo 15 de la Constitución Española declaró el Tri-

bunal Constitucional –en la misma línea que el TS– que esa facultad para decidir, esa facultad de autodeterminación lo que hace es legitimar al paciente para en uso de su autonomía de la voluntad, elegir entre las diversas posibilidades existentes y rechazar las que considere. Evidentemente para ello debe habersele informado de la existencia de los riesgos y el eventual elenco de, pongamos por caso, tratamientos o prácticas posibles. Expresamente señala el Tribunal Constitucional que esa facultad de poder elegir, ese, en definitiva, derecho a su autonomía constituye la “manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo”¹⁵. La efectividad del derecho a la autonomía del paciente depende directamente de la existencia de una información previamente facilitada, considerándose el consentimiento informado todo un procedimiento o mecanismo de garantía no sólo del citado derecho sino de otros tantos reconocidos constitucionalmente con el rango de fundamental como puedan ser el derecho a la integridad física y moral. Por ello, concluye el tribunal que, entre otras cosas, su vulneración o la omisión o defectuosa información previa y, por ende, de un verdadero consentimiento informado, derive en la lesión del propio derecho fundamental.

Veamos su tratamiento en la LRAP. El artículo 4, bajo la rúbrica *Derecho a la información asistencial*, es el punto de partida. A su tenor, y en la línea de las declaraciones contenidas a este respecto en el Convenio de Oviedo:

- “1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.
2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.
3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”.

El titular del derecho es el propio paciente y obligado a informar lo estará tanto el médico responsable como aquellos profesionales que asistan o apliquen una técnica de tratamiento al paciente durante el transcurso del proceso¹⁶. En la práctica y dependiendo del tipo de tratamiento puede ser habitual la intervención de más de un profesional por lo que, es lógico pensar, que sobre todos ellos recae el cumplimiento del deber de informar al paciente y así lo ha entendido el legislador estatal cuando tras definir en el artículo 3 al médico responsable como el profesional sobre el que recae el deber de informar, añade que todo ello sin perjuicio de esas mismas obligaciones a cargo de otros profesionales que puedan estar participando en las actuaciones asistenciales (DOMÍNGUEZ LUELMO, 2007, 210-211).

Si pensamos en el supuesto de un equipo médico a cargo de la intervención o tratamiento a aplicar, habrá un médico responsable de dicho equipo y en su nombre cualquiera de ellos podrá dar traslado de la información al paciente de manera verbal y a través de los formularios correspondientes firmados sobre la base de la información recibida previamente (en relación a la intervención quirúrgica a practicar por el equipo, por ejemplo). Por su parte, en el marco de dicho proceso será necesario realizar otro tipo de pruebas (examen preoperatorio, pongamos por caso) y serán los profesionales que las realizarán quienes deban informar de las mismas al objeto de recabar el correspondiente consentimiento informado.

El artículo 4 LRAP hay que ponerlo en relación con lo dispuesto en el artículo 8, *Consentimiento informado*, según el cual, el paciente, una vez recibida la información para toda actuación en el ámbito de su salud, debe prestar su consentimiento de manera libre y voluntaria¹⁷. Si bien dicho consentimiento, que podrá ser revocado en cualquier momento (art.8.5), “por regla general” será prestado verbalmente, como excepción deberá prestarse por escrito en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, en la aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente (art.8.1 y 2). Además, ese consentimiento por escrito “será necesario para cada una” de las actuaciones antes mencionadas, aunque se deja “a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general” (art.8.3).

Por su parte el artículo 9.2, se refiere, entre otras cuestiones, a los límites del consentimiento informado y en el mismo se recogen una serie de supuestos o situaciones para los que no será necesario contar con el consentimiento del paciente:

- “a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.
- b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”

A la pregunta relativa a sobre qué debe informar el médico al paciente en el momento de recabar su consentimiento por escrito respecto de las intervenciones o actuaciones anteriormente mencionadas, responde el artículo 10 de la citada Ley. A saber, deberá ser informado de:

- “a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad;
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente;
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; y
- d) Las contraindicaciones. Debiendo ponderar el propio facultativo que cuanto más dudoso pudiera presentarse el resultado de una eventual in-

tervención “más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”.

Hay que recordar que con anterioridad al marco normativo vigente, ya la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad se refería a esta cuestión en el artículo 10 en los hoy ya derogados párrafos 5 y 6 respectivamente en los siguientes términos: “Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento. 6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública. b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas. c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”.

En el seno de nuestra doctrina se ha dicho que existen tres niveles de estándar en materia de información. “El estándar de la comunidad médica o del médico razonable, en virtud del cual el médico ha de informar de aquellos riesgos de los que un médico razonable advertiría al paciente; el estándar de la persona o paciente razonable, conforme al cual el médico ha de informar al paciente de los riesgos que una persona razonable reputaría relevantes para decidir si consiente o rechaza la realización del acto médico, y, por último, el estándar subjetivo, según el cual el médico ha de informar de los riesgos que el paciente concreto estima materiales para la prestación del consentimiento informado”. Pero si bien ni el legislador ni la jurisprudencia parecen adscribirse por completo a ninguno de ellos, a juicio de algunas opiniones sí es posible afirmar que de la jurisprudencia se deduce la aceptación del estándar del médico razonable. La razón –siguiendo esta opinión– estaría en la consideración de que “nuestros tribunales hacen girar la información sobre riesgos en torno a la dicotomía (carente de apoyatura en nuestra legislación) «riesgos típicos-riesgos atípicos», siendo en la práctica la comunidad médica la que en cada caso decide si un riesgo resulta (o no) típico del procedimiento propuesto y, en consecuencia, debe (o no) ser informado al paciente”. Cuando el Tribunal debe analizar la información que haya podido facilitar el facultativo al paciente, lo que va a tener en cuenta son informes periciales emitidos por expertos facultativos, con lo que son los médicos los que van a delimitar finalmente los riesgos que consideran deben trasladar al paciente a través de la información (CADENAS OSUNA, 2018, 172-173) ¹⁸. Realmente y como así lo manifiesta otra línea de pensamiento, “La decisión sobre un tratamiento o actuación médica es una cuestión que compete decidir exclusivamente al paciente y a la que el médico debe contribuir a despejar mediante información y formación. Lo que se comparte es la información, pero no la decisión. No se trata de decidir con el paciente o por el paciente, se trata de que éste pueda realmente optar libremente, elegir a partir de la correspondiente información, con conocimiento y formación, superando definitivamente la creencia en la superioridad del juicio técnico, científico del profesional, que hunde sus raíces en aquella idea tradicional de la ciencia como verdad inalcanzable para la mayoría”. A juicio de esta opinión la concepción del

consentimiento informado como instituto constitucionalmente relevante, como garantía de los derechos fundamentales de los pacientes, no es una forma mayoritaria de entenderlo ya que sigue existiendo “el principio de beneficencia y de la idea de bien o de «pureza» como motor de las acciones médicas”; según esa idea o creencia la actuación médica está dirigida “a hacer profesionalmente el *bien*” considerándose que eso ya constituye *garantía* suficiente. Y considera que todavía sigue sin aceptarse que, en una actividad científica, profesional, como esta los derechos fundamentales del paciente se acaben por imponer al criterio profesional (ROVIRA, 2006, 25 y 34). Y, sin embargo, la *ratio decidendi* del TS y del TC en sus pronunciamientos, como puede comprobarse, insisten en lo contrario lo que, como mínimo, sirve para poner de relieve la importante evolución experimentada. Una evolución que sí está otorgando carta de naturaleza al consentimiento informado como una auténtica garantía de otros derechos fundamentales.

En sentencias como la del TS 454/2017, de 15 de febrero, se desestimó el recurso de casación planteado por entender que la información relativa a la posibilidad de que las prótesis mamarias implantadas en las pacientes pudieran «ser fraudulentas» y los riesgos derivados de esta circunstancia no forma parte de la información que el facultativo debe ofrecer. No se sostiene, afirma el tribunal, que “la información debería haber incorporado como riesgo el hecho de que las prótesis podían ser fraudulentas, como finalmente resultaron, y que ello suponga un mayor índice de roturas de las prótesis de lo que es normal. Si existiera la absoluta certeza de que las prótesis implantadas habían sido fabricadas de forma fraudulenta o eran en sí mismas defectuosas, el problema excedería posiblemente del ámbito en que se plantea la reclamación. Nada de eso forma parte de la información que debe ofrecer un médico sobre los riesgos previsibles ni típicos que están obligados a informar cuando además no podía proporcionarse al tratarse de un dato conocido con posterioridad. Hubo, en definitiva, suficiente información médica sobre la incidencia que dichas prótesis podían producir riesgo en la salud de las pacientes y sobre ello se actuó contractualmente, y una cosa es que pudieran romperse y otra que fueran fraudulentas en origen ignorándolo. El enjuiciamiento de los hechos se realiza no desde la consideración de un producto defectuoso sino desde el contrato de arrendamiento cuya resolución o nulidad se ha interesado en la demanda”.

Esta obligación de informar que incumbe a los profesionales, que además de la pura finalidad de poner en conocimiento del paciente o de sus familiares a lo que va a someterse y su alcance, tiene la fundamental de recabar su consentimiento y es considerada como una manifestación de la *lex artis* cuyo incumplimiento, ya sea total o parcial, constituiría una infracción de la misma que, dejando a un lado aquellos supuestos en los que pudiera quedar justificado en atención a las circunstancias del caso, llevaría a una “incorrección en la prestación del servicio sanitario” (SILLERO CROVETTO, 2013, 159). La infracción del deber de obtención del consentimiento informado del paciente constituye para nuestros tribunales “una manifestación anormal del servicio sanitario, entendiendo que, no sólo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales”. Y en atención a ello se considera incluido la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entraña una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de

la misma podrían derivar (STSJ de la Comunidad Valenciana 135/2024, de 31 de enero de 2024).

Para poder prestar el consentimiento, ya sea verbalmente o por escrito, el paciente o la familia en el caso en que este no pueda prestarlo por sí mismo necesita, primero, poder contar con la información necesaria. Sólo de esta forma podremos hablar, en caso de que lo prestase, de un consentimiento libre y voluntario, pero sobre todo de un consentimiento consciente del alcance y/o las consecuencias de la intervención clínica en su caso. En esta línea se había pronunciado ya la sentencia del tribunal constitucional 37/2011, de 28 de marzo, declarando que “para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación”.

Recordemos que como reiteradamente se ha puesto de manifiesto doctrinal¹⁹ y jurisprudencialmente hay que distinguir, por un lado, entre los supuestos de medicina voluntaria satisfactiva, y, por otro lado, los supuestos de medicina necesaria, curativa o también llamada asistencial. La primera “es aquella en la que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, puesto que se actúa sobre un cuerpo sano, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético”; mientras que la medicina curativa sería aquella que “viene asociada a una determinada patología”²⁰. A tenor de lo dispuesto en la STS 544/2007, de 23 de mayo, la medicina voluntaria goza de una especial naturaleza que es la que exige incrementar los niveles de información comprendiendo desde las posibilidades existentes de que la propia intervención fracase, probabilidades del resultado deseado, pasando por los riesgos, eventuales complicaciones, resultados adversos en general, hasta las posibles secuelas. Siguiendo con este mismo pronunciamiento judicial y aunque de un modo muy genérico, entiende por medicina voluntaria “aquella en la que el interesado acude al médico, no para ser tratado de una patología previa, sino con otros propósitos”. Unos propósitos que, a diferencia de lo que ocurriría con la medicina curativa o necesaria, donde la relación médico/paciente se situaría en el contexto de una obligación de medios –pudiendo calificarse de forma clara como un arrendamiento de servicios–²¹ acercarían la relación médico-cliente/paciente a un arrendamiento de obra. Y esto propiciaría la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue. Existe una seria expectativa de lograr la mejora que se pretende que es asumida por el facultativo que protagoniza el acto médico, quien ha de ver plenamente viable la obtención del fin pretendido, pues en otro caso debería abstenerse de realizarlo, pues de no existir el paciente/cliente no accedería a someterse de manera voluntaria a un tratamiento tan agresivo como es el quirúrgico.

Continúa el tribunal argumentando que esta potenciación del resultado, “entendido el mismo no como garantía de la consecución de un fin sino como elemento determinante del consentimiento del cliente, futuro paciente”, debe proyectarse necesariamente, sobre la fase previa al acto médico exigiendo al facultativo “un escrupuloso, amplio y detallado deber de información a quien se va a someter a la intervención, a fin de que el consentimiento sea prestado sobre unas premisas que excluyan cualquier posibilidad de error, lo que a su vez conlleva un estudio previo del caso con igual meticulosidad”; mientras que “en la medicina de urgencia las obligaciones antedichas se difuminan, en la medicina curativa se potencian y en la voluntaria se exacerban, sin que, como ya se ha apuntado, pueda llegarse al extremo de garantizar el resultado, pues nunca puede excluirse la posibilidad de no obtener el fin pretendido, al no ser la disciplina médica, en cualquiera de sus variantes, una ciencia exacta”.

Otros pronunciamientos judiciales posteriores, como la STS 828/2021, de 30 de noviembre, insisten en que “La obligación de los facultativos tanto en la denominada medicina voluntaria o satisfactiva, como en la necesaria o curativa, es de medios y no de resultados. Esta sala se ha cansado de repetir que la distinción entre obligación de medios y resultados no es posible mantenerla en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice; pues, en ambos casos, el médico se compromete a utilizar los conocimientos y técnicas que ofrece la medicina, bajo los riesgos típicos, que discurren al margen del actuar diligente y que, además, están sometidos a cierto componente aleatorio, en tanto en cuanto no todas las personas reaccionan de la misma forma ante los tratamientos dispensados” (entre otras, igualmente, las SSTS 18/2015, de 3 de febrero; 250/2016, de 13 de abril).

En la medicina voluntaria se acrecienta el deber de información médica por entender que “si éste se funda en el derecho del paciente a conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información (conocimiento) prestar su consentimiento o desistir de la operación, en ejercicio de su derecho a la libertad personal de decisión o derecho de autodeterminación sobre la salud y persona que es la finalidad perseguida por la norma (art. 10.5 y 6 Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, y en la actualidad Ley 41/2002, de 14 de noviembre), con más razón es exigible tal derecho cuando el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por el rechazo de la intervención habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma; a lo que debe añadirse la oportunidad de mantener un criterio más riguroso, que respecto de la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención”. La razón de esa mayor exigencia estriba en la, en principio o desde un punto de vista general, innecesidad o falta de premura de la intervención quirúrgica en el caso de la medicina voluntaria (STS 993/2006, de 4 de octubre; 330/2015, de 17 de junio; o 89/2017, de 15 de febrero). En la medicina voluntaria el paciente es considerado en mayor medida como un «cliente». Se dice que acude a la medicina no por causa necesaria, sino voluntaria o con un ánimo de mejorar su aspecto, por ejemplo; aunque es evidente que habrá supuestos en los que la inconformidad con un determinado aspecto o parte de nuestro cuerpo pueda haber llevado a otros padecimientos de naturaleza psíquica

para cuya mejora sea necesario pasar por la intervención quirúrgica de que se trate. De hecho en la doctrina ya se ha señalado que la distinción así entendida, o poniendo el acento en la necesidad o innecesidad de acudir al médico, “no es muy clara en los hechos” porque si bien una intervención estética en principio pudiera considerarse como innecesaria puede, sin embargo, “considerarse curativa del malestar psíquico inherente a ciertas deformidades y defectos de naturaleza física por cuanto no se puede obligar a una persona a convivir con un defecto habiendo recursos médicos para solucionarlo” (SEIJAS QUINTANA, 20202, 143-144). Las consecuencias de la especial naturaleza de la medicina voluntaria pueden llevar a que en un mismo supuesto de intervención quirúrgica pudieran concurrir una finalidad curativa y una finalidad satisfactiva adquiriendo entonces una naturaleza mixta como obligación de medios y de resultados (STS 560/2004, de 22 de junio).

Lo cierto es que ya nos encontremos en el sector de la medicina voluntaria o en el ámbito de la medicina asistencial o curativa la información que debe suministrarse al paciente deberá ser objetiva, veraz, completa y asequible y no concurren tales requisitos cuando no se informa sobre las posibles complicaciones que pudieran derivarse de la intervención (TS en la sentencia de 04 de diciembre de 2007); una información que no comprenderá, únicamente, “las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre las probabilidades del resultado, sino que también se debe advertir de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica”. Es decir que, a juicio del TS, deberá advertirse al paciente de la posibilidad de dichos eventos, aunque sean remotos, poco probables o se produzcan excepcionalmente, y ello tanto más si el evento previsible —señalando de modo expreso el tribunal que no debemos confundir previsible con frecuente— no es la no obtención del resultado sino una complicación severa o una eventual agravación del estado. Y es que la información de riesgos previsible es independiente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y sólo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención.

Sabemos también que el carácter relevante de la información previa al otorgamiento del consentimiento, hay que entender que llamado por esa razón «*informado*», es puesto de manifiesto, entre otras, por la STS 330/2015, de 17 de junio, en la que se declara que dicha información “puede ser considerada como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental”.

La fase del otorgamiento del consentimiento debe necesariamente ir precedida de la información facilitada por el médico al paciente. Se trata de dos etapas o momentos dependientes; el consentimiento cualificado en virtud de los requisitos o características que debe reunir según el legislador difícilmente podrá otorgarse de manera consciente si no se tiene información. La obligación del médico en

estos casos es de medios y no de resultados²². Se persigue desde salvar la vida del paciente, cumplir con determinados protocolos para el tratamiento de determinadas enfermedades, mejorarla en otros casos, hasta, cumplir con lo pactado en el contrato en el caso de la medicina voluntaria. En cada caso entran en juego diversas variables que van a depender, además y en su caso de una eventual mayor o menor pericia de los profesionales implicados y/o de cuestiones biológicas de cada paciente en particular (vid. entre otras, la STS 218/2008, de 12 de marzo).

Por su parte, en virtud de determinadas opiniones el derecho a la información en el sector de la medicina asistencial tiene una configuración autónoma “respecto al derecho del paciente a decidir —en su caso y sobre la base de la información recibida— acerca del sometimiento a la aplicación de una técnica, intervención o tratamiento determinados”. Para esta opinión si bien está claro lo que acaba de indicarse respecto de la necesidad de una información previa como base de una posterior prestación de consentimiento de forma consciente, sin embargo, “ello no impide disociar ambas facetas de la actividad sanitaria en otros casos, analizando con cierta independencia los derechos a examen”. Según ella a través de una desmedida identificación entre ambos se corre el riesgo de que la información resultara debilitada de forma importante, o incluso ineficaz, en los supuestos en los que “el paciente, por cualquier circunstancia, no pueda o no necesite autorizar ninguna intervención posterior; por ejemplo, en los casos en que simplemente se somete a revisiones para conocer su estado de salud, en los de diagnóstico de enfermedades sin tratamiento o en aquellos casos en que el paciente no va a ser quien decida finalmente, por falta de capacidad para ello” (SILLERO CROVETTO, 2013, 158 y 159)²³. Lo cierto es que, en virtud igualmente de lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico el paciente tiene derecho, también y en el ámbito de lo que sería la información asistencial, a recibir información sobre su diagnóstico, el resultado de una revisión médica, su estado general de salud y las recomendaciones que el facultativo quiera transmitir al respecto y ello aun cuando no se esté queriendo recabar, al facilitar esa información, su consentimiento; tiene derecho a que se le traslade esa información y, de alguna forma, le servirá para, llegado el caso, ejercitar el derecho de autodeterminación, aunque respecto a otros aspectos no intervencionistas, sobre su salud. Y visto desde este prisma la información parece que no quedaría en absoluto debilitada, aunque sí es cierto que, en tales casos, estaría cumpliendo un fin más general respecto del más específico que supone respecto de la prestación del consentimiento de cara a una intervención o tratamiento médico. Y en los supuestos de las personas que no puedan decidirlo por sí mismas, las garantías y funciones de la información, tanto en un caso como en otro, serán o deberán ser idénticas en la medida en que el interés a proteger o salvaguardar es el mismo.

Se ha dicho que la relevancia y el carácter al que el legislador —y los tribunales— ha elevado el derecho de los pacientes a ser informados antes de recabar su consentimiento para cualesquier intervención, pruebas o tratamientos ha hecho que proliferen los litigios judiciales considerándose que la vulneración “del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc* (1215/2007, de 28 de noviembre; 618/2008, de 18 de junio, entre otras) como elemento esencial para llevar a cabo la actividad médica”. Su exigencia debe considerarse con independencia de que la intervención del médico se haya llevado

a cabo conforme a las reglas de la *lex artis*, las propias de la profesión, porque de lo que se trata, fundamentalmente y se vuelve a insistir, nuevamente, es de que “el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses” (SEIJAS QUINTANA, 2022, 149)²⁴. En el supuesto objeto de litigio en la STS 488/2006, de 10 de mayo, el tribunal declaró que el daño que fundamentó la responsabilidad era resultado de haber omitido la información previa al consentimiento; no hubo negligencia médica en la realización de la intervención quirúrgica. Se recabó el consentimiento para poder llevar a cabo la intervención y se informó de la misma, pero no de los riesgos que luego se materializaron y que hubiese servido, en este caso a la madre del menor intervenido, para poder valorar las posibles consecuencias y formarse un consentimiento con más elementos de juicio. Recordó el tribunal, conforme a la jurisprudencia precedente, “la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica. Como tal, forma parte de toda actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico. Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un Centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma”. Es correcto entonces defender que el incumplimiento del deber de informar por parte del facultativo constituye un supuesto de actuación negligente por su parte; deber de informar que, si llega a omitirse o cumplirse, aunque de forma defectuosa, hará surgir la obligación de responder²⁵.

En este contexto del consentimiento informado como manifestación del ejercicio del derecho de autodeterminación del paciente resultan clarificadoras de la proyección o alcance de este derecho por la intrínseca relación que, como en el siguiente epígrafe se verá, guarda con el derecho fundamental a la integridad física y moral, las declaraciones vertidas en la STS 2069/2013, de 11 de abril. El consentimiento informado es una exigencia ética exigible a los profesionales de la medicina. Desde su consideración como un derecho básico “a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. Es un acto que *debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente* y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto” (la cursiva es mía). Y continúa afirmando el tribunal que esa es la razón “por la que en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información (SSTS 27 de abril 2001; 29 de mayo 2003). Son documentos ética y legalmente inválidos

que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas. Es en definitiva, una información básica y personalizada en la que también el paciente adquiere una participación activa, para, en virtud de la misma, consentir o negar la intervención que se realiza en el marco de una actuación médica de carácter curativo y urgente en el que, a diferencia de la medicina voluntaria o satisfactiva, no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria”.

Esta forma de exponerlo y expresarlo nos sirve para poner el acento en la dignidad de la persona como fundamento de este derecho (art. 10 de la CE). Porque no estamos ante un mero trámite, como en otras ocasiones también ha tenido oportunidad de expresar con mayor o menor contundencia el TS. El acto de informar y recabar el consentimiento, y sobre la base del principio de «humanización» de la medicina, o el desarrollo del derecho de autodeterminación del paciente como un bio-derecho protegido internacionalmente, no debe o no debería consistir en una suerte de mero trámite administrativo.

2.B. Consentimiento informado como elemento esencial de la *lex artis* y su relación con el derecho a la integridad física y psíquica o moral

La integración del deber de informar como parte de la *lex artis* del facultativo no ha estado exenta de crítica y reflexión –incluso desde un estricto punto de vista terminológico cuando se le añade el que se ha denominado como «ad-hoquismo» – alegando alguna eventual incoherencia apreciada en esa subsunción. De su definición se han ocupado muy diversas obras, pero dejando ahora a un lado determinadas variaciones terminológicas, se entiende por tal “el conjunto de reglas de contenido ético, científico y técnico que debe observar el sujeto en el desarrollo de su actividad profesional, de acuerdo a las circunstancias y factores presentes en el caso concreto, y cuyo grado de cumplimiento sirve de criterio de valoración e imputación de responsabilidad por el resultado de su actuación”. Y por *lex artis ad hoc* el “criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina —ciencia o arte médica— que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria–, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)” (SEOANE, 2022, 277-278)²⁶. En el contexto de esta opinión se ha planteado una relevante cuestión ¿de qué modo su naturaleza normativa puede fortalecer el respeto a la persona y sus derechos?

Se ha defendido desde el seno de alguna opinión que sería más exacto delimitar esas obligaciones de forma separada y que las obligaciones asumidas por el facultativo son de asistencia al paciente y por lo tanto de medios. Dichas obligaciones consisten en un *facere* “por el que el profesional sanitario se obliga a prestar cuidados y atenciones médicas que precisa aquél conforme a la *lex artis*, a fin de procurar su curación que, sin embargo, no está *in obligatione* por el componente *aleas* o incertidumbre característicos de este ámbito”²⁷. Para la opinión ahora citada la *lex artis* estaría integrada por una serie de obligaciones que resultan imprescindibles para actuar conforme a la misma y que irían referidas a la obligación de conocimiento, consultar a otro facultativo, remitir al paciente a otro especialista, medios técnicos o remitir al paciente, si se careciese de dichos medios, a aquellos centros donde puedan disponer de ellos. Pero no formaría parte de dicha *lex artis* la obligación de información como elemento esencial, ni tampoco como un deber incluido en la prestación principal de asistencia o cuidados médicos ya que si así se entendiese nos situaríamos en una concepción excesivamente amplia de la propia obligación y de la misma *lex artis*. Continúa argumentando que precisamente sería la independencia y precisión con que se acomete la regulación de la información y su vinculación con el derecho a la autonomía decisoria del paciente en caso de cumplimiento correcto de la misma, lo que serviría para avalar “la tesis de su consideración como una obligación distinta a la que integra la *lex artis*, *strictu sensu* e independiente de la principal de asistencia. Buena muestra de ello es la posibilidad de cumplir ésta y la de incumplir, por el contrario, la de información” (SÁNCHEZ GÓMEZ, 2014, 10).

Sin embargo, hay que tener en cuenta que ha sido todo un proceso evolutivo el que ha llevado a su inclusión como uno de los elementos esenciales de la *lex artis*. La inicial literalidad ha dado paso a una concepción más amplia, que no por ello inconveniente o de connotaciones negativas y sí propia del momento y sociedad actual en que tanto las normas como las concepciones necesarias y relacionadas con ellas han de ser aplicadas (art. 3.1 del Código civil). Dada la normativa vigente en la actualidad el deber de informar al paciente, para que este pueda formarse un consentimiento adecuado, libre y consciente, formará parte de la *lex artis* en la medida en que es el facultativo/profesional el conocedor de los pormenores de la intervención o prueba médica de que se trate y sus posibles riesgos, alternativas, consecuencias de no aplicarla o practicarse, etc. Efectivamente, es cierto que a partir fundamentalmente de la sentencia del tribunal supremo de 13 de mayo de 2011, se admite que podamos encontrarnos con supuestos en los que la intervención quirúrgica concreta del facultativo se haya podido llevar a cabo con toda la diligencia, que se hubiese materializado un daño, pero que se hubiese incumplido el deber de información y ello pueda llevar a la apreciación de la existencia de lesión en la facultad de autodeterminación de la persona, que, como se sabe y ya se ha dicho, permite que esta pueda decidir libremente y con conocimiento si se somete o no a una intervención o tratamiento médico. Pero quizás esta circunstancia no sirva, necesariamente, para excluir el deber de información como elemento esencial de la *lex artis* y para lo que pueda servir es para poner de relieve el valor otorgado por el legislador y la práctica judicial al deber de información y el derecho de autonomía del paciente en ese contexto evolutivo a que antes me he referido. Se puede haber llevado a cabo la actuación médica en el

quirófano de modo diligente, acorde a lo que se espera en términos de diligencia profesional en ese concreto aspecto, pero haberse incumplido la obligación de informar y recabar consentimiento informado, que es otra de esas obligaciones que conforman, igualmente, el conjunto de reglas que debe observar el facultativo en el ejercicio de su profesión.

La dimensión ética precisamente ha sido incorporada a la *lex artis* por la jurisprudencia a través del deber de información y el consentimiento informado. “La intervención profesional debe contextualizarse, individualizarse y ser enjuiciada con criterios especializados que promuevan la realización diligente de la actividad, no la obtención de un resultado. Dicha conducta debe ser correcta no solo desde el punto de vista técnico y científico, sino que debe ir más allá, para satisfacer también las obligaciones de información, consentimiento, confidencialidad, eficacia y calidad expresadas ética, deontológica y jurídicamente. (SEOANE, 2022, 287, 290). Todo lo cual repercute, en definitiva y entre otras cuestiones, en un fortalecimiento del respeto a la persona y su dignidad a través, en primer término, del fortalecimiento del derecho de autodeterminación del paciente.

Además, hay que tener presente la integración de la doctrina del TC en todo este contexto. Forma parte de la *lex artis* y no puede por menos que ser considerada como un elemento esencial de la misma toda vez que tal y como tiene declarado este tribunal “la privación de información equivale a una privación o limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral. En este sentido, es terminante la Ley 41/2002 (a la que las resoluciones judiciales sólo contienen alguna mención puramente marginal) al exigir en su art. 8 (que es trasunto del art. 5 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina) el previo consentimiento del afectado, libre y voluntario, para toda actuación en el ámbito de su salud, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso. Y el art. 4 recoge en los términos más amplios el derecho de los pacientes a conocer «toda la información disponible sobre cualquier actuación en el ámbito de su salud, salvando los supuestos exceptuados por la Ley”. A lo que podría añadirse que, además, esa integración del deber de información como presupuesto necesario para el posterior consentimiento «informado» y elemento esencial de la *lex artis* desempeña una función de garantía para los facultativos ya que “En todas estas normas, sin embargo, no se plasman únicamente un conjunto de derechos para el paciente, unido a los correlativos deberes de los facultativos que permitan hacerlos efectivos, sino que, básicamente, reflejan una doble garantía para aquél y éstos: de un lado, la que permite hacer efectivo el derecho fundamental a la integridad física del paciente respecto de las actuaciones médicas que se le efectúen; de otro, la regulación descrita ofrece a los facultativos la garantía de que sus actuaciones se desarrollarán dentro de los límites que impone la protección de aquel derecho. Así pues, desde la perspectiva de los facultativos esta regulación no se limita a imponerles un conjunto de deberes, sino que, también, desde una vertiente positiva, les proporciona una garantía de su propia actuación profesional (STC 37/2011, de 28 de marzo).

Uno de los pronunciamientos del TC bien conocido en esta materia es el contenido en la sentencia 37/2011, de 28 de marzo. Esta sentencia contribuyó de manera relevante en la configuración del consentimiento informado no ya como

un elemento más de la *lex artis* sino en cuanto a su muy estrecha relación con el derecho fundamental a la integridad física y psíquica o moral. El recurrente en amparo había ingresado en el servicio de urgencias de la clínica presentando dolor precordial, siendo sometido al día siguiente a un cateterismo cardiaco, sin que se le informara previamente de las posibles consecuencias de la intervención ni se obtuviera su consentimiento para la práctica de la misma. Tras la intervención, la mano derecha del recurrente evolucionó negativamente, hasta sufrir su pérdida funcional total. El actor formuló reclamación de indemnización, que fue desestimada. Se articula la demanda de amparo, que aduce la violación de los ya mencionados derechos consagrados en los artículos 15 y 17.1 de la Constitución en relación con el artículo 24 del mismo texto legal, por la desestimación de la reclamación del actor pese a reconocerse la omisión de la previa información médica y de la obtención de su consentimiento. En Primera Instancia se había desestimado la queja del actor relativa a la falta de consentimiento informado teniendo en cuenta el padecimiento que le llevó a urgencias por el hecho de haber tenido años antes una intervención del mismo tipo y la urgencia relativa de la misma, junto con su edad, consideraciones que condujeron a la conclusión de que realmente no se había privado al demandante de una información esclarecedora previa al consentimiento. Por su parte, en apelación se confirmó este criterio, excluyendo la responsabilidad por el estado del paciente tanto porque el actor ya había sufrido otra intervención de igual naturaleza, como porque la prueba se realizó en un momento en el que existía riesgo vital ante la situación que le llevó a urgencias. Así pues, ambas resoluciones judiciales entendieron que existía causa suficiente para exonerar de la necesidad de dar al actor la información previa a la prestación de su consentimiento para la intervención, atendidas las circunstancias del caso.

Como ya se dijo en su momento en nuestra doctrina la relevancia de este pronunciamiento judicial radica de manera fundamental “en la toma de posición en el tema de si las cuestiones de incorrecta prestación del consentimiento informado o de omisión total de éste lo son de mera legalidad ordinaria o está en juego la vulneración de derechos fundamentales, como el TC finalmente entiende, lo que deja expedita la vía del amparo constitucional”²⁸. El recurso de amparo en este caso se articuló con base en el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) —que es rechazado por el Tribunal²⁹— y el derecho a la integridad física y moral (art.15 CE) y la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El Ministerio Fiscal apoyaba la pretensión del actor ya que entendía que “las resoluciones judiciales recurridas vulneraron su derecho a la integridad física (art. 15 CE) en relación con el deber de motivar las resoluciones judiciales prevenido en el artículo 24.1 de la Constitución, al no quedar justificada la omisión de la información al paciente sobre la intervención a realizar y de su posterior consentimiento a la práctica de la misma. La intervención del tribunal queda circunscrita a valorar si la intervención llevada a cabo sobre el recurrente en amparo sin informarle previamente de sus riesgos y posibles consecuencias había supuesto o no una lesión de su derecho a la integridad física y moral, derecho amparado en el artículo 15 CE y que adquiere de esta forma una sustantividad propia y, como señala el propio TC en relación con él, del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Respecto al derecho reconocido en el artículo 15 de la CE señala el TC que lo que se protege, y así se encuentra recogido en doctrina reiterada de este tribunal,

es la “inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular” (SSTC 120/1990, de 27 de junio y 119/2001, de 24 de mayo). Estos derechos, destinados a proteger la «incolumidad corporal» (STC 207/1996, de 16 de diciembre), “han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad, razón por la que se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada (STC 119/2001, de 24 de mayo). De ahí que para poder apreciar la vulneración del art. 15 CE no sea preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, sino que basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (STC 221/2002, de 25 de noviembre). Además de ello, hemos afirmado que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo), aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma (SSTC 119/2001, de 24 de mayo y 5/2002, de 14 de enero)”.

Pone de manifiesto el TC que la facultad negativa que también lleva implícita este derecho tiene que ver con la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y junto a ello también, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que “tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC 154/2002, de 18 de julio)”. Pero en este caso no se trataba de una asistencia médica impuesta al paciente contra su voluntad sino de una intervención médica realizada sin que el recurrente hubiese recibido la información previa sobre dicha intervención y sin que, obviamente, hubiese prestado el consentimiento pertinente tras dicha información. ¿Ha podido producir esa omisión del deber de información una lesión en su derecho a la integridad física? ¿Forma parte el consentimiento informado del derecho a la integridad física y moral? Pese a que el artículo 15 de la CE, como bien se sabe, no hace mención del consentimiento informado o el deber de información, sin embargo, para el TC “el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad”. Es esa facultad “la manifestación más relevante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal (STEDH de 29 de abril de 2002, caso *Pretty c. Reino Unido*, § 63), y también por este Tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio)”. Pero para que un paciente pueda prestar su consentimiento, es requisito imprescindible que el paciente pueda contar con la información médica adecuada, razón por la cual y en el mismo sentido que ya se ha señalado en líneas precedentes, recordemos que el TC no deja de incidir en que consentimiento e información son dos caras de una misma moneda; dos derechos íntimamente relacionados, de tal for-

ma, que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando, en fin, al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación. Tras el análisis pormenorizado de las circunstancias que rodearon el caso en cuestión, afirma el TC que “la asistencia recibida por el demandante de amparo no satisfizo su derecho a prestar un consentimiento debidamente informado, y, por tanto, vulneró su derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE). Y las resoluciones judiciales impugnadas no tutelaron ese derecho al rechazar la pretensión del demandante ateniéndose a criterios no previstos legalmente (como el de la edad del paciente o la previa realización de otro cateterismo once años antes) a la hora de ponderar las circunstancias del caso, e interpretando y aplicando las normas concernidas de manera contraria a la mayor efectividad del derecho”. Entendiendo por todo ello que “se ha lesionado el derecho fundamental del actor a la integridad física y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) a causa de la respuesta obtenida a su queja en la vía judicial, ya que, como tenemos declarado, los defectos de la respuesta judicial dada a las pretensiones que tienen que ver con vulneración de derechos fundamentales sustantivos representan en sí mismos una lesión de estos derechos” (por todas, SSTC 138/2000, de 29 de mayo y 119/2001, de 24 de mayo).

III. CONSENTIMIENTO INFORMADO Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Hemos visto hasta aquí la naturaleza del consentimiento informado como presupuesto indispensable del derecho de autodeterminación del paciente y elemento esencial de aquella *lex artis*. Ahora vamos a referirnos al fundamento de la obligación de responder y a algunos de los aspectos del sistema de responsabilidad civil aplicable en aquellos casos en que se hubiera omitido el consentimiento informado, o lo que es igual, casos de incumplimiento de la obligación del facultativo o sanitario de informar al paciente y recabar así un verdadero consentimiento *informado*, o bien, aquellos otros casos en los que dicha obligación se hubiese cumplido, pero de manera defectuosa o parcial, supuestos de consentimiento defectuoso. Un sistema de responsabilidad civil que tiene como premisas la obligación de medios del facultativo y la actuación según la *lex artis*, elementos que nos llevan a otro, la culpa, como criterio de imputación (MORILLAS FERNÁNDEZ, 2012, 181-182).

Como nuestra doctrina ya se ha ocupado de exponer (BUSTO LAGO, 2014, 157-160) hay que comenzar distinguiendo entre el ámbito de la sanidad privada y el de la sanidad pública porque de ello depende el régimen jurídico aplicable. Así en el primero de los casos el cuerpo normativo a través del cual se sustanciará la eventual responsabilidad será el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) –“tratado con desigual frecuencia por la Sala Primera del Tribunal Supremo”, tal y como ha señalado la doctrina–³⁰y el propio Código civil en sus artículos 1902 y siguientes, siendo competente en tales supuestos la jurisdicción civil. Y si se tratase de servicios médicos prestados por la sanidad pública el régimen aplicable hay que buscarlo en la Ley de Régimen Jurídico

dico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (LRJAP-PAC) resultando entonces supuestos que se sustanciarían ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Siguiendo con la referencia a los criterios delimitadores hay que recordar igualmente que si nos encontrásemos ante daños imputables a la organización de la prestación del servicio rige un sistema de responsabilidad civil objetiva tanto en un ámbito como en otro (*vid.* art. 139.1 LRJAP-PAC y art.148.2 TRLGDCU). A este respecto la sentencia del TS 446/2019, de 18 de julio, identifica los «servicios sanitarios» con “los aspectos funcionales de los mismos, es decir, a los organizativos o de prestación, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos —actividad médica propiamente dicha sometida a la infracción de la *lex artis ad hoc*—”(entre otras, igualmente, la STS 475/2013, de 3 de julio).

Y como acertadamente se ha sostenido el régimen de responsabilidad objetiva no lleva aparejado “responsabilidad en todo caso si no que el criterio de imputación no es la culpa del agente, pero este dato en nada incide en su función indemnizatoria –que la conserva– si no en las razones que se toman en consideración para atribuir–distribuir– el coste de los daños” (BUSTO LAGO, 2014, 159). Recordemos que el sistema de responsabilidad objetiva queda circunscrito a los daños derivados del funcionamiento o la organización de los servicios sanitarios. Mientras que si se trata de daños derivados de la propia actuación del médico o sanitario la responsabilidad será de tipo subjetiva o por culpa *ex* artículo 1902 y siguientes del Código civil. Teniendo en cuenta que estamos ante una obligación de medios parece correcto que así sea, tal y como ya ha expresado también autorizada doctrina al entender que un sistema objetivo de responsabilidad no armoniza adecuadamente con esa obligación toda vez que la misma consiste en el deber del facultativo de llevar a cabo el ejercicio de su actividad con toda la diligencia profesional exigible³¹. Desde antiguo esta línea de pensamiento la encontramos igualmente en la jurisprudencia; así la conocida STS de 13 de julio de 1987 ya declaró que “en la conducta de profesionales sanitarios queda, en general, descartada en su actuación personal toda idea de responsabilidad más o menos objetiva, para situarnos en el concepto clásico de la culpa en sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible en cada caso”. Y más recientemente el TS ha declarado que “la naturaleza de la obligación del médico es de medios y no de resultados. La imputación jurídica del daño no es meramente objetiva por la existencia de un resultado dañoso no deseado, sino que es preciso concorra una actuación culposa que justifique la obligación de indemnizar, como resulta del juego normativo de los arts. 1101, 1902 y 1903 del CC” (STS 680/2023, de 8 de mayo).

La STS 446/2019, de 18 de julio, se refiere al régimen de responsabilidad objetiva *ex* artículo 148 TRLGDCU, responsabilidad que “cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario”. Estos niveles –continúa exponiendo– se presuponen para el «servicio sanitario», entre otros. Y producido y constatado el daño en cuestión habrán dado las circunstancias que determinan aquella responsabilidad.

A los efectos de comprender la omisión del consentimiento informado, integrado como ya se sabe en la *lex artis* como fuente de responsabilidad puede resultar de utilidad lo dispuesto en la STS 680/2023, de 8 de mayo cuando dice que “La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Así, la omisión del consentimiento informado o un consentimiento informado defectuoso que impide ejercitar el derecho de autodeterminación del paciente puede configurarse como un comportamiento no conforme a los citados cánones o estándares de pericia y, sobre todo, de diligencia exigibles; sería un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico o no querido por el ordenamiento jurídico. Todo ello, teniendo en cuenta que “este modelo de comportamiento, expresión de la diligencia debida (*standard of care*), viene constituido por los principios, normas o pautas que rigen una determinada actividad, entre las que se encuentran las denominadas reglas de la *lex artis* (ley del arte)” (SEOANE SPIEGELBERG, 2024, 42).

Como sabemos por lo visto hasta aquí, la omisión o defectuosidad de la información facilitada al paciente o sus familiares y la falta de prestación de un consentimiento informado en tanto que elemento esencial de la tan mencionada *lex artis* nos lleva a un supuesto de actuación negligente por parte del facultativo, lo que hace surgir el consiguiente deber de responder. Y como también hemos visto que reitera la jurisprudencia del TS y la doctrina del TC se habrá infringido, en tales casos, el derecho de autodeterminación del paciente. Puede que la intervención quirúrgica llevada a cabo por el médico, en sentido estricto, haya sido diligente, pero acabó por materializarse un riesgo del que no se había informado al paciente, que, de haberlo sabido, al menos, hubiera tenido la posibilidad de rehusar la intervención. Hubiera podido ejercitar su derecho a decidir sobre su propio cuerpo. Es el incumplimiento del deber de informar al paciente lo que va a permitir catalogar el supuesto como de mala praxis médica y dará lugar a la correspondiente responsabilidad. Porque, además de servir como criterio de imputación para encauzar el resarcimiento a la eventual víctima, es la consecuencia del reconocimiento legal, a nivel nacional e internacional, del derecho de autonomía del paciente o derecho de autodeterminación, vinculado al derecho fundamental reconocido constitucionalmente a la integridad física o psíquica.

Hay que tener presente que los modelos de responsabilidad civil que pueden darse en este contexto comparten tres elementos esenciales, el daño, el nexo causal y la culpa (CADENAS OSUNA, 2018, 341). El tratamiento de cada uno de ellos excedería los propósitos de este estudio, pero podemos detenernos en determinados aspectos por lo que a la relación del derecho de autodeterminación del paciente con los derechos fundamentales se refiere. Parece que cuando de omisión del consentimiento informado se trata la cuestión relativa a la determinación del daño que debe ser indemnizado no se presenta pacífica en el sector jurisprudencial. Así, se habla de daños morales de carácter extrapatrimonial o de daños personales y/o de naturaleza económica (STS 101/2011, de 4 de marzo). En relación a los daños corporales, estamos ante daños sufridos a consecuencia de la realización de la actuación médica aún de manera diligente, pero no se informó al paciente respecto

de la posibilidad de la materialización de dichos daños que, de haberlo sabido, hubiera podido decidir si se sometía a dicha intervención o no. Se trata, en fin, de una actuación médica no consentida. Se habla en estos casos de la teoría del desplazamiento del riesgo permitido (BUSTO LAGO, 2014, 176-177; CADENAS OSUNA, 2018, 342-343) del paciente, que no ha sido informado, al facultativo o al titular del centro sanitario para el que se encuentre prestando sus servicios (STS 101/2011, de 4 de marzo) que será quien deba soportar las consecuencias y responder por el daño ocasionado. Esta línea ha sido criticada por entender que encierra “una discutible equiparación, en cuanto a sus consecuencias jurídicas, de la negligencia en la prestación de las técnicas requeridas por el acto médico correspondiente, de un lado, y en la obtención del consentimiento informado para una actuación médica técnicamente ejecutada con la debida diligencia, de otro” (CADENAS OSUNA, 2018, 346). Aunque hay que admitir que es coherente con la consideración del deber de información como elemento esencial de la *lex artis* y de ahí, quizás, esa en principio correlativa o lógica equiparación.

Cuestión también compleja es la de los daños morales, pero en este punto teniendo en cuenta los derivados de los supuestos de violación del derecho de autodeterminación del paciente desde su consideración como un daño autónomo. Así, tenemos que, mediando la omisión del consentimiento informado, debería indemnizarse el daño moral sufrido por el paciente al habersele impedido el ejercicio de su derecho a decidir; lo que se habría lesionado sería el propio derecho de autodeterminación del paciente aún cuando el resultado de la actuación médica haya sido positivo. Es conocida aquí la STS 2750/2000, de 4 de abril en la que, con anterioridad a la LRAP, se consideró ya que la situación provocada por la falta de información sobre el riesgo existente, imputable a la Administración sanitaria en este supuesto, con independencia del resultado dañoso de la operación que como reconoce no es consecuencia de la falta de información o de que la intervención misma hubiera tenido éxito, “supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención”. Y ello porque entiende el tribunal que –en la misma línea que se ha venido exponiendo– al omitir el consentimiento informado, se privó, en este caso, a los representantes del menor de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica y se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención. Argumenta el tribunal que “Esta situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud”. La falta de información colocó al paciente en una situación de «inconsciencia» respecto al riesgo existente, con independencia del resultado. La STS 323/2011, de 13 de mayo, declaró igualmente como daño moral grave la falta de información al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder

decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad”. No se trata de que los daños traigan causa de la omisión de la información. De lo que se trata es de que a resultas de la lesión de derecho de autodeterminación del paciente se le haya privado de poder elegir sobre la base de una información adecuada o idónea para la formación interna de un consentimiento «informado». No se le ha permitido ejercer un derecho legalmente reconocido y tutelado por el ordenamiento jurídico. Podríamos encontrarnos con una situación en la que el paciente sufriera daños corporales a resultas de una determinada intervención quirúrgica y además hubiera un falta de consentimiento informado; tras la fase probatoria el tribunal puede llegar a la conclusión que en la intervención misma todo transcurrió según las reglas de la *lex artis* y, aún con la diligencia adecuada desplegada por el facultativo, se produjeron una serie de daños dentro de los riesgos propios respecto de los cuales no cabe reconocer indemnización, sin embargo, dada la falta de consentimiento informado y que este también forma parte de la citada *lex artis* lo que sí sería susceptible de indemnización es el daño moral derivado de la lesión de aquel derecho de autodeterminación del paciente.

Esta línea jurisprudencial se aparta de aquella otra según la cual, “la falta de información no es “per se” una causa de resarcimiento pecuniario (no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido) y en el caso no es de ver en que pudo influir una hipotética falta de información por escrito en el resultado lesivo” (SSTS 865/2001, de 27 de septiembre; 488/2006, de 10 de mayo).

Ciertamente que no será fácil la tarea de identificación del daño y una vez delimitado, proceder a su cuantificación. Y por la importancia que al respecto tiene nos detenemos en la STS 1427/2016, de 8 de abril. Observamos cómo el juzgador de instancia, y ante un supuesto de adecuada praxis en la realización del acto médico quirúrgico pero de falta de información médica para recabar el consentimiento, teniendo en cuenta que la operación provocó un agravamiento en el estado del paciente, “valora tal agravación en función de la ausencia de la información debida sobre el riesgo inherente a la intervención o a la técnica operatoria empleada, y ponderando todas esas circunstancias fija el quantum indemnizatorio por haberse aumentado el grado de invalidez y por el dolor sufrido”. Recurrida en apelación la Sala entiende que a partir del reconocimiento de esa infracción de la *lex artis*, “no puede hacerse coincidir la indemnización del daño con la que derivaría si se hubiese apreciado una mala praxis en la intervención quirúrgica desarrollada” y confirma la cuantificación realizada en primera Instancia. Es el *quantum* indemnizatorio el que llega hasta el TS. La responsabilidad se fundamenta no en una actuación negligente o defectuosa práctica del acto quirúrgico, “sino en la falta adecuada de información al paciente sobre los riesgos de la intervención, privándole de la oportunidad de valorarlos y de decidir con libertad y conocimiento de causa si consentía aquélla.” Se trataba de una intervención paliativa, respecto al estado del paciente y programada y para el tribunal la falta de información al paciente unido a todo lo anterior –el carácter o la naturaleza de la propia intervención y su programación temporal, que evidencia antelación– “provoca que la incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente sea más débil que si la finalidad de la interven-

ción hubiese sido curativa de la tetraplejía que ya padecía”. Sin embargo, esta circunstancia no significa que merezcan el mismo tratamiento aquellos supuestos en los que el origen hay que situarlo en una mala práctica médica probada e indubitada, y aquellos otros en los que lo que el tribunal denomina como «complicación» no guarda relación con una práctica médica, sino con el hecho de no haberse “informado al paciente de que ello podía ocurrir, privándole de la oportunidad, en su caso, de no someterse a la cirugía. La incertidumbre causal, según la prueba practicada no se desvanece completamente en atención a las circunstancias del caso y finalidad perseguida por el facultativo, con el que el paciente ya tenía relación por tratarlo previamente de su grave lesión y, por ende, confianza”. Quizás habría que matizar las palabras –aunque solo fuera desde un estricto punto de vista de la mera literalidad– empleadas por la Sala ya que la ausencia de información no es sino la infracción de otra de las obligaciones que integran la práctica médica; lo que el tribunal denomina como «complicación» sí guardaría relación puesto que conforma, junto al resto, la *lex artis* a la que está sujeto. Que, como bien sabemos ya, lo mismo puede venir infringida por no desplegar la diligencia adecuada en el propio acto de la intervención quirúrgica en sí mismo, como por no haber informado al paciente tal y como exige la Ley porque en este último caso y como también nos consta, estaríamos ante una conducta negligente o no habría desplegado la diligencia que le es exigible.

Volviendo al texto de la STS 1427/2016 nos recuerda que tanto la jurisdicción civil como la contencioso-administrativo del TS se han ocupado de la omisión o deficiencia del consentimiento informado entendiéndola como “una mala praxis formal del facultativo, en la que la relación de causalidad se establece entre la omisión de la información y la posibilidad de haber eludido, rehusado o demorado el paciente la intervención médica cuyos riesgos se han materializado”. Y siguiendo esta línea de consideraciones se ha distinguido “entre supuestos en los que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente no hubiese variado y, en principio, no habría lugar a indemnización (STS 29 de junio de 2007), sin perjuicio de que en ciertas circunstancias, se pudiese determinar la existencia de un daño moral, de aquellos otros en que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente hubiese sido negarse a la intervención, por lo que, al no existir incertidumbre causal, se concede la indemnización íntegra del perjuicio que se ha materializado (SSTS 23 de abril de 1992; 26 de septiembre de 2000; 2 de julio de 2002; 21 de octubre de 2005; 4 de marzo de 2011)”. Y por su parte, cuando no hay incertidumbre causal en los términos expuestos, surge entonces la teoría de la pérdida de oportunidad “en la que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento y de la posterior materialización del riesgo previsible de la intervención, privando al paciente de la toma de decisiones que afectan a su salud (SSTS de 10 de mayo de 2006; 30 de junio de 2009 y 16 de enero de 2012)”. Seguidamente, se refiere esta misma sentencia a la forma en la que pudiera llevarse a cabo la cuantificación indicando los siguientes elementos a tener en cuenta:

1. Por los totales perjuicios causados, conforme a los criterios generales, teniendo en cuenta el aseguramiento del resultado, más vinculado a la medicina necesaria que a la curativa, pero sin excluir ésta; la falta de información y la probabilidad de que el paciente de haber conocido las

consecuencias resultantes no se hubiera sometido a un determinado tratamiento o intervención.

2. Con el alcance propio del daño moral, en razón a la gravedad de la intervención, sus riesgos y las circunstancias del paciente, así como del patrimonial sufrido por lesión del derecho de autodeterminación, integridad física y psíquica y dignidad.
3. Por la pérdida de oportunidades o de expectativas, en las que no se identifica necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquellas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada, posibilidades de fracaso)".

Como de forma clara y ejemplificadora se ha puesto de manifiesto el análisis de la responsabilidad civil desde la perspectiva de la teoría de la pérdida de oportunidad será procedente en aquellos supuestos en los que "no puede establecerse si una conducta es causa de un daño, pero se da por bueno que, con el comportamiento debido, habría existido la posibilidad de que el resultado lesivo no se hubiera producido"; se habla de «pérdida de oportunidad» para referirse así a "la oportunidad de evitar un daño de incierta producción en caso de que se hubiera actuado según lo debido" (ASÚA GONZÁLEZ, 2021, 442). Esa pérdida de oportunidad para el paciente debe ser ponderada por los tribunales teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el caso de que se trate si bien, deberá tomarse como fundamento para llevar a cabo la valoración, el daño a la salud que se haya ocasionado; la indemnización deberá cuantificarse de manera exclusiva teniendo en cuenta la pérdida de oportunidades de curación o de supervivencia, pero no por la integridad del daño a la salud derivado de la actuación médica. La valoración de la pérdida de oportunidades se lleva a cabo a través de un juicio de probabilidad teniendo en cuenta la posibilidad de haber optado bien por no someterse a la intervención quirúrgica en cuestión o por someterse a otro tratamiento alternativo de haber sido informado el paciente y llegado a conocer los riesgos personales que entrañaba la intervención, ya fueran típicos o probables. (RUBIO TORRANO, 2012, 2).

Para identificar y fijar el daño en la teoría de la pérdida de oportunidad la STS 227/2016 toma en consideración el tipo de cirugía y la patología que sufría el paciente junto a la evolución natural que hubiese tenido la enfermedad, la necesidad o no de la intervención y su novedad, sus riesgos y entidad de los riesgos que de modo efectivo se hubiesen materializado y todo ello teniendo presente el estado en el que previamente se encontraba el paciente. Admite la existencia de los daños corporales cuando se hubiesen materializado de manera inmediata como consecuencia de la intervención, la agravación de la invalidez que presumiblemente se alcanzaría más adelante y que con la operación pretendía precisamente retrasarse y aminorarse. Como tampoco le cabe duda de la existencia "de daño moral sufrido por el paciente a causa de la falta de información, ya que lo que parecía una intervención paliativa y conservativa rápida, desencadenó una notable agravación de su ya delicada situación causada por la tetraplejía que sufría, con el impacto

psicológico fácilmente comprensible. Pero en atención a lo ya razonado, supuso también una pérdida de oportunidad en esa franja intermedia de incertidumbre causal ante la verosimilitud de que hubiese consentido la intervención si se evaluarán todas las circunstancias concurrentes³².

La STS 105/2019, de 12 de febrero, aunque no se ocupa de un supuesto de responsabilidad médica, sin embargo, resulta de interés por lo que recoge respecto de la pérdida de oportunidad. Establece que “esta teoría se ubica en el ámbito de la causalidad material o física, como medio de la incertidumbre sobre ella, y con la consecuencia de reducción proporcional de la indemnización. Su aplicación es un paliativo del radical principio del “todo o nada” a la hora de determinar el nexo causal entre un hecho y el resultado acaecido, pues existen supuestos en los que la certeza absoluta no es posible, y su exigencia dejaría a las víctimas sin resarcimiento, por lo que se hace preciso moverse en términos de probabilidad. La moderna jurisprudencia huye de la exigencia de la certeza y se centra en el cálculo de probabilidades para fundamentar indemnizaciones parciales. Pero ello exige un esfuerzo de los tribunales a la hora de motivar sus resoluciones, para evitar que el quantum indemnizatorio se conceda a ciegas, pues la indemnización debe calcularse en función de la probabilidad de oportunidad perdida o ventaja frustrada y no en el daño real sufrido, que queda reservado para la certeza absoluta de la causa”.

En la STSJ de Valencia, 135/2024 de 31 de enero, –Sala de lo contencioso– en un supuesto de información incompleta ya que no se informó a la paciente “de los riesgos que podía entrañar la intervención que se le practicó (como sucedió), la cuestión que hay que examinar es si entre la intervención practicada a la paciente y el resultado dañoso producido existe una relación de causa efecto”, respondiendo el tribunal de forma afirmativa, tal y como se desprendía de la prueba practicada, y ello “con independencia de que la actuación médica fue correcta y conforme a la *lex artis*”. Y en cuanto a la valoración de la indemnización, la sentencia califica de “difícil trance” el relativo a efectuar dicha valoración debido a los múltiples factores que intervienen en la cuantificación del daño moral que va a depender de las concretas circunstancias de cada supuesto. En este caso junto al daño moral resarcible por “insuficiencia del consentimiento informado”, se reconoce igualmente indemnización por las lesiones sufridas, en particular, se tuvieron en cuenta que las secuelas producidas constituyen un daño desproporcionado (declaración de incapacidad permanente total para la profesión habitual), en relación con el acto médico en sí mismo considerado (pequeña cirugía con anestesia local) así como la edad de la paciente (42 años), los días de baja impeditiva y la incapacidad permanente total para el desempeño de la profesión habitual.

Y puesto que nos encontramos ante un supuesto sustanciado ante la jurisdicción contencioso-administrativa son de interés las manifestaciones realizadas por la juzgadora en relación a la indemnización por lesiones y la relación con los baremos fijados para accidentes de circulación a los efectos de calcular las indemnizaciones que resulten procedentes en el ámbito de la responsabilidad de los poderes públicos afirmando que “cuando se trata de abordar la indemnización por lesiones, en sentido técnico jurídico, que afectan a la vida o a la salud, que nunca son susceptibles de valoración concreta, no puede desconocerse el carácter objetivo y de generalidad que comporta la responsabilidad de las Administracio-

nes que, desde luego, no le exime del deber de indemnizar por la existencia de una responsabilidad cuya aceptación por nuestro Legislador ha sido una de las conquistas más necesarias en un Estado de Derecho, pero que tampoco comporta, como se ha dicho reiteradamente, que se convierta a las Administraciones en un a modo de aseguradora universal, que sin duda afectaría al mismo presupuesto de las Administraciones y la detracción de recursos para otros fines. Ciertamente que en esos baremos existe también responsabilidad objetiva, pero mediatizada por la generación del riesgo, circunstancia que no concurre, necesariamente, en el caso de esta responsabilidad, en que el daño indemnizable surge por mero hecho de la prestación de servicios públicos vinculado, entre otras condiciones, que el lesionado no tenga el deber de soportarlo”.

A juicio de determinadas opiniones doctrinales la jurisprudencia “no resulta ya proclive a varias de las aproximaciones consignadas: rechazar la indemnización con el argumento de que en todo caso habría acaecido el daño final; o atribuir responsabilidad por todo el daño final, sea con base en el criterio de imputación objetiva de la asunción del riesgo, o sea por considerar que, de haberse informado, el daño no se habría producido”. En su opinión quedarían *vigentes* el planteamiento de la pérdida de oportunidad de evitar el daño final y el de la lesión de la autonomía del paciente sin hacer causa de la incertidumbre respecto del resultado. El primero es por el que se ha decantado la jurisdicción civil, mientras que el segundo es aceptado en la contencioso-administrativa aunque el supuesto de la lesión del derecho de autodeterminación del paciente no supone necesariamente la exclusión de la teoría de la pérdida de oportunidad, pero lo que sí lo haría sería no otorgar relevancia a la incertidumbre causal sobre el daño final; es compatible indemnizar por el daño moral derivado de la lesión al derecho citado y, también el daño final en proporción a la probabilidad (ASÚA GONZÁLEZ, 2021, 455, 459).

En definitiva y hasta aquí tenemos que la falta de información tenida como uno de los elementos integrantes de la *lex artis* cuya falta es susceptible de hacer surgir la correspondiente responsabilidad a cargo del facultativo, sirve para reforzar la protección de determinados derechos de los pacientes. En este caso el relativo al derecho de autodeterminación. En 2006 se dijo (ROVIRA, 2006, 24-25) que si bien el consentimiento informado había sido objeto de un importante reconocimiento seguía considerándose como un requisito formal, y que aún no se aceptaba fácilmente que, en una actividad científica, profesional como la medicina los derechos fundamentales del paciente se impongan al criterio profesional. Para esta opinión no es suficiente con la incorporación del consentimiento informado a la *lex artis*, siendo necesario encuadrarlo “dentro de alguno de los derechos fundamentales del Capítulo II del Título I de la CE y así, para algunos, se considera que el consentimiento informado debiera de encadenarse, deducirse del derecho a la integridad del artículo 15, si bien otros creen que debería regularse junto a los derechos a la salud, o lo encuadran entre los derechos de tercera generación, que en realidad no son derechos. Otros, por el contrario, apoyan que el consentimiento informado se enmarque en el apartado 1 del artículo 17 de la Constitución”, pero acaba concluyendo que ninguna de las opiniones consultadas acaba argumentando, de manera convincente, la conexión entre consentimiento informado y derechos fundamentales. Para el autor el consentimiento informado no es sino un procedimiento, un instrumento que sirve para garantizar o asegu-

rar los derechos fundamentales de los pacientes. Se encuentra al servicio de un derecho fundamental (ROVIRA, 2006, 26). Y esa función apuntada no se discute. Efectivamente el consentimiento informado no es un derecho fundamental pero sí es manifestación del derecho fundamental a la integridad física y psíquica o moral. Denominado como «garantía», «procedimiento» o como un «principio», lo cierto es que se presenta como requisito imprescindible para poder referirnos a un ejercicio adecuado del derecho de autodeterminación o de autonomía del paciente reconocido por el legislador. Un derecho, a su vez, derivado del derecho fundamental constitucionalmente reconocido a la integridad física y moral. Su salvaguarda es la salvaguarda también del derecho fundamental a la integridad física y moral. La labor de la jurisprudencia en este punto incorporándolo como una obligación más de la *lex artis*, con las consecuencias que hemos visto tiene en caso de incumplimiento presenta un alcance práctico muy relevante. Lo cual no quiere decir que con ello se hayan agotado las posibilidades o que no sea necesario continuar trabajando para solventar, aún, no pocas cuestiones, por ejemplo, en materia de responsabilidad.

IV. CONCLUSIONES

I. El deber de información que recae sobre el facultativo y quienes asistan al paciente durante todo el proceso médico es presupuesto indispensable para poder recabar un consentimiento libre, voluntario y verdaderamente «informado». En atención a lo que se desprende de la ubicación sistemática y el tratamiento de ambos en el texto de la LRAP, no parece adecuado contemplarlas como dos etapas independientes en la medida en que la validez del segundo va a depender de que se cumpla con el deber de información de manera adecuada.

II. El derecho de autodeterminación del paciente sobre la base del derecho reconocido en el artículo 2 de la LRAP, entronca de modo directo con la dignidad de la persona, y como manifestación de su derecho a la libertad, sobre su libertad para disponer de su propio cuerpo y poder decidir si consiente o no una determinada actuación o tratamiento médico. Ello es suficiente para comprender que dicha información haya adquirido la consideración de elemento esencial de la *lex artis*. Es el profesional de la medicina quien cuenta con la información que deberá trasladar al paciente para permitirle ejercer su derecho de autodeterminación como mejor considere, siempre, eso sí, que se le haya informado.

III. La información integrada como elemento esencial de la *lex artis* no supone una mayor gravosidad para el profesional porque es una pieza clave, absolutamente necesaria para que el paciente pueda ejercer el derecho que la LRAP le reconoce y que, no hay que olvidar, afecta de modo directo a derechos fundamentales recogidos en la Constitución, el derecho a la integridad física y moral. Y esa incorporación es lógica si lo que se pretende es garantizar un adecuado ejercicio del citado derecho de autodeterminación. La información va referida a cuestiones relativas a la intervención quirúrgica o tratamiento propuesto, sus riesgos y/o alternativas. Es decir, relacionadas con ese conjunto de reglas que conforman la *lex artis* en atención a la especialidad o supuesto concreto de que se trate en cada caso. Una información que está en disposición de facilitar el facultativo y que el

paciente requiere para poder ejercitar su derecho de forma plena. Para que la formación interna del consentimiento sea la adecuada e idónea –libre, voluntario y consciente– para poder sustentar el ejercicio del derecho de autodeterminación para la finalidad que ha sido concebido y reconocido.

IV. Hay que tener presente la realidad del momento en que la norma debe ser aplicada y en el escenario actual el telón de fondo exige contemplar el derecho de autodeterminación del paciente como manifestación de otros aspectos relacionados, también, con la dignidad humana. En ese mismo contexto que ha dado en denominarse como la «humanización» de los servicios sanitarios. El consentimiento informado adecuado a las exigencias legales es, será, o debería ser, la consecuencia del cumplimiento del deber de información y es la garantía de otros tantos derechos fundamentales del paciente. Esa razón y el hecho de que, como se ha mencionado anteriormente, es el facultativo el que por razón de su pericia y formación profesional es quien cuenta con la información que al paciente le hace falta, justifica que se haya constituido como un elemento esencial de la citada *lex artis*. Convirtiéndolo así en fundamental instrumento o mecanismo de garantía del derecho del paciente.

V. La consideración del deber de información como elemento esencial de la *lex artis* explica igualmente, ahora en sede de responsabilidad civil, la equiparación en cuanto a sus consecuencias jurídicas entre aquellos supuestos en los que se ha producido un daño del que no se informó al paciente por más que la actuación del facultativo en el desarrollo de la propia intervención quirúrgica hubiese sido el adecuado, acorde a la diligencia exigible, con aquellos otros en los que el daño deriva de una actuación negligente del facultativo. En el primer caso, el comportamiento negligente ha consistido en la omisión de la información sobre los riesgos que comportaba, que no ha permitido al paciente optar, valorando dichos riesgos, por rechazar someterse a dicha intervención, lo que nos sitúa en una intervención no consentida. Y en el segundo en el desarrollo de la intervención quirúrgica misma de manera negligente. En ambos casos se han infringido las reglas que conforman la *lex artis*.

VI. El eventual daño moral, teniendo presente su dificultad de identificación y correlativa cuantificación, debe contemplarse como un daño por lesión al derecho de autodeterminación del paciente, como daño autónomo, en consonancia con el tratamiento legal y jurisprudencial otorgado a este derecho en tanto que manifestación de la dignidad de la persona y en particular del derecho fundamental a la integridad física y moral, manifestación que garantizada contribuye a la protección y defensa del derecho fundamental en cuyo contenido se integra.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES

- STC 207/1996 de 16 de diciembre
- STC 138/2000 de 29 de mayo
- STC 119/2001 de 24 de mayo
- STC 154/2002 de 18 de julio
- STC 37/2011 de 28 de marzo
- STEDH de 8 de marzo de 2022
- STS 560/2004 de 22 de junio

- STS 758/2005 de 21 de octubre
- STS 993/2006 de 4 de octubre
- STS 544/2007 de 23 de mayo
- STS 330/2015 de 17 de junio
- STS 227/2016 de 8 de abril
- STS 89/2017 de 15 de febrero
- STS 446/2019 de 18 de julio
- STS 140/2021 de 4 de febrero
- STS 680/2023 de 8 de mayo.
- STSJ 6349/2023 de 15 de diciembre de la Comunidad Valenciana
- STSJ 8534/2023, de 20 de diciembre de la Comunidad autónoma de Galicia
- STSJ 135/2024 de 31 de enero de la Comunidad Valenciana

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ASÚA GONZÁLEZ, C.I (2021). Aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria: coincidencias y divergencias entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa. En Ataz López y Cobacho Gómez (Coords.). *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños*. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón. T. I. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 441-468.
- BADENAS CARPIO, J.M. (2002). La responsabilidad civil médica. En Reglero Campos (Coord.) *Lecciones de Responsabilidad Civil* (2002). Navarra: Aranzadi, 251-270.
- BLAZQUEZ MARTÍN, R. (2022). La aplicación de la normativa de protección de los usuarios de servicios y productos médicos en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. En Herrador Guardia (Dir.). *Responsabilidad Médico-Sanitaria*, Madrid, Sepín, 205-260.
- BUSTO LAGO, J.M. (2014). Consentimiento informado y responsabilidad civil. *JULGAR*, Número Especial, 157-182.
- CABEZUELO ARENAS, A.L. (2013). Consentimiento informado: el consentimiento para la realización de intervenciones quirúrgicas ha de otorgarse por escrito. Inadmisibilidad de excepciones no previstas por la Ley. Comentario de la Sentencia de la Sala Tercera del TS nº. 7388/2012 de 13 de noviembre de 2012. Recurso de Casación nº.5283/2011. *Revista Aranzadi Doctrinal* nº. 11/2013, 1-4.
- CADENAS OSUNA, D. (2018). El consentimiento informado y la responsabilidad médica. Madrid. *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*. Colección Derecho Privado.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2011). El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral. Comentario a la STC 37/2011, de 28 de marzo. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº. 5/2011, 1-6.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2007). *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*. Madrid: Lex Nova.
- GALÁN CORTÉS, J.L. (2013). Comentario a la sentencia de 16 de enero de 2012. Responsabilidad civil médica por omisión del consentimiento informado.

- Responsabilidad de la entidad aseguradora de asistencia sanitaria. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. N.º. 91/2013, 1-11. Y (2020) *Responsabilidad civil médica*. Madrid: Civitas Thomson Reuters.
- HERNÁNDEZ MANZANARES, A. (2024). Análisis de la reciente doctrina jurisprudencial sobre negligencias médicas. *Diario La Ley*, n.º.10449, febrero 2024, 1-9.
- LLAMAS POMBO, E. (2023). Responsabilidad civil médica por error de diagnóstico. Editorial. *Práctica de Derecho de Daños*, n.º.155, abril 2023, 1-3. (1988) *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*. Madrid: Trivium.
- MARÍN CASTÁN, F. (2022). Aspectos generales y evolución de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad médico-sanitaria. En Herrador Guardia (dir.) *Responsabilidad médico-sanitaria*. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 39-70.
- MONTERROSO CASADO, E. (2018). La responsabilidad civil sanitaria. En Monterroso Casado (Coord.) *La responsabilidad civil profesional* (2018). Madrid: Udim. Ediciones CEF, 39-75.
- NEGRI, S. (2014). El consentimiento informado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *JULGAR*, Número Especial, 97-114.
- PEREIRA SÁEZ, C. (2014). Constitución y consentimiento informado: reflexiones sobre el fundamento constitucional del consentimiento informado en España a la luz de la STC 37/2011, de 28 de marzo. *JULGAR*, Número Especial, 47-65.
- ROVIRA VIÑAS, A. (2006). Dignidad, autonomía, libertad y consentimiento informado. *Revista de las Cortes Generales*, n.º. 67, 7-54.
- RUBIO TORRANO, E. (2012). Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012). *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º.3/2012, 1-4.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2014). La información al paciente y el consentimiento informado en el derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º. 8, 1-13.
- SEIJAS QUINTANA, J.A. (2022). Los medios y los resultados en la actividad médica. Consentimiento informado. En Herrador Guardia (Dir.). *Responsabilidad Médico-Sanitaria*. Sepín, 143-168.
- SEOANE SPIEGELBERG, J.L. (2024). Posición actual del Tribunal Supremo (Sala Civil) ante los pleitos por daños. En Herrador Guardia (Dir.). *Daño y Resarcimiento*. Sepín, 39-151.
- SEOANE, J.A. (2022). Lex Artis. *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º.38, 275-300.
- SILLERO CROVETTO, B. (2013). La responsabilidad civil médico-sanitaria. En Camas Jimena (Coord.) *Responsabilidad Médica*. (2013). Valencia: tirant lo blanch, 139-212.

NOTAS

¹ Sobre los antecedentes del consentimiento informado puede consultarse, entre otras, la obra de CADENAS OSUNA, D. (2018). El consentimiento informado y la responsabilidad médica, págs. 52 y ss.

² Así y entre otros, la Declaración de Helsinki de junio de 1964 adoptada por la Asociación Médica Mundial; la Declaración Universal de la ONU sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de noviembre de 1997; la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York, de diciembre de 2006.

³ BOE n.º. 251, de 20 de octubre de 1999.

⁴ <https://unesdoc.unesco.org>.

⁵ Ratificado por España en 2007. BOE n.º.96, de 21/04/2008.

⁶ OMS Derechos Humanos, (2023) <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>.

⁷ https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

⁸ *Vid.* la STEDH, de 9 de diciembre de 1994, relativa al caso *López Ostra c. España*.

⁹ <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents>.

¹⁰ *Pretty c. Reino Unido*, n.º.2346/02, 63, CEDH 2002 II; *Codarcea c. Rumanía*, 31675/04, 104, de 8 de junio de 2009.

¹¹ GÁLVEZ MUÑOZ, L (2003) y GONZÁLEZ ESCUDERO, Á. (2011). Sinopsis del artículo 15 CE <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis>.

¹² DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2007). Derecho sanitario y responsabilidad médica, pág.209.

¹³ Respecto a la evolución normativa del consentimiento informado en nuestro ordenamiento jurídico, CADENAS OSUNA, D. (2018). El consentimiento informado y la responsabilidad médica, págs.99 y ss.

¹⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2007). Derecho sanitario y responsabilidad médica, pág. 162.

¹⁵ STC 37/2011, de 28 de marzo de 2011. BOE n.º.101, de 28/04/2011, pág. 46.

¹⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2007) ob.cit., págs. 209-210. Entiende este autor que, a pesar de que el artículo 5.3 de la Ley “emplea la expresión «el médico que le asiste», para valorar cuándo el paciente carece de capacidad de entender la información, considera “más correcto ceñirse al «médico responsable» ya que éste viene más perfectamente determinado en el artículo 3 como el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria al paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial”.

¹⁷ Consentimiento informado que hay que distinguir del consentimiento contractual (art. 1262 CC) tal y como nos recuerda la doctrina (LLAMAS POMBO, E. 1988, 156 y ss).

¹⁸ Hace ya más de veinte años que el TS declaró en su sentencia 2750/2000, de 4 de abril, que una “información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada —puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente— y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica —no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión—, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario”.

¹⁹ *Vid.*, entre otros, los trabajos de DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2007). Derecho Sanitario y responsabilidad médica, págs.314 y ss.; MONTERROSO CASADO, E. (2018), La Responsabilidad Civil Profesional, págs., 46 y ss.; GALÁN CORTÉS, J.C. (2020) Responsabilidad Civil Médica, págs.913 y ss.; SEIJAS QUINTANA, J.A. (2022) Los medios y los resultados en la actividad médica. Consentimiento informado, pág. 153.

²⁰ SEIJAS QUINTANA, J.A. (2022). Los medios y los resultados en la actividad médica. Consentimiento informado, 2022, pág. 143.

²¹ SEIJAS QUINTANA, J.A (2022). Los medios y los resultados en la actividad médica. Consentimiento informado, 2022, pág.143.

²² *Vid.*, entre otros los trabajos de SEIJAS QUINTANA, J.A. (2022) Los medios y los resultados en la actividad médica. Consentimiento informado, págs. 144-145, GALÁN CORTÉS, J.C. (2020) Responsabilidad Civil Médica, págs. 169 y ss.

²³ Anteriormente RUBIO TORRANO, E. (Responsabilidad Civil Médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012) 2012, pág.1) ya había recogido como “resulta indudable que únicamente sobre la base de una información asistencial correcta puede a su vez satisfacerse el derecho del paciente a consentir de forma consciente, pero ello no impide disociar ambas facetas de la actividad sanitaria”

²⁴ También GALÁN CORTÉS, J.C. (Responsabilidad Civil Médica, 2020, págs.,750-751) se ha referido, recordando reiterados pronunciamientos del TS, a la consideración del consentimiento informado como una “exigencia de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médico-quirúrgica”; elemento esencial de la *lex artis*, de cuya omisión puede derivarse la correspondiente responsabilidad cuando en la práctica se producen los riesgos de los que no ha sido informado el paciente.

²⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO, A (Derecho sanitario y responsabilidad médica, Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica, pág.313).

²⁶ Para el autor habría que abandonar esa “insistencia en el ad-hocismo” y propone utilizar la expresión *lex artis* sumándose de esta forma a otras tantas opiniones que consideran la expresión *lex artis ad hoc* como exitosa pero vacía y tautológica, redundante o contradictoria, poco afortunada y carente de sentido (ob. cit. pág. 300).

²⁷ SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2014). La información al paciente y el consentimiento informado en el derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica, pág.9.

²⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2014). El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral. Comentario a la STC 37/2011, de 28 de marzo, pág.1.

²⁹ Porque entiende el TC que “según reiterada doctrina de este Tribunal (SSTC 126/1987, 22/1988, 112/1988 y 61/1990, por citar las más recientes) la libertad personal protegida por este precepto es la “libertad física”. La libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, pues esta clase de libertad, que es un valor superior del ordenamiento jurídico –art. 1.1 de la Constitución–, sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución les concede la categoría de derechos fundamentales incluidos en el capítulo segundo de su título I, como son las libertades a que se refieren el propio art. 17.1 y los arts. 16.1, 18.1, 19 y 20, entre otros”.

³⁰ BLAZQUEZ MARTÍN, R. (2022). La aplicación de la normativa de protección de los usuarios de servicios y productos médicos en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, 2022, pág.206.

³¹ BUSTO LAGO, J.M., (2014). Consentimiento informado y responsabilidad civil, 2014, pág.159.

³² Para CADENAS OSUNA, D., “ni los daños corporales derivados para el paciente del procedimiento médico no consentido ni la pérdida de oportunidad de haberlo rechazado constituyen daños que puedan imputarse al profesional sanitario por la omisión del consentimiento informado del paciente, los primeros por no resultar, como examinamos en el epígrafe que sigue, objetivamente imputables a la conducta omisiva del facultativo y los segundos por no constituir un verdadero daño a indemnizar, sino un criterio de imputación probabilística de otros daños aplicable en supuestos de incertidumbre causal” (ob. cit. pág.367).

1.7. Concursal

La reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria por la Ley 12/2023 y el Real Decreto-ley 6/2023. Tramitación electrónica y requisitos de procedibilidad¹.

The reform of mortgage foreclosure procedure by Law 12/2023 and the Royal Decree-law 6/2023. Electronic processing and procedural requirements.

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El 10 de enero de 2024 entró en vigor el Real Decreto-ley 6/2023 y su exigencia de que los procedimientos se inicien mediante demanda electrónica. No obstante las reformas al procedimiento de ejecución hipotecaria introducidas por el mismo entran en vigor el 20 de marzo de 2024, produciéndose la paradoja de que durante ese tiempo intermedio las notificaciones en el procedimiento (iniciado electrónicamente) podrán efectuarse presencialmente en el domicilio fijado en la escritura de préstamo hipotecario y que consta en el Registro de la Propiedad. Otro problema que plantea la reforma operada por el Real Decreto-ley 6/2023 se refiere al título ejecutivo. Normalmente, el acreedor hipotecario dispondrá de un título ejecutivo en documento no electrónico. Sin embargo, la ley no concede valor ejecutivo al mismo sino que exige la obtención de una segunda copia electrónica, que deberá otorgarse con el consentimiento de todos los interesados. La cuestión es si esta exigencia de que el título ejecutivo sea un documento electrónico es exigible retroactivamente. En cuanto a la eficacia de cosa juzgada, a los efectos de la ejecución, que pretende darse al auto por el que se despacha ejecución y que ha apreciado la existencia de cláusulas abusivas motivadamente, puede no ser conforme con la jurisprudencia comunitaria que parece exigir, en todo caso, la posibilidad de plantear oposición a la ejecución hipotecaria por existencia de cláusulas abusivas. La Ley 12/2023 también introduce como requisito de procedi-

bilidad para el despacho de la ejecución cuando el acreedor hipotecario es gran tenedor, el inmueble hipotecado es la vivienda habitual del deudor hipotecario y éste se encuentra en situación de vulnerabilidad económica, la necesidad de plantear con carácter previo a la demanda ejecutiva un procedimiento de intermediación o conciliación, en el que deberá aplicarse el Código de Buenas Prácticas del Real Decreto-Ley 6/2012, si el acreedor ejecutante se encuentra adherido al mismo.

ABSTRACT: On January 10, 2024, Royal Decree-Law 6/2023 came into force and its requirement that procedures be initiated through electronic demand. However, the reforms to the mortgage foreclosure procedure introduced by it come into force on March 20, 2024, producing the paradox that during that intermediate time notifications in the procedure (initiated electronically) may be made in person at the address established in the mortgage loan deed and recorded in the Property Registry. Another problem posed by the reform carried out by Royal Decree-Law 6/2023 refers to the executive title. Normally, the mortgagee will have an executive title in a non-electronic document. However, the law does not give executive value to it but requires obtaining a second electronic copy, which must be granted with the consent of all interested parties. The question is whether this requirement that the executive title be an electronic document is enforceable retroactively. Regarding the effectiveness of res judicata, for the purposes of execution, which is intended to be given to the order by which execution is dispatched and which has appreciated the existence of abusive clauses with reasons, it may not be in accordance with the community jurisprudence that seems to require, in any case, the possibility of raising opposition to the mortgage foreclosure due to the existence of abusive clauses. Law 12/2023 also introduces as a procedural requirement for the execution when the mortgage creditor is a large holder, the mortgaged property is the habitual residence of the mortgage debtor and the latter is in a situation of economic vulnerability, the need to raise with priority to the executive demand, an intermediation or conciliation procedure, in which the Code of Good Practices of the Royal Decree-Law 6/2012 must be applied, if the executing creditor is a member of it.

PALABRAS CLAVE: Ejecución hipotecaria, título ejecutivo electrónico, conciliación previa.

KEYWORDS: Mortgage foreclosure, electronic executive title, prior conciliation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REQUISITOS PARA PODER INICIAR UNA EJECUCIÓN HIPOTECARIA. LUGAR DE NOTIFICACIÓN.—III. LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA EJECUTIVA. 1. NECESIDAD DE APORTAR LA DEMANDA EJECUTIVA Y LOS DOCUMENTOS QUE LA ACOMPAÑAN EN FORMATO ELECTRÓNICO. 2. MENCIÓN DE SI EL INMUEBLE HIPOTECADO ES VIVIENDA HABITUAL, SI EL EJECUTANTE ES GRAN TENEDOR Y SI EL DEUDOR SE ENCUENTRA EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD ECONÓMICA. 2.1 *El inmueble hipotecado es vivienda habitual.* 2.2. *Ejecutante gran tenedor.* 2.3. *Deudor en situación de vulnerabilidad económica.* 2.4. *Consecuencias de la concurrencia de las tres circunstancias anteriores.*—IV. DESPACHO DE LA EJECUCIÓN.—V. LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.—VI. EJECUCIONES HIPOTECARIAS INICIADAS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 12/2023, DE 24

DE MAYO.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda y el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, han introducido importantes reformas en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

La Ley 12/2023 entró en vigor, en términos generales, el 26 de mayo de 2023 (disposición final novena) y el Real Decreto-ley 6/2023 hizo lo propio el 21 de diciembre de 2023, si bien el Libro Primero sobre Medidas de Eficiencia Digital y Procesal del Servicio Público de Justicia y las disposiciones transitorias primera a tercera entraron en vigor a los 20 días de su publicación en el BOE, o sea, el 10 de enero de 2024, y las previsiones de su Título VIII sobre Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, a los tres meses de su publicación en el BOE, o sea, el 20 de marzo de 2024.

Destacamos estas distintas fechas de entrada en vigor ya que las modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil por el Real Decreto-ley 6/2023 se producen en el Título VIII del Libro Primero, artículo 103, estando vigentes a partir del 20 de marzo de 2024, si bien, la disposición transitoria segunda, prevé que las previsiones del Libro Primero (que implican una digitalización de las actuaciones judiciales)² sean aplicables a los procedimientos judiciales *incoados con posterioridad al 10 de enero de 2024*, salvo que el propio Libro Primero prevea otra cosa.

Esto quiere decir que las ejecuciones hipotecarias que se inicien con posterioridad al 10 de enero de 2024, se tramitarán por medios electrónicos, si bien las modificaciones previstas en el Título VIII del Libro Primero sólo serán aplicables a partir del 20 de marzo de 2024.

Así, el artículo 32 del Real Decreto-ley 6/2023 señala que “la presentación de escritos y documentos, los actos de comunicación, la consulta de expedientes judiciales o de su estado de tramitación, cualesquiera otras actuaciones y todos los servicios prestados por la Administración de Justicia se llevarán a cabo por medios electrónicos. Se exceptúa de lo anterior a las personas físicas que, conforme a las leyes procesales, no actúen representadas por Procurador. En estos casos, las personas físicas podrán elegir, en todo momento, si se comunican con la Administración de Justicia a través de medios electrónicos o no, salvo en aquellos supuestos en los que expresamente estén obligadas a relacionarse a través de tales medios.

Igualmente se realizarán por medios electrónicos las comunicaciones, traslado de expedientes judiciales electrónicos, documentos y datos, y todo intercambio de información, entre órganos y oficinas judiciales y fiscales, y demás órganos, administraciones e instituciones en el ámbito de la Administración de Justicia, de apoyo o de colaboración con la misma”.

Por su parte, el artículo 539.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil indica que “el ejecutante y el ejecutado deberán estar dirigidos por Letrado y representados

por Procurador, salvo que se trate de la ejecución de resoluciones dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales”. Por lo que las ejecuciones hipotecarias exigen tramitación electrónica.

En este sentido, el artículo 33 del Real Decreto ley 6/2023 en relación con la actuación de Letrados y Procuradores señala que los profesionales que “se relacionan con la Administración de Justicia presentarán sus demandas y otros escritos por vía telemática, empleando para el escrito principal la firma electrónica establecida en este real decreto-ley”, firma a que hacen mención los artículos 6.2.d) y 20 del texto legal, que remiten a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, al Reglamento (UE) 910/2014, de 23 de julio de 2014 y a la Ley 6/2020, de 11 de noviembre³.

II. REQUISITOS PARA PODER INICIAR UNA EJECUCIÓN HIPOTECARIA. LUGAR DE NOTIFICACIÓN

La acción real hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Capítulo V del Título IV del Libro III que lleva por rúbrica “*De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados*”, con las especialidades que se establecen en el presente Capítulo (arts. 681 a 698 LEC).

El artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil marca el ámbito de aplicación de este Capítulo, aplicable cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda.

Además será preciso cumplir con los requisitos señalados en el artículo 682.2.1º LEC, que en su redacción anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2023, señalaba:

“1º. Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta que no podrá ser inferior, en ningún caso al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario”.

2º. Que, en la misma escritura, conste un domicilio que fijará el deudor para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones. También podrá fijarse, además, una dirección electrónica a los efectos de recibir las correspondientes notificaciones electrónicas, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 660⁴.

El Registrador hará constar en la inscripción de hipoteca las circunstancias a que se refiere el apartado anterior (art. 682.3 LEC).

Como consecuencia de la reforma operada por el Real Decreto-ley 6/2023, el artículo 682.2.1º LEC pasa a tener una nueva redacción, señalando como requisitos para poder ejercitar la acción real hipotecaria con arreglo a las previsiones fijadas en el mismo, los siguientes:

“1º. Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre,...

2º. Que, en la misma escritura, conste un domicilio que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones.

Los actos de comunicación *se practicarán siempre por medios electrónicos cuando sus destinatarios tengan obligación, legal o contractual, de relacionarse con la Administración de Justicia por dichos medios...*”.

Por lo tanto, con arreglo a la nueva redacción dada al precepto por el Real Decreto-ley 6/2023, los actos de comunicación del artículo 149 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 49.1 Real Decreto-ley 6/2023) que se verifiquen en el procedimiento de ejecución hipotecaria se verificarán mediante comparecencia en la Carpeta Justicia o correspondiente sede judicial electrónica, sin perjuicio de la eficacia de la comunicación cuando el destinatario se dé por enterado, conforme a lo dispuesto en el artículo 166.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 50.1 RD-ley 6/2023)⁵.

Se entenderá por comparecencia en la Carpeta Justicia o en la sede judicial electrónica el acceso por la persona interesada o su representante debidamente identificado al contenido del acto de comunicación (art. 50.2 RD-ley).

A la sede judicial electrónica se refiere el artículo 8 del Real Decreto-ley 6/2023, constituyendo una dirección electrónica disponible a través de redes de telecomunicación, cuya titularidad, gestión y administración corresponde a cada una de las administraciones competentes en materia de justicia. Estas sedes judiciales electrónicas se crearán mediante disposición publicada en el BOE o Diario Oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente y permitirán el acceso al expediente judicial electrónico, a la presentación de escritos, a la práctica de actos de comunicación y a la agenda de señalamientos e información, en su caso, de los sistemas habilitados de videoconferencia (art. 10.2.d) del RD-ley 6/2023).

La Carpeta de Justicia es un servicio personalizado que facilitará el acceso a los servicios, procedimientos e informaciones accesibles de la Administración de Justicia que afecten a un ciudadano cuando sea parte o justifique un interés legítimo y directo en un procedimiento o actuación judicial. Este servicio de Carpeta Justicia podrá ofrecerse a través de un sistema común, a través de las respectivas sedes judiciales electrónicas de cada uno de los territorios, o a través de ambos sistemas. Para ello el ciudadano y su profesional autorizado deberán identificarse previamente en alguna de las formas admitidas por el Real Decreto-ley 6/2023 (art. 13)⁶.

Es por este motivo que los profesionales (Letrados y Procuradores) tienen derecho a acceder y conocer por medios electrónicos el estado de la tramitación de los procedimientos en los que, según conste en el procedimiento judicial, ostenten la representación procesal o asuman la defensa letrada y a obtener copia del expediente judicial electrónico y de los documentos electrónicos que formen parte de estos procedimientos (art. 6.2.a) y b)).

La Carpeta Justicia facilitará un servicio de consulta del estado de la tramitación de todos los expedientes judiciales electrónicos en los que el ciudadano sea parte, pudiendo obtener original, copia o justificante, según proceda, de los documentos, resoluciones procesales y judiciales (art. 16.2 y 17.1 RD-ley 6/2023).

La persona interesada podrá identificar un dispositivo electrónico y, en su caso, una dirección de correo electrónico que servirán para el envío de informa-

ción y de avisos de puesta a disposición de actos de comunicación (art. 49.4 RD Ley 6/2023).

Con la nueva redacción que el Real Decreto-ley 6/2023 da al artículo 682.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil no cabe ya realizar notificaciones al correo electrónico del ejecutado (que figure en el Registro de la Propiedad) sino que las mismas se recibirán a través de la sede electrónica judicial o la Carpeta Justicia.

No obstante en el tiempo que media entre el 10 de enero de 2024 y el 20 de marzo de 2024, el procedimiento de ejecución hipotecaria que debe iniciarse de forma electrónica permite de forma no muy coherente la práctica de notificaciones con arreglo al sistema anterior, si bien ello parece contradecir lo dispuesto en el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 6/2023 según el cual “cuando se utilicen medios electrónicos en la gestión del procedimiento, los actos de comunicación y notificación que hayan de practicarse se realizarán conforme a las disposiciones contenidas en este real decreto-ley”.

Es por este motivo que pienso que la disposición transitoria segunda debe ponerse en relación con la disposición final novena.² y entenderse que la obligación de iniciar los procedimientos de ejecución hipotecaria en forma electrónica no es exigible hasta el 20 de marzo de 2024.

III. LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA EJECUTIVA.

1. NECESIDAD DE APORTAR LA DEMANDA EJECUTIVA Y LOS DOCUMENTOS QUE LA ACOMPAÑAN EN FORMATO ELECTRÓNICO.

De acuerdo con el artículo 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “la demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes”.

Tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2023, las partes deberán presentar la demanda y los documentos que la acompañen en formato electrónico. Así se desprende del artículo 41 de la mencionada norma⁷.

La presentación de escritos, documentos, o instrumentos por medios electrónicos habrá de cumplir, en todo caso, con lo dispuesto en las leyes procesales (arts. 549, 550 y 685 LEC) y con la normativa técnica establecida en el marco del Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica en las leyes procesales y, en su caso, con la normativa técnica. En los mismos deberá constar necesariamente: la identidad de la persona que lo presente; el órgano judicial a que se dirige, el tipo y número de procedimiento al que se ha de incorporar y la fecha de presentación (art. 42 RD-ley 6/2023)⁸.

A la demanda ejecutiva debe acompañarse el título de crédito revestido de los requisitos que la Ley de Enjuiciamiento Civil exige para el despacho de la ejecución, así como los demás documentos a que se refieren el artículo 550 y, en sus respectivos casos, los artículos 573 y 574 LEC (art. 685.2.1º LEC).

En caso de ejecución sobre bienes hipotecados si no pudiese presentarse el título inscrito, deberá acompañarse con el que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca.

El problema que se plantea es que la escritura pública, que es primera copia, y que ha causado asiento de inscripción (título ejecutivo según el art. 517.1.4º LEC), puede no ser una escritura pública electrónica⁹. Se plantea entonces la cuestión de cómo proceder¹⁰.

Con arreglo al artículo 17.bis.3 de la Ley del Notariado “el notario podrá expedir copias autorizadas con su firma electrónica cualificada, bajo las mismas condiciones que las copias en papel, con la indicación al pie de copia del destinatario, previa comprobación de su interés legítimo. La copia autorizada se remitirá a través de la sede electrónica notarial. Del mismo modo remitirá copia simple electrónica con mero valor informativo, incorporando la sede electrónica notarial sello electrónico con marca de tiempo confiable”¹¹.

Sería pues, preciso obtener esta copia electrónica para adjuntarla a la demanda ejecutiva, teniendo presente que de acuerdo con el artículo 517.1.4º LEC, esta copia sería segunda copia, y debería expedirse con la conformidad de todas las partes¹².

Además, siendo segunda copia no se trata del título inscrito y por lo tanto sería preciso adjuntar certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca también en formato electrónico¹³.

Todo ello hace pensar si este cambio puede imponerse de forma retroactiva a escrituras de hipoteca otorgadas antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2023, siendo de la opinión de que por razones de seguridad jurídica y en aras del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho al proceso, sería indispensable posponer la necesidad de tramitación electrónica del procedimiento de ejecución hipotecaria¹⁴.

En relación con el poder otorgado al Procurador, en el Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes existirá un Registro de Apoderamientos Judiciales en el que deberán inscribirse los apoderamientos otorgados presencialmente o electrónicamente por quien ostente la condición de interesado en un procedimiento judicial a favor de su representante, para actuar en su nombre ante la Administración de Justicia (art. 74.1 RD-ley 6/2023).

El poder en que la parte otorgue su representación por comparecencia electrónica, a través de una sede judicial electrónica, en el registro de electrónico de apoderamientos judiciales, se efectuará haciendo uso de los sistemas de firma electrónica previstos en este real decreto-ley.

Cuando el poderdante no disponga de sistema de firma electrónica previsto en este real decreto-ley podrá conferir el poder por comparecencia personal ante el letrado o letrada de la Administración de Justicia de cualquier oficina judicial, debiendo este, en todo caso, asegurar la inscripción en el Registro Electrónico de Apoderamientos Judiciales (art. 74.5 RD-ley 6/2023).

De acuerdo con el artículo 77 del Real Decreto-ley 6/2023 “la representación procesal se acreditará mediante consulta automatizada orientada al dato que confirme la inscripción de esta en el Registro Electrónico de Apoderamientos Judiciales, cuando el sistema lo permita. En otro caso, se acreditará mediante la certificación de la inscripción en el Registro Electrónico de Apoderamientos Judiciales.

En todos los casos, quien asuma la representación procesal indicará el número asignado a la inscripción en dicho Registro”.

Si el poder no se otorgara “*apud acta*”, deberá presentarse escritura pública electrónica de poder a favor del Procurador.

2. MENCIÓN DE SI EL INMUEBLE HIPOTECADO ES VIVIENDA HABITUAL, SI EL EJECUTANTE ES GRAN TENEDOR Y SI EL DEUDOR SE ENCUENTRA EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD ECONÓMICA.

2.1. *El inmueble hipotecado es vivienda habitual.*

En relación con la mención de si la vivienda es habitual o no, el artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria señala que “en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial el inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución”.

Pienso que se trata de una presunción *iuris tantum* que puede destruirse por prueba en contrario, que puede aportar el acreedor hipotecario. A estos efectos, el artículo 3.i de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, entiende por residencia habitual “la vivienda que constituye el domicilio permanente de la persona que la ocupa y que puede acreditarse a través de los datos obrantes en el padrón municipal u otros medios válidos en derecho”.

Ahora bien, corresponde al propietario de la vivienda habitual comunicar al Registro de la Propiedad cualquier cambio en el destino del inmueble, como contrapartida a las facultades de “uso, disfrute y disposición de la misma conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y *la demás que resulte de aplicación*” (art. 10.1.a) Ley 12/2023). Si tal cambio de destino no se hubiese reflejado registralmente, es obligación del deudor ponerlo de manifiesto en la ejecución (art. 11.1.a) Ley 12/2023), dadas las relevantes consecuencias jurídicas que la ley vincula a tal calificación, so pena de incurrir en una actuación contraria a la buena fe procesal o constitutiva de fraude de ley o procesal (art. 247.1 y 2 LEC). Pudiendo incurrir en la multa de entre 180 y 6000 euros a que se refiere el artículo 247.3 LEC. Para determinar la cuantía de la multa, el Tribunal deberá atender a las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar.

2.2. *Ejecutante gran tenedor.*

Se entiende por gran tenedor de vivienda conforme a lo previsto en la letra b) del apartado 6 del artículo 439 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el definido por el artículo 3.k) de la Ley 12/2023.

El artículo 3.k) de la mencionada norma define al gran tenedor en los siguientes términos: “a los efectos de lo establecido en esta ley, la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1500 m² de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. Esta definición podrá ser particularizada en la declaración de

entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma en la correspondiente memoria justificativa”.

La particularización de la definición entiendo que no es de aplicación ya que la declaración por la Administración de zona de mercado residencial tensionado principalmente habilita al Estado para realizar un programa de estímulo de la oferta de vivienda asequible en dicho ámbito; adopción de medidas de financiación específicas para ese entorno que puedan favorecer la contención o reducción de precios de alquiler o venta así como el establecimiento de medidas o ayudas públicas específicas adicionales dentro del plan estatal de vivienda vigente (art. 18.5 y 6 Ley 12/2023).

En el caso de indicarse en la demanda ejecutiva que no se tiene la condición de gran tenedor, a efectos de corroborar tal extremo, deberá adjuntarse certificación del Registro de la Propiedad en el que conste la relación de propiedades a nombre de la parte actora (art. 439.6.b).2º y art. 685.2.4º LEC), en formato electrónico.

2.3. Deudor en situación de vulnerabilidad económica.

Para acreditar la concurrencia o no de vulnerabilidad económica en el deudor el acreedor ejecutante deberá aportar documento acreditativo, de vigencia no superior a tres meses, emitido previo consentimiento del deudor hipotecario de la vivienda, por los servicios de las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social que hayan sido específicamente designados conforme a la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda (art. 685.2.6º LEC).

Hay, pues, una remisión a la regulación de la normativa autonómica en materia de vivienda respecto de cuál sea dicho documento acreditativo de vulnerabilidad económica.

Pero este requisito también podrá cumplirse en la forma indicada en el artículo 685.2.7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, mediante declaración responsable emitida por el acreedor ejecutante de haber acudido a los servicios indicados dentro de los cinco meses anteriores a la presentación de la demanda ejecutiva sin haber sido atendida o sin que se hubieren iniciado los trámites correspondientes en un plazo de dos meses desde la presentación de su solicitud, declaración verificada en formato electrónico y con firma electrónica del acreedor hipotecario persona física o representante de la persona jurídica. Deberá aportarse también justificante acreditativo de tal solicitud (o sea, la instancia presentada en los servicios de vivienda con registro electrónico de entrada).

Para el caso de que el deudor hipotecario no hubiese consentido el estudio de su situación económica, el artículo 685.2.7.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé la presentación de documento acreditativo de tal extremo expedido por los servicios de vivienda y con una antigüedad máxima de tres meses en el momento de presentar la demanda ejecutiva.

La norma no indica, a diferencia del apartado 7 del artículo 441 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducido por la Disposición Final quinta.4 de la Ley 12/2023, que parámetros deben tenerse en cuenta para considerar al deudor en situación de vulnerabilidad económica. A efectos del juicio de desahucio por falta

de pago, se puede considerar el que el importe de la renta más los suministros de electricidad, gas, agua y telecomunicaciones suponga más del 30 % de los ingresos de la unidad familiar y que el conjunto de ingresos de ésta no alcance los mínimos indicados en el artículo 441.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tampoco atiende el precepto a la posible vulnerabilidad del acreedor ejecutante (cosa que sí hace el art. 44.7 LEC)¹⁵.

2.4. Consecuencias de la concurrencia de las tres circunstancias anteriores.

En el caso de que el acreedor hipotecario sea un gran tenedor de vivienda, el inmueble objeto de la demanda sea la vivienda habitual del deudor hipotecario y se tenga constancia de que éste se encuentra en situación de vulnerabilidad económica, se inadmitirá la demanda ejecutiva si no se acreditase que el acreedor ejecutante se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas competentes. Procedimiento que tiene por finalidad propiciar un acuerdo basado en el análisis de las circunstancias de ambas partes y de las posibles ayudas y subvenciones existentes conforme a la legislación autonómica en materia de vivienda.

Se trata, pues, de haber intentado alcanzar un acuerdo transaccional que deje sin efecto el vencimiento anticipado de la obligación y la pérdida del beneficio del plazo (*arg. ex art. 24 Ley 5/2019*), permitiendo una reestructuración de la hipoteca mediante su novación modificativa objetiva, la cual deberá plasmarse en nueva escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad (art. 144 LH).

Dicha reestructuración entiendo que debe producirse aplicando los parámetros del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (art. 1 y 2 del Real Decreto-ley 6/2012), si la entidad ejecutante se encuentra adherida al mismo, pues de lo contrario, el Real Decreto-ley quedaría virtualmente inoperante. Ahora bien, teniendo presentes las ayudas y subvenciones que existan en materia de vivienda.

Si la entidad ejecutante no se encontrase adherida a este Código de Buenas Prácticas, el acuerdo transaccional sería libre con los límites que resultan de los arts. 1809, 1814 y 6.2 y 1255 del Código Civil.

Este requisito se justificará en la ejecución hipotecaria presentado junto con la demanda ejecutiva un documento acreditativo de los servicios competentes que indique el resultado del procedimiento de conciliación o intermediación, en el que se hará constar la identidad de las partes, el objeto de la controversia y si alguna de las partes ha rehusado participar en el procedimiento en su caso. Este documento que acredita el intento infructuoso de alcanzar una novación de la hipoteca tendrá una vigencia máxima de tres meses, debiendo presentarse la demanda ejecutiva durante dicho plazo.

Este requisito de haberse sometido el acreedor hipotecario al procedimiento de conciliación o intermediación podrá acreditarse también mediante declaración responsable emitida por la parte actora de que ha acudido a los servicios de las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, dentro

de los cinco meses anteriores a la presentación de la demanda, para someterse al procedimiento de conciliación o intermediación, sin haber sido atendida o sin que se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud. A dicha declaración responsable deberá acompañarse justificante acreditativo de la presentación de la solicitud de intermediación o de la solicitud de inicio del procedimiento de conciliación.

Si el acreedor hipotecario fuera una entidad pública de vivienda el requisito anterior se podrá sustituir, en su caso, por la previa concurrencia de la acción de los servicios específicos de intermediación *de la propia entidad*, que se acreditará en los términos explicados antes.

Entiendo que alcanzada una transacción que nove la hipoteca, no cabría obligar al acreedor a someterse a nuevos procedimientos de conciliación o intermediación si la obligación novada es incumplida, lo que erosionaría enormemente el principio de responsabilidad patrimonial universal y fomentaría una cultura de impago de deudas (art. 1911 CC).

Únicamente cabría que el deudor, si el acreedor está sujeto al Código de Buenas Prácticas del Real Decreto-ley 6/2012, solicitara la dación en pago del inmueble hipotecado con arreglo al apartado 3.a).2º del Anexo que indica: “también podrán cursar esta solicitud los deudores que tengan aprobado y en curso un plan de reestructuración que observen su imposibilidad de atender los pagos después de veinticuatro meses desde la solicitud de reestructuración. En este caso, la *entidad valorará la posible entrega del bien hipotecado* por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que ésta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda”.

La dación en pago solo podrá imponerse al deudor en el curso de la conciliación o intermediación o con posterioridad, durante la ejecución hipotecaria si la reestructuración de la deuda hipotecaria no fuere inicialmente viable en los términos del apartado 2.a) en relación con el 3.a) del citado Anexo, por absorber la cuota hipotecaria más del 50 por ciento de los ingresos de la unidad familiar.

En tal caso, con arreglo al apartado 3.a) del Anexo, “en el plazo de veinticuatro meses desde la solicitud de la reestructuración, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, para los que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables conforme a lo establecido en el apartado 2, podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos previstos en este apartado. En estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que ésta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda”.

IV. DESPACHO DE LA EJECUCIÓN.

Presentada la demanda ejecutiva con los documentos electrónicos que preceptivamente deben acompañarla, el tribunal, siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal, no considere abusivas las cláusulas contenidas en la escritura pública que sirven de fundamento a la ejecución (p.e., cláusula de vencimiento an-

ticipado *ex art. 24 Ley 5/2019*) o que determinen la cantidad exigible (p.e., cláusula de intereses de demora *ex art. 25 Ley 5/2019*), y siempre que los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título ejecutivo dictará auto despachando ejecución (art. 551.1.1º LEC)¹⁶.

Con carácter previo, el letrado de la Administración de Justicia llevará a cabo la oportuna consulta al Registro Público Concursal a los efectos previstos en el artículo 600 y siguientes del Texto Refundido de la Ley Concursal, es decir, a efectos de tener conocimiento de si existe una resolución judicial teniendo por efectuada la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores (a los efectos de lograr un plan de reestructuración), lo que impide el inicio de la ejecución si se trata de bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor (art. 600 TRLC).

El Registro público concursal es un instrumento técnico de información, de acceso público, gratuito y permanente sobre las principales resoluciones que se dicten en los concursos de acreedores declarados en España o que hayan de producir efectos en España, sobre las comunicaciones de apertura de negociaciones, las homologaciones judiciales de los planes de reestructuración, así como de las personas naturales y jurídicas que puedan ser nombradas administradores concursales y de la información existente sobre liquidaciones y ventas de activos y unidades productivas (art. 560.1 TRLC). El Registro también da noticia de las declaraciones de concurso, a los efectos de impedir el inicio de ejecuciones hipotecarias sobre bienes necesarios para la actividad profesional (arts. 145, 146 y 147 TRLC).

Siendo posible el despacho de la ejecución según los datos obrantes en el Registro Público Concursal, dictado el auto correspondiente, el letrado de la Administración de Justicia pondrá en conocimiento del Registro Público Concursal la existencia del mismo con expresa especificación del número de identificación fiscal del deudor persona física o jurídica contra el que se ha despachado ejecución, de manera que el Registro Público Concursal notificará al juzgado que esté conociendo de la ejecución la práctica de cualquier asiento que se lleve a cabo en el mismo y que esté asociado al número de identificación fiscal notificado a los efectos previstos en la legislación concursal (en nuestro caso, los determinados en los arts. 145 y ss. TRLC). El letrado de la Administración Concursal también deberá poner en conocimiento de este Registro la finalización del procedimiento de ejecución hipotecaria. De este modo, una declaración de concurso posterior a la finalización de este procedimiento, impedirá iniciar una ejecución ordinaria *ex art. 579 LEC*, debiendo el acreedor insatisfecho insinuar su crédito en el concurso y pudiendo acogerse el deudor persona física a la exoneración del pasivo insatisfecho previa liquidación o mediante su sujeción a un plan de pagos (art. 486 y ss. TRLC).

Contra el auto autorizando y despachando la ejecución no se dará recurso alguno, sin perjuicio de la oposición que pueda formular el ejecutado.

La Ley de Enjuiciamiento Civil indica también que el auto por el que se despache ejecución deberá expresar “cuando la ejecución se fundamente en un contrato celebrado entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, que las cláusulas que sirven de fundamento a la ejecución y que determinan la

cantidad exigible insertas en los títulos ejecutivos extrajudiciales no son abusivas” (art. 551.2.5º LEC)

Si en el auto se hubiese indicado que no se consideran abusivas las cláusulas incluidas en la escritura de préstamo hipotecario que fundamentan la ejecución o que determinan la cantidad exigible, se indicará al deudor que puede oponerse a la valoración que de oficio ha realizado el tribunal en el trámite de oposición a la ejecución, advirtiéndole que en caso de no oponerse en tiempo y forma, no podrá impugnar las cláusulas que estime abusivas en un momento posterior (art. 551.4 LEC).

Pero si el tribunal hubiese apreciado de oficio la abusividad de alguna de dichas cláusulas contenidas en la escritura de préstamo hipotecario, dará audiencia por quince días a las partes. Oídas estas, acordará lo procedente en un plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3ª LEC. Es decir, dictará auto denegando el despacho de la ejecución, si la cláusula abusiva constituía el fundamento de la ejecución o bien, despachará ejecución sin aplicación de aquellas cláusulas que determinan la cantidad exigible y que considera abusivas. Una vez firme el auto que resuelva la controversia, el pronunciamiento sobre la abusividad tendrá eficacia de cosa juzgada (art. 552.4 LEC), lo que no parece muy conforme con la STJUE (Gran Sala) 112/2022, de 17 de mayo de 2022, que parece exigir la posibilidad de una oposición a la ejecución por parte del deudor, en todo caso. Con la redacción legal sólo podría plantearse oposición cuestionando la validez de otras cláusulas que no tuvo en cuenta el juzgador y no fueron objeto del debate previo al despacho de la ejecución.

En todo caso, la eficacia de cosa juzgada entiendo que es “a los solos efectos de la ejecución”, lo que no impide al acreedor hipotecario hacer valer sus derechos en el proceso ordinario correspondiente (*arg., ex* art. 552.3 en relación con el art. 561 LEC) ¹⁷.

V. LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

El Real Decreto-ley 6/2023 reforma el artículo 695.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La reforma precisa que “de estimarse la causa 4ª [de oposición a la ejecución hipotecaria], se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará con la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva. El auto [que resuelva la oposición por el carácter abusivo de una o varias cláusulas contractuales incluidas en la escritura de préstamo hipotecario] se pronunciará expresamente sobre el carácter abusivo de las cláusulas examinadas, y una vez firme, dicho pronunciamiento tendrá eficacia de cosa juzgada”.

En términos similares se reforma el artículo 561 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo al auto resolutorio de la ejecución ordinaria por motivos de fondo, indicando ahora en su párrafo segundo que “cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquellas consideradas abusivas. Una vez firme el auto, el pronunciamiento sobre la abusividad tendrá eficacia de cosa juzgada”.

A pesar de la literalidad de los preceptos referidos y de la expresa voluntad del legislador de señalar la eficacia de cosa juzgada de los autos que resuelven la oposición a la ejecución hipotecaria por existencia de cláusulas abusivas que fundamenten la misma o determinen la cantidad exigible, entiendo que esta cosa juzgada, como he indicado antes, lo es a efectos de la ejecución hipotecaria (o de la ejecución ordinaria posterior *ex art.* 579 LEC) y que en ningún caso puede impedir un debate con plenitud de medios de alegación y prueba en un procedimiento declarativo, dado el carácter sumario que tiene la fase de cognición limitada del procedimiento ejecutivo. Ello lo demostraría la dicción de los artículos 564 y 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VI. EJECUCIONES HIPOTECARIAS INICIADAS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 12/2023, DE 24 DE MAYO

Para aquellas ejecuciones hipotecarias iniciadas antes de la entrada en vigor de la Ley 12/2023 y, por lo tanto, de la reforma que verifica en el artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a los documentos que deben acompañar a la demanda ejecutiva, la Ley 12/2023 incorpora un artículo 655 bis a la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a la subasta de bienes inmuebles, que pretende garantizar, antes del inicio de la vía de apremio, que conste en la misma la vulnerabilidad económica y, en su caso, social del deudor hipotecario.

Este extremo será preciso que conste cuando el bien inmueble a subastar sea la vivienda habitual del ejecutado y el acreedor sea una empresa de vivienda o un gran tenedor en los términos previstos por la letra b) del apartado 6 del artículo 439 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no haya sido acreditado antes del inicio de la vía de apremio.

Para acreditar la concurrencia o no de tal vulnerabilidad económica de la parte ejecutada se deberá aportar documento acreditativo de vigencia no superior a tres meses, emitido, previo consentimiento del deudor hipotecario, por los servicios de las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social que hayan sido específicamente designados conforme a la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda.

Si no se hubiese expedido este informe, cabe sustituir la presentación del mismo por una declaración responsable emitida por la parte actora, de haber acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de cinco de meses de antelación al inicio de la vía de apremio sin haber sido atendida o sin que se hubieran iniciado los trámites correspondientes para expedir dicho informe en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con el justificante acreditativo de esta solicitud presentada.

En este caso, el Juzgado se dirigirá a las Administraciones competentes a fin de que confirmen en el plazo máximo de diez días, si el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad económica y, en su caso, social, así como las medidas previstas que se aplicarán de forma inmediata para que disponga de una vivienda.

También cabe presentar documento acreditativo de los servicios competentes que indiquen que la parte ejecutada no consiente expresamente el estudio de su situación económica en los términos previstos por la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda. Este documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses.

Si se tuviese constancia en la ejecución de la vulnerabilidad económica del deudor hipotecario, bien sea porque se haya presentado documento acreditativo justificante de la misma o bien porque la Administración competente haya confirmado dicha vulnerabilidad a petición del Juzgado, no se iniciará la vía de apremio si no se acredita a su vez que la parte actora se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas, y en el que se hayan tenido en cuenta las circunstancias de ambas partes y las posibles ayudas y subvenciones en materia de vivienda conforme a lo dispuesto en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda.

Este requisito podrá acreditarse mediante documento emitido por los servicios mencionados que indique el resultado del procedimiento de conciliación o intermediación. En este documento se hará constar la identidad de las partes, el objeto de la controversia y si alguna de las partes ha renunciado a participar en el mismo, en su caso. Este documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses.

Si la parte ejecutante es una entidad pública de vivienda este requisito se puede sustituir, en su caso, por la intermediación de los servicios específicos de la propia entidad, lo cual también deberá acreditarse documentalmente en la forma que hemos indicado antes.

No obstante, también es posible presentar una declaración responsable emitida por la parte actora de haber acudido a los servicios de intermediación indicados, en los cinco meses anteriores a la presentación de la solicitud de inicio de la vía de apremio, sin haber sido atendida o sin que se hubiesen iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud de intermediación o conciliación, junto con justificante acreditativo de dicha solicitud presentada.

En este caso, el Juzgado se dirigirá a las Administraciones competentes a fin de que confirmen en el plazo máximo de diez días, si el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad económica y, en su caso, social, así como las medidas previstas que se aplicarán de forma inmediata para que el deudor hipotecario disponga de una vivienda.

VII. CONCLUSIONES

I. En el tiempo que media entre el 10 de enero de 2024 y el 20 de marzo de 2024, el procedimiento de ejecución hipotecaria que debe iniciarse de forma electrónica permite de forma no muy coherente la práctica de notificaciones con arreglo al sistema anterior, o sea, en el domicilio fijado por el deudor en la escritura de préstamo hipotecario y que figura en la inscripción registral de la hipoteca, o en la dirección electrónica fijada al respecto.

II. La escritura pública, que es primera copia y título ejecutivo y que ha causado asiento de inscripción puede no ser una escritura pública electrónica. Se plantea entonces si es posible exigir retroactivamente al acreedor hipotecario la obtención de una copia electrónica que tenga fuerza ejecutiva para iniciar el procedimiento, lo que no parece congruente con el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho al proceso.

III. La eficacia de cosa juzgada que pretende darse al auto por el que se despacha ejecución y que ha apreciado la existencia de cláusulas abusivas motivadamente, puede no ser conforme con la jurisprudencia comunitaria que parece exigir, en todo caso, la posibilidad de plantear oposición a la ejecución hipotecaria por existencia de cláusulas abusivas.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE (Gran Sala) 112/2022, de 17 de mayo de 2022
- AAP de Sevilla 125/2012, sección 6ª, de 17 de julio de 2012

IX. BIBLIOGRAFÍA

CUENA CASAS, M. Vivienda familiar y concurso de acreedores. *Actualidad Civil*, núm. 9, 1–30.

GOMÁ SALCEDO, J. E., GOMÁ LANZÓN, I y GOMÁ LANZÓN, F. (2022). *Derecho Notarial*. Barcelona: Aferre.

GÓMEZ LINACERO, A. Preguntas y respuestas a la Ley por el derecho a la vivienda en clave procesal. *Diario La Ley*, núm. 10386, 1–28.

LÓPEZ SIMÓ, F. (2023). Principales novedades procesales de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Breve análisis crítico. *Diario La Ley*, núm. 10383, 1–34.

NOTAS

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación “La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y disciplinar” con referencia PID2021-124953NB-I00, dirigido por la Catedrática de Derecho Civil, Profesora Dra. Matilde Cuenca Casas.

² Como señala el artículo 1.1 del Real Decreto-ley 6/2023, “el presente libro [Libro Primero] tiene por objeto regular la utilización de las tecnologías de la información” por parte de los ciudadanos y profesionales en sus relaciones con la Administración de Justicia, así como la utilización por la Administración de Justicia en las relaciones con el resto de administraciones públicas. En todo caso, como señala el artículo 1.3 “las tecnologías de la información en el ámbito de la Administración de Justicia tendrán carácter instrumental de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional, con pleno respeto a las garantías procesales y constitucionales”.

³ Además, el artículo 34.2 del Real Decreto-ley 6/2023 exige que “todo escrito iniciador del procedimiento deberá ir acompañado de un formulario normalizado debidamente cumplimentado en los términos que se establezcan por el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica”.

⁴ De acuerdo con el artículo 660.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “habiéndose señalado una dirección electrónica se entenderá que se consiente este procedimiento para recibir notificaciones, sin perjuicio de que estas puedan realizarse en forma acumulativa y no alternativa a las personales. En este caso, el cómputo de los plazos se realizará a partir del día siguiente de la primera de las notificaciones positivas que se hubiese realizado conforme a las normas procesales o a la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y de la comunicación en la Administración de Justicia”

⁵ Artículo 166 Ley de Enjuiciamiento Civil: “1. Serán nulos los actos de comunicación que no se practicaren con arreglo a lo dispuesto en este Capítulo y pudieren causar indefensión. 2. Sin embargo, cuando la persona notificada, citada o emplazada o requerida se hubiera dado por enterada en el asunto, y no denunciase la nulidad de la diligencia en su primer acto de comparecencia ante el tribunal, surtirá ésta desde entonces todos sus efectos como si se hubiere hecho con arreglo a las disposiciones de esta ley”.

⁶ En todo aquello que no esté regulado en este real decreto-ley o en su desarrollo reglamentario, se aplicarán las disposiciones reglamentarias establecidas para la Carpeta Ciudadana del Sector Público Estatal, siempre que por su naturaleza resulten compatibles. La Carpeta Justicia será interoperable con la Carpeta Ciudadana del Sector Público Estatal. La Carpeta Justicia deberá contener como mínimo el acceso y firma de los actos de comunicación de la Administración de Justicia pendientes, así como el acceso a los actos de comunicación ya practicados (arts. 13.4 y 5 y art. 15.f) y g) RD Ley 6/2023).

⁷ Artículo 41 Real Decreto-ley 6/2023: “Las partes o intervinientes deberán presentar todo tipo de documentos y actuaciones para su incorporación al expediente judicial electrónico en formato electrónico.

Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior aquellos casos previstos en las leyes”.

⁸ De acuerdo con los artículos 39 y 40 del Real Decreto-ley 6/2023, tendrán la consideración de documento judicial electrónico original los escritos y documentos iniciadores de los procedimientos presentados por las partes, una vez hayan sido incorporados al expediente judicial electrónico. El artículo 47 de la norma define el expediente judicial electrónico como el conjunto ordenado de datos, documentos, trámites y actuaciones electrónicas, así como de grabaciones audiovisuales, correspondientes a un procedimiento judicial, cualquiera que sea

el tipo de información que contengan y el formato en que se hayan generado. Cada expediente judicial electrónico tendrá un número de identificación general que será único e inalterable a lo largo de todo el proceso.

⁹ A la escritura pública electrónica se refiere el artículo 17 bis de la Ley del Notariado. “1. Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, no perderán dicho carácter por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquél de conformidad con la Ley reguladora del uso de firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias. 2. Reglamentariamente se regularán los requisitos indispensables para la autorización o intervención y conservación del instrumento público electrónico en lo no previsto en este artículo. En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia: a) Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes. b) Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes”. Al protocolo electrónico se refiere el artículo 17.2 de la Ley del Notariado en redacción dada por la Ley 11/2023, de 8 de mayo: “2. Las matrices de los instrumentos públicos tendrán igualmente reflejo informático en el correspondiente protocolo electrónico bajo la fe del notario. La incorporación al protocolo electrónico o libro registro de operaciones electrónico se producirá en cada caso con la autorización o intervención de la escritura pública o póliza, de lo que se dejará constancia mediante diligencia en la matriz en papel expresiva de su traslado informático. Los instrumentos incorporados al protocolo electrónico se considerarán asimismo originales o matrices. En caso de contradicción entre el contenido de la matriz en soporte papel y del protocolo electrónico prevalecerá el contenido de aquella sobre el de este. Corresponde al Consejo General del Notariado la adopción de las medidas técnicas que garanticen la integridad, indemnidad y no manipulación de ese protocolo electrónico. Tales medidas serán comunicadas a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que podrá ordenar su modificación o adaptación de considerarlas inadecuadas. El protocolo electrónico se custodiará por el notario que esté a cargo de su conservación mediante su depósito electrónico en el Consejo General del Notariado. Dicho depósito electrónico se efectuará encriptando su contenido, pudiendo acceder al mismo exclusivamente el notario custodio del protocolo titular de las claves de encriptación. 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. Una matriz en papel que haya sido extraviada o sustraída, sin perjuicio de la responsabilidad en la que, en su caso, pudiera incurrir el notario custodio, será reconstituida mediante nuevo traslado desde el protocolo electrónico, que deberá realizarse en papel notarial y deberá incluir la totalidad de notas o diligencias unidas a la matriz electrónica. Se hará constar en una nueva diligencia esta circunstancia, que además será comunicada al Colegio Notarial del territorio, de lo que asimismo se dejará constancia. En el protocolo electrónico constarán, en cada instrumento público, el traslado de las notas y diligencias previstas en la legislación notarial de modificación jurídica y de coordinación con otros instrumentos públicos autorizados o intervenidos por el notario titular del protocolo o

por otros notarios respecto de aquellas escrituras o pólizas que rectifiquen las anteriores. Las comunicaciones cursadas por otros notarios se remitirán a través de la sede electrónica notarial, debiendo incorporarse al protocolo electrónico en el mismo día o inmediato hábil posterior. Se habilita al Consejo General del Notariado para la adopción de las medidas técnicas que garanticen la realización de dichas comunicaciones. El notario titular del protocolo electrónico consignará en éste en el mismo día o inmediato hábil posterior las comunicaciones recibidas de las autoridades judiciales o administrativas atinentes a resoluciones, hechos o actos jurídicos que por disposición legal deban consignarse en el instrumento público de que se trate. Las comunicaciones se efectuarán electrónicamente a través del Consejo General del Notariado”.

¹⁰ Como señala el artículo 17.1.4º de la Ley del Notariado “es primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes. A los efectos del artículo 517.2.4º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, se considerará título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter. Expedida dicha copia el Notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e interesado que la solicitó”.

¹¹ Sobre la firma electrónica de Notarios y Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, *vid.*, el artículo 109 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2023.

¹² “La copia autorizada electrónica, como la de papel, deberá finalizar con un pie de copia en el que se indique su condición de tal, la fecha de su expedición, el destinatario de esta y la finalidad. De esta expedición se dejará constancia por medio de nota en la matriz. Como es natural no hay mención alguna a número de folios, puesto que el documento electrónico carece de ellos. ... La Instrucción de la DGRN de 18 de marzo de 2003 estableció el formato << PDF >>> para los archivos que contienen copias electrónicas” (GOMA SALCEDO, GOMA LANZÓN y GOMA LANZÓN, 2022, 534–535).

¹³ El artículo 222.2. de la Ley Hipotecaria, tras la reforma operada por la Ley 11/2023, de 8 de mayo, indica: “La manifestación, que debe realizar el Registrador, del contenido de los asientos registrales tendrá lugar por nota simple informativa o por certificación, mediante el tratamiento profesional de los mismos, de modo que sea efectiva la posibilidad de publicidad sin intermediación, asegurando, al mismo tiempo, la imposibilidad de su manipulación o televaciado. *La publicidad registral se emitirá siempre en formato y soporte electrónico, sin perjuicio de su traslado a papel si fuera necesario. Las notas simples se garantizarán en cuanto a su origen e integridad con el sello electrónico del Registro y las certificaciones con el certificado electrónico cualificado de firma del registrador. En uno y otro caso estarán dotadas de un código electrónico de verificación*”.

¹⁴ A este respecto el AAP de Sevilla 125/2012, sección 6ª, de 17 de julio sentó la siguiente doctrina: “El auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia que es objeto de recurso de apelación denegó la admisión a trámite de la demanda ejecutiva y el despacho de ejecución solicitado. La parte actora había solicitado la incoación de un procedimiento de ejecución hipotecaria, habiéndose denegado la solicitud por entender que en la copia de escritura aportada no constaba la mención de que se había expedido con fuerza ejecutiva conforme establece el art 17 de la Ley del Notariado y el art 233 del Reglamento Notarial. La recurrente impugna este razonamiento por considerar que habiendo aportado la primera copia de escritura pública de préstamo hipotecario expedida el 21 de mayo de 1999, título inscrito, y primera copia de la escritura de ampliación del mismo, de fecha 16 de noviembre de 2006, dichas copias tienen fuerza ejecutiva a los efectos de despachar ejecución. La cuestión ha sido ya resuelta en el Auto dictado por esta Sala el veintiocho de enero de dos mil once en el que se expresa: “La modificación

realizada por la Ley 36/2006, de 29 de Noviembre, de Prevención del Fraude Fiscal, en vigor desde 1 de diciembre de 2006, de la ejecución judicial de los documentos notariales prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil *ha planteado importantes problemas de derecho transitorio al ser los requisitos exigidos para esa ejecución judicial en la nueva regulación diferentes, en muchos casos, de los que exigía la antigua*. La Ley de Prevención del Fraude Fiscal no modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil (que sigue teniendo aún hoy la misma redacción en este extremo) sino que se limitó a modificar el art. 17 de la Ley del Notariado, estableciendo un nuevo sistema de expedición de copias de las escrituras notariales y realizando por vía legislativa una “interpretación” distinta de la que literalmente se deduce de algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al establecer: “Es primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes. A los efectos del art. 517.2.4° de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, *se considerará título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter. Expedida dicha copia el Notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e interesado que la solicitó*”. El Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, que entró en vigor el 30 de enero de 2007, modificó el Reglamento Notarial y en concreto su art. 233, a fin de desarrollar las nuevas disposiciones contenidas en la Ley del Notariado, aumentó las distorsiones con lo previsto en una Ley de Enjuiciamiento Civil, que como se ha dicho no había sido modificada. Establece el citado art. 233 en su nueva redacción: “A los efectos del art. 517.2.4° de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considera título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se le expida con tal carácter. Expedida dicha copia el notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e interesado que la pidió. En todo caso, en la copia de toda escritura que contenga obligación exigible en juicio, deberá hacerse constar si se expide o no con eficacia ejecutiva y, en su caso y de tener este carácter, que con anterioridad no se le ha expedido copia con eficacia ejecutiva. Expedida una copia con eficacia ejecutiva sólo podrá obtener nueva copia con tal eficacia el mismo interesado con sujeción a lo dispuesto en el art. 517.2.4° de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si se expidiere sin tal requisito segunda o posterior copia de escritura que contuviere tal obligación, se hará constar en la suscripción que la copia carece de efectos ejecutivos.” *Esta falta de concordancia entre las legislaciones notarial y procesal y la ausencia de previsiones específicas de derecho transitorio ha provocado disfunciones, como es la que ha tenido lugar en el caso de autos, en que se ha exigido al título notarial presentado por el ejecutante requisitos que eran de imposible cumplimiento por razón de haber sido otorgado con una legislación que o no los preveía, o por sus características hacia imposible o muy gravoso cumplirlos a posteriori*. Como se ha dicho, dicha modificación normativa introdujo cambios en la forma de presentación de las escrituras públicas en relación con su posible ejecución judicial, probablemente con la intención de homogeneizar el tipo del documento que servía para la ejecución judicial entre pólizas intervenidas del art. 517.2.5° (que también resultan afectadas por la reforma) y escrituras públicas del art. 517.2.4°, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciendo un paralelismo entre ambos sistemas. Hasta el día 30 de noviembre de 2006, la Ley de Enjuiciamiento Civil decía (y sigue diciendo, ya que lo que hizo la Ley de Prevención del Fraude Fiscal fue hacer una interpretación distinta de lo que literalmente dice una ley que formalmente no deroga) que “tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: 4° las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes” (art. 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Este precepto estaba en plena concordancia con la regulación de la Ley del Notariado y el Reglamento Notarial en materia de copias de las escrituras públicas.

En efecto, los arts. 17 y 18 de la Ley del Notariado decían respectivamente: “Es escritura matriz la original que el Notario ha de redactar sobre el contrato o acto sometido a su autorización firmada por los otorgantes, por los testigos instrumentales, o de conocimiento en su caso, y firmada y signada por el mismo Notario. Es primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes”; y “No podrán expedirse segundas o posteriores copias de la escritura matriz sino en virtud de mandato judicial, y con citación de los interesados o del Promotor Fiscal cuando se ignoren éstos o estén ausentes del pueblo en que esté la Notaría. Será innecesaria dicha citación en los actos unilaterales, y aun en los demás cuando pidan la copia todos los interesados”. El Reglamento Notarial, en su versión en vigor hasta el día 30 de enero de 2007, en concordancia con esa redacción de la Ley del Notariado, establecía que: “a los solos efectos del art. 1429 de la LEC 1881, las copias de las escrituras se dividirán en primeras y segundas” (art. 233), añadiéndose en ese artículo que “las personas de quien constare en el protocolo haber obtenido primera copia, o los sucesores de las mismas que obren con tal carácter, no podrán obtener, sin las formalidades determinadas en el art. 18 de la ley, otro traslado de las escrituras cuando éstas contengan obligación exigible en juicio ejecutivo”. Hay que tener presente que la numeración de las copias se hacía en relación a las obtenidas por cada interesado (art. 239), que cabía lógicamente la expedición de copias posteriores a las segundas (art. 239) y que la numeración era obligatoria sólo en los negocios jurídicos que contuvieran obligación exigible en juicio ejecutivo (art. 240). Bajo esta legislación, la primera copia de la escritura que documentara una obligación susceptible de ejecución judicial era, en todo caso, título ejecutivo. Por eso el antiguo art. 233 Reglamento Notarial decía que “si se expidiera sin tal requisito (las formalidades del art. 18 de la Ley del Notariado) segunda o posterior copia de escritura que contuviere tal obligación se hará constar en la suscripción que la copia carece de efectos ejecutivos”. *Por tanto, si el Notario, como en el caso de autos, había expedido una primera copia a favor de una parte, teniendo ya esa primera copia, por ley, carácter ejecutivo, sólo podía expedir una segunda copia en virtud de mandato judicial, y con citación de los interesados, o con la conformidad de todas las partes, si se quería que tuviera carácter ejecutivo. Ante la derogación de esa regulación por la Ley de Prevención del Fraude Fiscal la cuestión que se plantea es cómo se pueden ejecutar judicialmente las escrituras públicas otorgadas al amparo de lo dispuesto en la misma. La respuesta ha de venir dada por la aplicación del principio de no retroactividad de la nueva regulación en cuanto a la eficacia ejecutiva de las primeras copias de escrituras públicas notariales expedidas antes de la modificación normativa referida, tanto más cuando se observa que la finalidad de la anterior y de la nueva normativa no difiere (que no puedan proliferar copias de la escritura con fuerza ejecutiva que permitan una multiplicidad de ejecuciones de una misma deuda y contra un mismo deudor basadas en un mismo título), y lo único que ha cambiado es la forma en que se provee a esta finalidad en cuanto a la mecánica en la expedición de copias de las escrituras públicas, por lo que no puede considerarse que la modificación legal y reglamentaria operada haya pretendido dejar sin posibilidad de ejecución (o dificultarla en sobremanera) las primeras copias, con fuerza ejecutiva, expedidas anteriormente. Así pues, las primeras copias expedidas hasta el día 30 de noviembre de 2006 de escrituras públicas otorgadas hasta esa misma fecha tienen carácter ejecutivo “per se”, porque lo decía la ley aplicable y en vigor en el momento en que esas copias se expidieron. No puede exigirse a una parte que obtuvo entonces una de esas primeras copias y que desea realizar una ejecución judicial ahora, que obtenga una nueva copia, que sería “la segunda”, pero “con efectos ejecutivos” como dice la legislación actual. Eso supondría privar de ejecución a un título que se obtuvo con carácter ejecutivo o dificultársela en sobremanera ya que salvo que hubiera conformidad de todas las partes, el*

Notario no le podrá dar una segunda copia con efectos ejecutivos porque ya se le expidió en su día una primera, que con la regulación entonces existente, tenía efectos ejecutivos, salvo que se acuda al engorroso procedimiento previsto en el art. 514.2.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (y, por remisión a éste, en el nuevo art. 233 del Reglamento Notarial) para la expedición de nuevas copias con fuerza ejecutiva. El hecho de que un cambio normativo modifique la forma de obtención de un título ejecutivo... no puede significar, salvo que esa haya sido la finalidad de la ley y esa retroactividad no vulnere las exigencias que resultan del art. 9.3 de la Constitución, que los títulos ejecutivos obtenidos conforme a la normativa anterior queden privados de su fuerza ejecutiva y no puedan ser ya ejecutados judicialmente una vez haya entrado en vigor la normativa que modifica su forma de obtención. Como consecuencia de lo expuesto, la Sala considera que la primera copia de la escritura pública de constitución de hipoteca aportada con la demanda goza de fuerza ejecutiva a efectos de lo dispuesto en el art. 517.2.4º, en relación al 685.2, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por todo ello, debe estimarse el recurso y revocar la resolución recurrida, admitiendo a trámite la demanda y despachando la ejecución solicitada”.

¹⁵ Reproducimos el texto del artículo 441.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en redacción dada por el artículo 103.77 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, cuya redacción entra en vigor el 20 de marzo de 2024, según establece la disposición final novena. 2 del citado real decreto-ley. Artículo 441.7 Ley de Enjuiciamiento Civil. “7. El tribunal tomará la decisión previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto, apreciando las situaciones de vulnerabilidad que pudieran concurrir también en la parte actora y cualquier otra circunstancia acreditada en autos. A estos efectos, en particular, el tribunal para apreciar la situación de vulnerabilidad económica podrá considerar el hecho de que el importe de la renta, si se trata de un juicio de desahucio por falta de pago, más el de los suministros de electricidad, gas, agua y telecomunicaciones suponga más del 30 por 100 de los ingresos de la unidad familiar y que el conjunto de dichos ingresos no alcance: a) Con carácter general, el límite de 3 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante IPREM). b) Este límite se incrementará en 0,3 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar. El incremento aplicable por hijo a cargo será de 0,35 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental o en el caso de cada hijo con discapacidad igual o superior al 33 por ciento. c) Este límite se incrementará en 0,2 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar o personas en situación de dependencia a cargo. d) En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en la letra a) será de 5 veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo. A estos mismos efectos, el tribunal para apreciar la vulnerabilidad social podrá considerar el hecho de que, entre quienes ocupen la vivienda, se encuentren personas dependientes de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad.

¹⁶ La acreditación de haberse intentado la conciliación o intermediación constituye un requisito de procedibilidad, es decir, de un presupuesto que ha de concurrir para que pueda sustanciarse el proceso de ejecución hipotecaria. “Los controvertidos medios adecuados de solución de controversias (MASC) que el fallido Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia quería implantar con carácter general como requisito de procedibilidad de todo proceso civil, se han logrado introducir, por medio de la LDV, en

esta concreta parcela procesal, la de las demandas de juicio verbal que versen sobre alguna de las materias enumeradas en el artículo 250.1, 1º, 2º, 4º y 7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil [y habría que añadir, en el proceso especial de ejecución directa hipotecaria]” (LÓPEZ SIMÓ, 2023, 7). La finalidad del legislador con esta medida además de procurar que se alcance un acuerdo amistoso que evite, en nuestro caso, la ejecución hipotecaria, es “facilitar a las Administraciones Públicas competentes, mientras se sustancia el procedimiento de conciliación o intermediación y por si éste finalizara sin acuerdo, la posibilidad de dar adecuada atención a las personas y hogares afectados por un desalojo, ofreciendo respuesta a través de diferentes instrumentos de protección social y de los programas de política de vivienda (en estos términos se expresa al respecto el Preámbulo de la Ley, ap. III); es decir, se trata, en definitiva, de ganar tiempo en favor de la Administración”, a costa del acreedor hipotecario, que verá retrasado unos meses el ejercicio de la acción real hipotecaria (LÓPEZ SIMÓ, 2023, 7). Por otro lado, son las Comunidades Autónomas, en virtud del artículo 148.1.3ª CE, siempre que hayan asumido las competencias en materia de vivienda en sus Estatutos, lo que todas han hecho, quienes tienen que regular los procedimientos de conciliación o intermediación, pero la Ley 12/2023 no indica cómo operar mientras tales procedimientos no estén regulados. En todo caso, si no estuviesen establecidos procedimientos de intermediación o conciliación hipotecarios en las diversas Comunidades Autónomas, podría utilizarse el procedimiento de conciliación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, para solventar este vacío legal (Cfr., LÓPEZ SIMO, 8 y nota 10).

¹⁷ En este sentido, el Tribunal de Justicia de la UE ha precisado en su STJUE (Gran Sala) 112/2022, de 17 de mayo de 2022 lo siguiente: “En el asunto principal, de la resolución de remisión se desprende que, al inicio del procedimiento de ejecución, como ya se ha señalado en parte en el apartado 31 de la presente sentencia, el tribunal competente examinó de oficio si una de las cláusulas del contrato en cuestión podía calificarse de abusiva. Tras considerar que no era así, despachó ejecución *sin mencionar expresamente en su resolución el control que había efectuado de oficio*. También se desprende de dicha resolución que, transcurrido el plazo de diez días —que corre a partir de su notificación— para oponerse a la ejecución, el ejecutado ya no puede impugnar la ejecución, aun por causas basadas en el carácter potencialmente abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional. Dado que la resolución por la que el tribunal ordenó la apertura del procedimiento de ejecución hipotecaria no incluía ningún motivo que acreditara la existencia de un control del carácter abusivo de las cláusulas del título que dio lugar a dicho procedimiento, el consumidor no fue informado de la existencia de dicho control ni, al menos sucintamente, de los motivos en los que se basó el tribunal para estimar que las cláusulas controvertidas carecían de carácter abusivo. Por lo tanto, no pudo apreciar con pleno conocimiento de causa si procedía interponer un recurso contra dicha resolución. Como ha señalado el Abogado General en el punto 63 de sus conclusiones, la obligación del órgano jurisdiccional nacional de realizar un control de oficio del eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales está justificada por la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores. *Pues bien, no podría garantizarse un control eficaz del eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales, tal como se exige en la Directiva 93/13, si la fuerza de cosa juzgada se extendiera también a las resoluciones judiciales que no mencionan tal control*. En cambio, procede considerar que dicha protección quedaría garantizada si, en el supuesto contemplado en los apartados 49 y 50 de la presente sentencia, el juez nacional indicase expresamente, en su resolución en que se despacha ejecución hipotecaria, que ha examinado de oficio el carácter abusivo de las cláusulas del título que da lugar al procedimiento de ejecución hipotecaria, que dicho examen, motivado al menos sucintamente, no ha puesto de manifiesto la existencia de ninguna cláusula abusiva y *que, si no*

formula oposición dentro del plazo establecido en el Derecho nacional, el consumidor ya no podrá invocar el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas. De lo anterior se deriva que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que, debido al efecto de cosa juzgada y a la preclusión, no permite al juez examinar de oficio el carácter abusivo de cláusulas contractuales en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria ni al consumidor, transcurrido el plazo para formular oposición, invocar el carácter abusivo de tales cláusulas en ese procedimiento o en un procedimiento declarativo posterior cuando el juez, al inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, ya ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas pero la resolución judicial en que se despacha ejecución hipotecaria no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen ni indica que la apreciación efectuada por dicho juez al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del referido plazo....” Y más adelante indica que en una situación como la del litigio principal, en la que el procedimiento de ejecución hipotecaria ha concluido y los derechos de propiedad respecto del bien han sido transmitidos a un tercero, el juez, actuando de oficio o a instancias del consumidor, ya no puede proceder a un examen del carácter abusivo de cláusulas contractuales que lleve a la anulación de los actos de transmisión de la propiedad y cuestionar la seguridad jurídica de la transmisión de la propiedad ya realizada frente a un tercero. No obstante, en tal situación, el consumidor, conforme a los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1 de la Directiva 93/13, interpretados a la luz del principio de efectividad, *debe poder invocar en un procedimiento posterior distinto el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario para poder ejercer efectiva y plenamente sus derechos en virtud de la citada Directiva, con el fin de obtener la reparación del perjuicio económico causado por la aplicación de dichas cláusulas.* En consecuencia, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una legislación nacional que no permite que un órgano jurisdiccional nacional, actuando de oficio o a instancias del consumidor, examine el eventual carácter abusivo de cláusulas contractuales cuando se ha ejecutado la garantía hipotecaria, se ha vendido el bien hipotecado y se han transmitido a un tercero los derechos de propiedad sobre dicho bien, *a condición de que el consumidor cuyo bien ha sido objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria pueda hacer valer sus derechos en un procedimiento posterior con el fin de obtener la reparación, en virtud de la citada Directiva, de las consecuencias económicas resultantes de la aplicación de cláusulas abusivas”.*

2. MERCANTIL
DERECHO DE SOCIEDADES

La prescripción de la responsabilidad de administradores derivada de deudas sociales ex. art. 367 LSC en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2023, responsabilidad legal y Derecho Común aplicable ante la laguna mercantil

The prescription of the liability of directors derived from social debts ex. art. 367 LSC in the Supreme Court ruling of October 31, 2023, legal responsibility and the Common Law applicable to the mercantile loophole

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: El Tribunal Supremo entiende que el plazo de prescripción es el mismo plazo de prescripción que tiene la obligación garantizada con el mismo dies a quo lo que implica atender a la naturaleza de la responsabilidad legal así como determinar el Derecho Común aplicable ante la laguna mercantil.

ABSTRACT: *The Supreme Court understands that the limitation period is the same limitation period that has the obligation guaranteed with the same dies a quo which implies attending to the nature of legal responsibility as well as determining the Common Law applicable to the commercial loophole.*

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad solidaria de administradores, deudas sociales, prescripción.

KEY WORDS: *joint liability of directors, social debts, prescription*

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DEL CARÁCTER DE RESPONSABILIDAD LEGAL Y DE LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO COMÚN APLICABLE ANTE LA LAGUNA MERCANTIL.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2023 núm. 1512/2023 viene a terciar en la polémica existente sobre el plazo de prescripción de la responsabilidad de los administradores ex. art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital, así como el *dies a quo* del mismo, estableciendo que el plazo de prescripción es idéntico al plazo que tiene la obligación garantizada derivada de la deuda social correspondiente así como el mismo *dies a quo*, en función del régimen legal de solidaridad previsto en el referido artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital.

De esta forma, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre lo siguiente:

“Sobre esta base, el plazo de prescripción de la acción del art. 367 LSC es el de los garantes solidarios, es decir, el mismo plazo de prescripción que tiene la obligación garantizada (la deuda social), según su naturaleza (obligaciones contractuales, dimanantes de responsabilidad civil extracontractual, etc.). En el entendimiento de que la relación entre la sociedad y su administrador responsable es de solidaridad propia, porque nace de la aceptación del cargo de administrador y de la propia previsión del precepto —art. 367 LSC—, que le confiere carácter legal, aunque sea necesaria su declaración judicial. Y derivadamente, le son aplicables al administrador los mismos efectos interruptivos de la prescripción que le serían aplicables a la sociedad, conforme a los arts. 1973 y 1974 CC. Asimismo, el dies a quo del plazo de prescripción de la acción contra el administrador será el mismo que el de la acción contra la sociedad deudora.”

Se han producido ya múltiples reacciones a los razonamientos de esta importante sentencia del Tribunal Supremo,¹ aunque en nuestro juicio siguen quedando cuestiones abiertas que deberíamos plantearnos para un correcto entendimiento de lo razonado por el Alto Tribunal así como de los posibles problemas que podríamos encontrarnos en la práctica con el mismo.

Ha de reconocerse el inicial y aparente acierto de sacarnos de dudas sobre la falta de aplicación al caso de las dos normas jurídicas debatidas tanto a nivel doctrinal como en el plano de la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales, a saber, el Tribunal Supremo viene a negar la aplicación al caso que se nos presenta con el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital tanto del artículo 241 bis de la Ley de Sociedades de Capital como del artículo 949 del Código de Comercio, aunque no debemos dejar de poner de manifiesto nuestro parecer sobre la solución adoptada y los problemas que en la práctica puede acarrear la misma.²

A favor de la aplicación del artículo 949 del Código de Comercio, se había pronunciado, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sec. 1^a), en su Sentencia núm. 523/2016, de 14 de noviembre, y en su Sentencia núm. 164/2017,

de 6 de abril; la Audiencia Provincial de Valladolid (Sec. 3ª), en su Sentencia núm. 314/2016,

Por otro lado, entendiendo que lo ha de ser el artículo 241 bis de la Ley de Sociedades de Capital, teníamos a título de ejemplo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 251/2017, de 15 de junio, y núm. 383/2017, de 27 de septiembre, *“dada la ausencia de una norma específica y por tratarse de una acción de responsabilidad contra los administradores por el incumplimiento de sus obligaciones, esto es, de las obligaciones legalmente impuestas a los administradores conforme a los arts. 365, 366 y 367 LSC”*.

De igual forma, podemos citar a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sec. 8ª) núm. 358/2017, de 7 de septiembre: *“dejando transcurrir con exceso el plazo de los cuatro años fijado en el art. 241 bis LSC como plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad de administradores, incluida la relativa a la responsabilidad por deudas como resulta del tratamiento unitario dado a ambas en este aspecto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar el art. 949 CCo”*.

En realidad, tras la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2023 la discusión sobre la anterior va a dejar de tener, al menos *a priori*, efectos prácticos, ya que el Alto Tribunal, sienta este caso como un supuesto de responsabilidad solidaria *ex lege* y no indemnizatoria, cuando razona sobre particular lo siguiente:

“Como declaran las sentencias 601/2019, de 8 de noviembre, y 586/2023, de 21 de abril, cuando una sociedad de capital está incurso en causa legal de disolución y su órgano de administración no adopta las medidas previstas en los arts. 363 y ss. LSC para la disolución o la presentación de la solicitud de concurso (en caso de pérdidas cualificadas), la Ley constituye a los administradores en garantes solidarios de las deudas surgidas a partir de entonces. La justificación de esta responsabilidad radica en el riesgo que se ha generado para los acreedores posteriores que han contratado sin gozar de la garantía patrimonial suficiente por parte de la sociedad del cumplimiento de su obligación de pago.

A su vez, las sentencias 367/2014, de 10 de julio, 650/2017, de 29 de noviembre, 316/2020, de 17 de junio, y 669/2021, de 5 de octubre, han configurado este género de responsabilidad como una responsabilidad por deuda ajena, ex lege, en cuanto que su fuente —hecho determinante— es el mero reconocimiento legal, que se concreta en el incumplimiento de un deber legal por parte del administrador social, al que se anuda, como consecuencia, la responsabilidad solidaria de este administrador por las deudas sociales posteriores a la concurrencia de la causa de disolución. Y sin perjuicio de que resulte necesaria su declaración judicial.

— *En este mismo orden de ideas, la sentencia 532/2021, de 14 de julio (con cita de otras muchas) recalca que la atribución de la responsabilidad solidaria al administrador por el incumplimiento de su deber legal “pretende garantizar los derechos de los acreedores y de los socios”. Y en la antes citada sentencia 586/2023, de 21 de abril, establecimos la semejanza entre la función de los administradores sociales en estos casos y los fiadores, al declarar:*

“La condición de los administradores de “garantes solidarios” de las deudas sociales, conforme al art. 105.5 LSRL (al igual que en el actual art. 367 LSC) guarda concomitancias con la posición jurídica del fiador solidario, al asumir una función de garantía del cumplimiento de una obligación ajena, si bien en el caso de los admi-

nistradores esa situación no surge de un nuevo vínculo obligatorio de origen contractual sino legal, distinto aunque subordinado al que originó la deuda que sea causa de esa garantía, sometiendo al patrimonio del administrador (como el del fiador en la fianza) a la eventual reclamación del acreedor en caso de que el deudor principal no haya cumplido antes, sin perjuicio de que, al tratarse de una responsabilidad solidaria, el acreedor pueda dirigirse contra cualquiera de los responsables solidarios (arts. 1822 y 1144 CC)”.

En suma, la medida legal convierte a los administradores en garantes personales y solidarios de las obligaciones de la sociedad posteriores a la fecha de concurrencia de la causa de disolución.

Y en cuanto al tema que nos ocupa, concluye que:

“Sobre esta base, el plazo de prescripción de la acción del art. 367 LSC es el de los garantes solidarios, es decir, el mismo plazo de prescripción que tiene la obligación garantizada (la deuda social), según su naturaleza (obligaciones contractuales, dimanantes de responsabilidad civil extracontractual, etc.). En el entendimiento de que la relación entre la sociedad y su administrador responsable es de solidaridad propia, porque nace de la aceptación del cargo de administrador y de la propia previsión del precepto —art. 367 LSC—, que le confiere carácter legal, aunque sea necesaria su declaración judicial. Y derivadamente, le son aplicables al administrador los mismos efectos interruptivos de la prescripción que le serían aplicables a la sociedad, conforme a los arts. 1973 y 1974 CC. Asimismo, el dies a quo del plazo de prescripción de la acción contra el administrador será el mismo que el de la acción contra la sociedad deudora”

Lo anterior, nos lleva en nuestra opinión a plantearnos la cuestión desde la aplicación de la prescripción a las obligaciones que nacen de la ley (artículo 1090 CC) y qué Derecho Común resulta de aplicación ante la laguna mercantil existente debido a la falta de plazo prescriptivo propio en el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, dada la regulación propia de la prescripción que se ha efectuado en Cataluña y en Navarra, lo cual no deja de ser una cuestión que se nos antoja de difícil solución y que ha de ser atendida en la práctica y probablemente tener que ser resuelta en las diferentes instancias judiciales e incluso por nuestro Tribunal Supremo.

II. LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DEL CARÁCTER DE RESPONSABILIDAD LEGAL Y DE LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO COMÚN APLICABLE ANTE LA LAGUNA MERCANTIL

El Tribunal Supremo entiende con acierto que el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital prevé un supuesto de responsabilidad legal, en este caso, de carácter solidario, al establecerla del siguiente modo:

“1. Los administradores que incumplan la obligación de convocar la junta general en el plazo de dos meses a contar desde el acaecimiento de una causa legal o estatutaria de disolución o, en caso de nombramiento posterior, a contar desde la fecha de la aceptación del cargo, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o aquel o aquellos que sean necesarios para la remoción de la causa, así como los que no soliciten la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde la

fecha prevista para la celebración de la junta, cuando esta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución, responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución o, en caso de nombramiento en esa junta o después de ella, de las obligaciones sociales posteriores a la aceptación del nombramiento.”

Sin embargo y en primer lugar, no llega a entenderse que el Tribunal Supremo hable de que la responsabilidad de administradores de la que hablamos “*guarda concomitancias con la posición jurídica del fiador solidario*”, ya que no puede configurarse la figura como una fianza legal, puesto que a nuestro juicio no lo es, resultando su naturaleza la de la una responsabilidad solidaria legal (art. 1090 CC), por lo que no comprendemos la utilización de normas de la fianza solidaria que efectúa el Tribunal Supremo en su razonamiento (art. 1822 CC), cuando goza de un régimen jurídico diferente al de las obligaciones solidarias (al menos no totalmente coincidente), resultando que con tal equiparación origina una innecesaria confusión, sin que la misma ayude realmente a comprender el verdadero alcance del tema analizado.³

No podemos olvidar que efectivamente dentro de las clases de fianza el Código Civil recoge en el artículo 1854 del mismo, a la fianza legal, pero estamos con Guilarte Zapatero,⁴ cuando comenta el mencionado artículo 1854 del Código Civil, que <...ha de aclararse que la fianza tiene siempre origen voluntario, de suerte que nadie es fiador sin haberlo querido, pues, aunque existen determinadas situaciones en las que, como prescribe el precepto presente, ha de darse fiador por disposición de la ley o por providencia judicial, aquélla sólo nace si el presunto fiador manifiesta su voluntad de asumirla (...). Fianza legal es la que se presta por imperativo de una disposición de la ley en aquellos casos en los que, para asegurar el cumplimiento de ciertos deberes u obligaciones o proteger derechos o facultades, se exige una previa garantía de esta naturaleza a la persona indicada en el supuesto normativo>.⁵

Por otro lado, nos llama la atención la adopción por el Tribunal Supremo sin una mayor justificación de lo mismo que el régimen de la prescripción para el administrador cuya responsabilidad solidaria se predica en el caso de acaecimiento del supuesto de hecho del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital haya de correr la misma suerte que el contenido prescriptivo aplicable a la deuda social principal, por ej. contractual o extracontractual, ¿por qué?

De las obligaciones legales se ocupa el artículo 1090 del Código Civil, no con mucha claridad, por cierto, cuando regula que “*Las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Sólo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales, y se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido; y, en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del presente libro.*”

En nuestro caso, la ley especial (art. 367 LSC) como vemos no regula la prescripción de esta responsabilidad legal y la supletoriedad a las “*disposiciones del presente libro*”, a la que se refiere el artículo 1090 del Código Civil, tampoco creemos que nos pueda ofrecer una clara solución al problema que nos ocupa, pese a la interpretación flexible que se ha propugnado de dicha expresión, en autores como Martín Pérez, quien afirma al respecto que⁶ <En cuanto a las «disposiciones del presente Libro», a que ha de acudir, parece conviene rechazar también aquí la rigidez que, en general, ha padecido la interpretación de nuestro artículo.

Puede recordarse que el texto del artículo 1.107 del Anteproyecto de 1882, su antecedente, remitía, en lo que la ley especial no hubiera previsto, a «las doctrinas del presente Libro» y no a sus «disposiciones», como ahora figura. Con este cambio, el artículo «ha perdido flexibilidad —según el muy citado Pablo Salvador—, pero queda bastante clara la probable intención de los redactores del Anteproyecto en el sentido de considerar la remisión al Libro IV como una remisión a los principios generales del Derecho de Obligaciones» (42). Parece, sin embargo, que no ha de negarse toda significación a la modificación producida, ya que, evidentemente, como el mismo autor expresa en otro lugar, «la aplicación subsidiaria del Libro IV se entiende referida ya a las disposiciones específicas del mismo ya a los principios rectores de las mismas».

Sin embargo, el propio Tribunal Supremo sí que ha tenido ocasión de pronunciarse anteriormente acerca del plazo de prescripción de obligaciones de naturaleza legal, acudiendo al plazo general de las acciones personales del artículo 1964 del Código Civil, diferenciándolas por tanto de las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual, sin que podamos comprender por qué ahora se aparta de esa doctrina jurisprudencial.

Vayamos en primer lugar con la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 982/2011 de 22 diciembre de 2012 (RJ2012/300), que analiza un caso de una deuda social contraída con anterioridad a la disolución de la sociedad y no satisfecha en la liquidación por desconocerse su existencia, respecto de la reclamación por el acreedor contra el socio que percibió el saldo positivo de la liquidación.

El art. 123.2 LSRL (actualmente art. 399 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio) dispone que *“los antiguos socios responderán solidariamente de las deudas sociales hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación, sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores en caso de dolo o culpa”*.

El Tribunal Supremo razona en esta sentencia lo siguiente:

“Sobre el fundamento del precepto (que se recoge en los sistemas latinos, y no en el alemán) existen diversas posturas, con variadas perspectivas jurídicas. Se habla de asunción por los socios de la posición de la sociedad, asunción de garantía de las deudas sociales pendientes, sucesión del socio en la sociedad extinguida (de modo similar a lo que sucede con las sucesiones hereditarias a beneficio de inventario), subrogación ex lege, enriquecimiento sin causa, y de afectación preferente del patrimonio social al pago de las deudas sociales (que constituye un principio general del régimen de las sociedades mercantiles: arts. 235 C.Com., 277.2 LSA, 120 LSRL). En cualquier caso es una obligación legal para cuya efectividad no hay un plazo especial de prescripción extintiva, por lo que, la acción, como personal, queda sujeta al plazo general de quince años del art. 1964 del Código Civil.”

O sea, ante una asunción de garantía de deudas sociales establecida por la Ley, el plazo de prescripción del plazo para la exigibilidad de esta obligación legal, configurada igualmente como responsabilidad solidaria con la sociedad de la correspondiente deuda social, es el plazo general del artículo 1964 del Código Civil, sin que se equiparare el régimen prescriptivo de la deuda social (por ej. contractual o extracontractual) a la del garante ex. lege, como sin embargo y sin mayor

explicación al respecto efectúa ahora la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2023.

En otro campo, destacamos también la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 491/2018 de 14 septiembre (RJ2018\5139) que nos dice que:

“TERCERO

Para resolver la cuestión controvertida es necesario tener en cuenta que la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios causados parte de la afirmación, no discutida, de que los daños y perjuicios que se dicen producidos nacen precisamente del incumplimiento de una obligación legal que a las comunidades de propietarios impone el artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal (RCL 1960, 1042) en el sentido de llevar a cabo las obras que resulten necesarias para el mantenimiento y conservación de los elementos comunes, de modo que no causen daño alguno a otros bienes comunes o a los privativos. Se trata de una obligación legal, en el sentido a que se refiere el artículo 1089 del Código Civil (LEG 1889, 27), que no resulta asimilable a las derivadas de actos u omisiones ilícitas, que comprenden un ámbito distinto y a las que resulta de aplicación el plazo de prescripción anual del artículo 1968-2.º. No cabe disociar el plazo de prescripción para exigir el cumplimiento de las obligaciones legales del correspondiente a la acción para exigir las consecuencias dañosas de dicho incumplimiento, por lo que no puede ser compartida la posición sostenida al respecto por la sentencia impugnada que, en consecuencia, habrá de ser casada puesto que la acción de reclamación de daños y perjuicios ejercitada no está prescrita al ser aplicable el plazo de cinco años, según la redacción del artículo 1964 del Código Civil que resulta aplicable.”

O sea, en el caso de incumplimiento de una obligación legal (artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal), se afirma igualmente que nos encontramos ante el plazo de prescripción general de las acciones personales del artículo 1964 del Código Civil.

Por último, podemos citar otro ejemplo al respecto, también extraído de la práctica jurisprudencial, como es la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 320/2019 de 5 junio (RJ2019\2722), que se expresa del siguiente tenor:

“QUINTO.-

Decisión de la sala: bajo el régimen de la Ley 57/1968 el plazo de prescripción es el general del art. 1964 CC

En trance de sentar un criterio uniforme sobre el plazo de prescripción contra la entidad aseguradora bajo el régimen de la Ley 57/1968, esta sala considera que es el general del art. 1964 CC (para el presente caso, quince años).

La razón fundamental es que el art. 1-1.º de dicha ley prevé como garantías alternativas de la devolución de las cantidades anticipadas tanto el contrato de seguro como el aval solidario (art. 1-1.º), y no tendría ningún sentido que el plazo de prescripción de la acción de los compradores fuese distinto —y considerablemente más corto— en el caso del seguro que en el del aval, ya que ambas formas de garantía deben ser contratadas imperativamente por el vendedor en beneficio exclusivo de los compradores y el art. 7 de la propia Ley 57/1968 establece que los derechos de estos “tendrán el carácter de irrenunciables”.

En consecuencia, procede estimar el motivo y casar la sentencia recurrida por ser evidente que cuando se interpuso la demanda no habían transcurrido quince años desde la fecha establecida para la entrega de la vivienda."

Es decir, la responsabilidad de la aseguradora establecida por la Ley 57/1968, está también sujeta al plazo de responsabilidad de las acciones personales del artículo 1964 del Código Civil.

Por tanto, no encontramos que exista una justificación adecuada para entender que el régimen de prescripción de la obligación legal del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, tenga que ser el mismo del de la deuda social garantizada (contractual, extracontractual), ya que al tratarse de una responsabilidad legal, éste habría de ser el establecido con carácter general para las acciones personales en el artículo 1964 del Código Civil, sin que la solidaridad pueda justificar dicha *vis atractiva*.

La base legal para poder entender dicha falta de *vis atractiva* entendemos que puede encontrarse en el artículo 1140 del Código Civil (al que puede recurrirse ex. art. 4.3 CC, que nos enseña que las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes), cuando regula la conocida como solidaridad no uniforme, de la siguiente forma: "*La solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones.*"

Como dijera Caffarena Laporta, <El precepto, referido tanto a la solidaridad activa como a la pasiva, admite que cada uno de los deudores solidarios esté vinculado de modo distinto o que el deudor común se encuentre vinculado de distinto modo frente a cada uno de los acreedores solidarios>, ⁷ quien reconoce que el precepto puede referirse a supuestos variopintos (no sólo a término y condición), cuando razona acertadamente que: <Pero aparte de la condición o del término se admiten casos de solidaridad no uniforme, permitidos al amparo del art. 1140, el supuesto en se han previsto lugares distintos para el pago de la obligación según los deudores o acreedores, o el supuesto en que se haya constituido una garantía en favor de uno de los acreedores o respecto de uno de los deudores. Del mismo modo se entiende que no falta la identidad de prestación si la prestación debida por uno de los deudores o a uno de los acreedores constituye sólo una parte de la debida por otro deudor o a otro acreedor. En tales casos hay solidaridad en la parte común de la prestación. Incluso se discute la posibilidad de una obligación solidaria en la que los criterios de imputación del incumplimiento sean distintos para cada uno de los deudores, de manera que p. ej. uno responda según los criterios ordinarios establecidos por el legislador mientras que otro sólo responda en caso de dolo o se extienda su responsabilidad al caso fortuito (Guilarte, Com. Edersa, XV-2, pp. 247 y ss). En todos casos y en otros en los que se podría pensar se plantea el difícil problema de determinar los efectos que produce en la obligación solidaria esa distinta vinculación de los deudores o con los acreedores>. ⁸

Si discutible es lo anterior (con la repercusión que tiene sobre todo en el seguimiento del plazo prescriptivo extracontractual, en claro perjuicio de los acreedores sociales), no es menos cierto que la cuestión no termina con reflejar esa impuesta *vis atractiva* del régimen de prescripción de la deuda principal social a la responsabilidad legal de los administradores, sino que nos encontramos también con que descartados por el Tribunal Supremo los artículos 241 bis de la Ley de So-

ciudades de Capital y 949 del Código de Comercio (ambas normas jurídicas, legislación mercantil reservada a la competencia exclusiva estatal ex. artículo 149.1.6 CE) en la aplicación del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, el Tribunal Supremo nos introduce de lleno en otra problemática derivada a la necesaria determinación de cuál es el Derecho Común aplicable en materia de prescripción ante la falta de regulación en el propio artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital (laguna mercantil), cuando termina afirmando lo siguiente: “...Y derivadamente, le son aplicables al administrador los mismos efectos interruptivos de la prescripción que le serían aplicables a la sociedad, conforme a los arts. 1973 y 1974 CC.”

Este tema, nos recuerda, aunque no sea el mismo problema dada la solución de plazo prescriptivo en la legislación mercantil aplicable a diferencia de lo que ocurre en el artículo 367 LSC, a la cuestión que ya tuvo que resolver el Tribunal Supremo en materia de seguros hace ya unos años, lo que viene avivado en estos momentos no sólo por la regulación catalana sobre la prescripción extintiva (Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña), sino también por la más reciente regulación de la prescripción extintiva navarra (Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de Modificación y Actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo).

Ya nos hicimos eco en su momento ⁹ del conocido debate doctrinal ¹⁰ y jurisprudencial existente sobre cuál era el plazo de prescripción aplicable cuando se ejercite la acción directa contra el asegurador, o en su caso, contra el Consorcio de Compensación de Seguros ha sido resuelto, por dos sentencias del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2013 – sentencia del Tribunal (Sala de lo Civil), núm. 533-2013 de 6 septiembre (RJ 2013\5927) y sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 534-2013 de 6 septiembre (RJ 2013\5928), en favor de la aplicación del plazo anual estatal de prescripción de la acción civil prevista en el artículo 7. 1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, en detrimento del plazo trienal de la acción de responsabilidad extracontractual previsto en el artículo 121-21 d) del Código Civil de Cataluña, sobre la base de la competencia exclusiva estatal en materia de legislación mercantil (artículo 149.1.6 de la Constitución española) creando la siguiente doctrina jurisprudencial:

“ en el caso de que el perjudicado por un accidente de tráfico ocurrido en Cataluña ejercite acción directa contra la aseguradora del vehículo conducido por el responsable del accidente o, en su caso, contra el Consorcio de Compensación de Seguros, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, el plazo de prescripción de dicha acción es el de un año previsto en el artículo 7.1 de dicha Ley y no el de tres años a que se refiere el artículo 121-21 d) del Código Civil de Cataluña para las reclamaciones derivadas de culpa extracontractual “.

Así pues, dicho debate debería considerarse cerrado como de hecho ha reconocido la propia sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia de 4 de noviembre de 2013 (Sección 1ª) (JUR 2013\381428); sentencia de 10 de diciembre de 2013 (Sección 16ª) (JUR 2014/21578) y sentencia de 7 de abril de 2014 (Sección 1ª) (JUR 149/652), por lo que en principio el tan controvertido problema sobre la aplicación del Derecho Civil Autonómico como supletorio del Derecho Mercantil, parece que había de seguir los cauces admitidos por la mayoría de la

doctrina, es decir, permitiendo en base a las conocidas (SSTS, Civil, 28.6.1968 [RJ 1968\3607] y 16.2.1987 [RJ 1987\698] considerar como *Derecho común* en los términos de los todavía vigentes artículos 2 y 50 del Código de Comercio de 1885 a cualquiera de los derechos civiles aplicables en España, a saber, el estatal y los conocidos tradicionalmente como derechos civiles forales o especiales.

Gullón Ballesteros,¹¹ de forma gráfica expuso la esterilidad del debate citado, en su momento, al razonar lo siguiente: <...Las razones acabadas de exponer debilitan considerablemente la eficacia práctica del art. 4.3º. Todavía más las pretensiones de los foralistas de que sus Compilaciones del Derecho Foral, Derecho Civil Especial o Fueros desempeñen en las Comunidades Autónomas que lo poseen el valor de Derecho Común en lugar del CC. El exacerbado sentimiento regionalista, autonomista o nacionalista que hoy se vive desde la Constitución de 1978, hace inútil cualquier argumento a contrario, como los que empleó el profesor De Castro al comentar la STS 28-VI-1968, que en contra de otras anteriores, aceptó aquel criterio (ADC 1969, pp.839-873).>¹²

Pese a ello, a nuestro juicio, destaca el trabajo de Álvarez González,¹³ quien realizó un meritorio análisis general de la cuestión, afirmando la aplicación del Derecho Autonómico para integrar las lagunas de una materia mercantil sólo para determinadas cuestiones típicamente civiles y no en relación con las mercantiles,¹⁴ efectuando también sus reflexiones para un supuesto, como el aquí tratado, es decir, cuando la legislación mercantil careciera de plazo de prescripción aplicable, a diferencia de la cuestión sobre seguros que sí había regulación estatal prescriptiva aplicable al respecto, afirmando lo siguiente: <Siguiendo la estructura que vengo sustentando, de existir una base identificativa de ley aplicable, tal ley determinaría también qué Derecho común completaría la normativa estatal: por ejemplo, si se tratase de un contrato mercantil sujeto a la ley catalana o a la aragonesa o a la navarra (ex art. 10.5 CC), la normativa estatal mercantil se vería completada, en su caso, por el correspondiente Derecho civil llamado como *lex causae*. No habría duda entonces de que el Derecho llamado es el competente para complementar la normativa mercantil estatal en su calidad de Derecho común. Esta idea está asentada en doctrina y cuenta con una práctica judicial relevante. Sin embargo, no puedo compartirla, pues veo en ella un problema de legitimidad. Hablando de legislación mercantil, la competencia exclusiva del legislador estatal evita a priori la existencia de un conflicto de leyes y, consecuentemente, cualquier tipo de operatividad de una norma de conflicto llamada a solucionarlo: desde este punto de vista, el art. 10.5 CC, por seguir con el ejemplo, tendría, por así decirlo, un supuesto de hecho distinto en el ámbito internacional y en el interregional. O, por volver sobre mis anteriores palabras: no cabe un contrato “mercantil” sujeto a la ley catalana o a la ley navarra o al CC. No estoy pensando ahora en el supuesto en que sea necesario integrar un concepto civil que puede ser vital para la resolución de un problema planteado por un contrato mercantil (por ejemplo, la necesidad de que el contrato se hubiese celebrado conjunta o separadamente por ambos cónyuges en función de su régimen económico; necesidad de saber si un eventual demandado tiene legitimación pasiva en función de si es heredero o no del causante contratante; la necesidad de determinar la capacidad del tutor para la venta del derecho de suscripción preferente de acciones...), sino en integrar una laguna de la legislación mercantil; una laguna típicamente mercantil (si se me permite la ex-

presión) como pueda ser el plazo para la interposición de la acción directa contra el asegurador. Mi impresión es que en estos casos, los derechos civiles autonómicos no tienen competencia para ser llamados como Derecho común, mientras que el Derecho del CC, u otra normativa de origen estatal, sí.>

Evidentemente, coincidimos Álvarez González en que efectivamente ante el caso, como el expuesto, en que la legislación mercantil estatal carezca de regulación sobre la prescripción, ha de ser el Derecho Común estatal el llamado a integrar con su regulación la denominada <laguna mercantil>, ya que es el legislador estatal competente en materia mercantil quien tiene que integrar la misma mediante el recurso al Derecho Común estatal, para no vaciar la competencia estatal o hacerla inefectiva.

Sin embargo, en la práctica nos encontramos con resoluciones judiciales catalanas que no son del mismo parecer, desconociéndose por nuestra parte resoluciones judiciales navarras con el mismo razonamiento.

En este sentido, podemos citar a título de ejemplo, la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17^a) Sentencia núm. 413/2023 de 6 septiembre (JUR\2023\379646), exponiendo sobre el particular lo siguiente:

“De la lectura de dichas resoluciones del Alto Tribunal catalán se desprende que, como regla general, resultan aplicables a las relaciones y negocios jurídicos surgidas en Cataluña los preceptos en materia de prescripción establecidos en los artículos 121.1 y siguientes del Código civil de Cataluña. Dicha regla general cede únicamente en aquellos supuestos en que una ley especial aplicable en Cataluña establezca plazos prescriptivos diferentes. Esto es, no basta con que exista una normativa sectorial o especial que regule una concreta materia de carácter mercantil, financiero o de protección de los consumidores, sino que además dicha específica legislación especial debe contener reglas y términos prescriptivos propios, como ocurre en el caso antes visto con la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; pues, de en caso de no recogerse una regulación propia de la prescripción, deberá entenderse aplicables las reglas en la materia establecidas en la legislación general, la cual en Cataluña no es otra que la contenida en el Libro I, Título II, de su Código civil. Otra conclusión comportaría que la normativa catalana en materia de prescripción quedase vacía de contenido en la práctica.”

Es decir, la Audiencia Provincial de Barcelona afirma que cuando no exista norma estatal mercantil regulando la prescripción aplicable al caso, se entiende aplicable la legislación catalana reguladora de la prescripción. Ante ello, nos preguntamos lo siguiente: si la propia Audiencia Provincial de Barcelona que venía afirmando la aplicación del artículo 241 bis LSC y por ende con un claro referente mercantil en la materia no entró en la regulación de la prescripción catalana, ahora que ha desaparecido dicho referente mercantil de exclusiva competencia estatal, ¿qué sucederá en estos momentos en que el Tribunal Supremo se refiere a la prescripción estatal como norma reguladora de la prescripción del art. 367 LSC?, pues parece que a la luz de otras resoluciones judiciales de la Audiencia Provincial de Barcelona y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que conocemos se nos abre un debate importante, que consideramos que probablemente tenga que volver nuestro Tribunal Supremo por lo establecido en su Auto de 28 de septiembre de dos mil veintiuno, el cual se remite a anteriores decisiones de 4 de diciembre de 2015 (rec. 1011/2015) y 19 de julio de 2017 (rec. 1180/2015), y Auto

del pleno de 26 de noviembre de 2020 (rec. 1799/2020), que deciden la competencia funcional de la Sala 1ª del Tribunal Supremo al entender que es éste quien debe conocer del recurso de casación, y no las Salas de lo civil y de lo penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades autónomas con Derecho civil propio, cuando las normas a aplicar versen sobre materia mercantil.

No es el momento de entrar a exponer las importantes diferencias que existen en las regulaciones catalana y navarra de la prescripción extintiva (distintos plazos, por ejemplo, para la responsabilidad extracontractual en la legislación catalana, posibilidad de suspensión de la prescripción...), pero no debería admitirse conforme a lo anteriormente razonado que hubiera diferentes plazos prescriptivos y régimen general prescriptivo a la responsabilidad de administradores ex. art. 367 LSC en función de la tentativa a aplicar las legislaciones autonómicas existentes al respecto.

No está de más recordar, como afirma Fernández de Gatta Sánchez ¹⁵ que la competencia del Estado en materia mercantil es una garantía de la unidad de mercado, cuando razona que <La Constitución reserva al Estado asimismo la legislación mercantil (art. 149-1.º6.ª), cuya conexión con la unidad de mercado es bien estrecha, pues, como señala la STC 26/2012, de 1 de marzo (FJ n.º 2), «la fijación de la condición de comerciante, y, por extensión, la definición de la actividad derivada de dicha condición, corresponde al Estado pues la misma, en cuanto determina la uniformidad en la regulación jurídico privada del tráfico mercantil, es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado y se trata de una noción formulada al amparo del art. 149.1.6 CE, competencia que incluye la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los comerciantes en cuanto tales»,> por lo que una desviación del Derecho Común estatal en esta materia que nos ocupa, no podría más que suponer una vulneración del principio constitucional de la unidad de mercado, previsto en el artículo 139.2 de la Constitución Española, de la siguiente forma: *“Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación en todo el territorio nacional”* añadiéndose, también en relación con dicho principio, por el artículo 157.2 de la Constitución Española que *“Las Comunidades Autónomas no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios”*.

La posible injerencia supondría pues una quiebra del principio de unidad de mercado en la conceptualización del mismo establecido desde hace años en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 1/1982, de 28 de enero (FJ n.º 1), que estableció lo siguiente *“esta exigencia de que el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del Estado es más imperiosa en aquéllos, como el nuestro, que tienen una estructura interna no uniforme, sino plural o compuesta desde el punto de vista de su organización territorial (Tít. VIII de la C. E.). La unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores. Por ello, la Constitución retiene en poder del Estado, como exclusivas en su integridad, aquellas competencias que atañen a determinados aspectos del orden económico y de su unida”*, siendo importante también la exposición de dicho mandato constitucional en la Sentencia

del Tribunal Constitucional núm. 64/1990, de 5 de abril (FJ n.º 3), cuando dice que: “*la efectiva unicidad del orden económico nacional requiere la existencia de un mercado único y que la unidad de mercado descansa, a su vez, como han señalado las SSTC 96/1984, fundamento jurídico 3.º y 88/1986, fundamento jurídico 6.º, sobre dos supuestos irreductibles, la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio español, que ninguna autoridad podrá obstaculizar directa o indirectamente (art. 139.2 C.E.), y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1, 149.1.1.º), sin los cuales no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone*”.¹⁶

Esperemos acontecimientos y veremos por dónde discurrirá esta postura fijada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 31 de octubre de 2023, sobre el plazo de prescripción y determinación del *dies a quo* en la responsabilidad legal solidaria de los administradores prevista en el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, que no fianza legal, esperando que no se produzca quiebra alguna del principio de unidad de mercado con la posible aplicación de derechos civiles forales o especiales que han regulado la prescripción extintiva en aquellos casos en que se tenga que proceder a la fijación de una prescripción y *dies quo* propio de la obligación social ante la laguna mercantil existente, ante la que por otro lado el Tribunal Supremo, sin justificación alguna, se aparta de la anterior doctrina jurisprudencial sobre la prescripción de las obligaciones legales a las que según la misma debía de aplicarse el plazo general de prescripción de las acciones personales.

III. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ. La prescripción en el Código Civil de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho Común dentro del pluralismo jurídico español. Indret. 1/2012.
- CAFFARENA LAPORTA. Comentarios al Código Civil, Ministerio de Justicia, 1991, Vol. II, BOE.
- CARRASCO PERERA; CORDERO LOBATO; MARÍN. Tratado de los Derechos de Garantía (Tomo I), 4ª ed., febrero 2022.
- DE CASTRO Y BRAVO. Derecho Civil de España. Editorial Civitas, 1985.
- Delgado Echevarría. Comentario conjunto a la STS de 19 de enero de 1987 y a la STS de 16 de febrero de 1987. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 13.
- ESPIAU ESPIAU: L'aplicació del dret supletori i la regulació de la prescripció en el Codi civil de Catalunya, Indret 2/2013, y Comentario a la Sentencia de 6 de septiembre de 2013, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil num. 94/2014 parte Sentencias.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ. Las competencias del Estado como garantía de la unidad de mercado en la jurisprudencia constitucional. *Ars Iuris Salamanticensis*. Estudios. Vol. 3, 43-76, Junio 2015.
- GARCÍA GOYENA. Concordancias, motivos y comentarios del código civil español, Volumen 3. Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852.
- GARCÍA VILLARUBIA. El plazo de prescripción de la responsabilidad de administradores por deudas sociales (art. 367 LSC), 9 de noviembre de 2023 <https://>

- almacenederecho.org/el-plazo-de-prescripcion-de-la-responsabilidad-de-administradores-por-deudas-sociales-art-367-lsc.
- GUILARTE ZAPATERO. Comentarios al Código Civil, Ministerio de Justicia, 1991, Vol. II, Ministerio de Justicia.
- GULLÓN BALLESTEROS. Comentarios del Código Civil, Ministerio de Justicia, Tomo I, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993.
- LACRUZ BERDEJO. Elementos de Derecho Civil, I. Editorial Bosch, 1988,
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ. Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley 2 de mayo de 1975. Ed. Tecnos, 1975.
- MARTÍN PÉREZ. Comentarios al Código Civil. Tomo XV, Vol 1º, Artículos 1088 a 1124 del Código Civil. Edersa, 2004
- PANTALEÓN PRIETO. Comentarios sobre la STS (1ª) 1512/2023, de 31 de octubre: el plazo de prescripción de la acción fundada en el art. 367 LSC, 11 de noviembre de 2023 <https://almacenederecho.org/el-acierto-de-la-sentencia-sobre-el-plazo-de-prescripcion-de-la-accion-contra-los-administradores-sociales-ex-art-367-lsc>
- REDONDO TRIGO. Reflexiones sobre la reciente jurisprudencia mercantil y la supletoriedad o no del Derecho autonómico a la luz del Anteproyecto de Código Mercantil. La supresión del concepto “Derecho común” por el de “legislación civil”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 745, 2014.
- ROCA I TRIAS. El antiguo artículo 12 del Código Civil y la historia del derecho supletorio. Centenario del Código Civil. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Vol. II.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 1/1982, de 28 de enero
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 64/1990, de 5 de abril
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1987
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 982/2011 de 22 diciembre de 2012
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2013
- Sentencia del Tribunal (Sala de lo Civil), núm. 533-2013 de 6 septiembre
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 534-2013 de 6 septiembre
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 491/2018 de 14 septiembre
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 320/2019 de 5 junio
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2023 núm. 1512/2023
- Auto del Pleno del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2020
- Auto del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2017
- Auto del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2021
- Auto del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2015

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de noviembre de 2013 (Sección 1ª)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 10 de diciembre de 2013 (Sección 16ª) (JUR 2014/21578)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 7 de abril de 2014 (Sección 1ª) (JUR 149/652)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sec. 3ª), en su Sentencia núm. 314/2016
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm. 523/2016, de 14 de noviembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm. 164/2017, de 6 de abril
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 15ª) núm. 251/2017, de 15 de junio
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sec. 8ª) núm. 358/2017, de 7 de septiembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 383/2017, de 27 de septiembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª) Sentencia núm. 413/2023 de 6 septiembre

NOTAS

¹ Destacamos entre todos, estas dos entradas. García Villarubia. < El plazo de prescripción de la responsabilidad de administradores por deudas sociales (art. 367 LSC)>, 9 de noviembre de 2023 <https://almacenederecho.org/el-plazo-de-prescripcion-de-la-responsabilidad-de-administradores-por-deudas-sociales-art-367-lsc>; Pantaleón Prieto. < Comentarios sobre la STS (1ª) 1512/2023, de 31 de octubre: el plazo de prescripción de la acción fundada en el art. 367 LSC>, 11 de noviembre de 2023 <https://almacenederecho.org/el-acierto-de-la-sentencia-sobre-el-plazo-de-prescripcion-de-la-accion-contra-los-administradores-sociales-ex-art-367-LSC>

² Con citas doctrinales y jurisprudenciales en cuanto a la aplicación bien del artículo 241 bis LSC o bien del artículo 949 del Código de Comercio, puede consultarse la anterior entrada de 9 de noviembre de 2023 de García Villarubia que hemos citado.

³ Guilarte Zapatero. *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, Vol. II, Ministerio de Justicia, págs. 1784 y 1785, expone las diferentes posiciones sobre el régimen jurídico de la fianza solidaria, de la siguiente forma:

<Al respecto se ha sostenido:

a) Que, siendo la fianza solidaria una institución híbrida, la relación (externa) entre el acreedor y los obligados debe regirse por las normas de la deuda solidaria y la existente entre deudor y garante (interna) por las de la fianza (Puig Brutau, *Fundamentos*, I-II, p. 202; STS 21-IV-31). b) Que solamente debe aplicarse como norma propia de la fianza y en su aspecto interno el art. 1839 con exclusión del art. 1144 del CC (Gullón, *Curso*, p. 446); Puig Ferrol, *Estudios Roca*, II, p. 443; STS 29-XII.898, 5-II-55, 7-II-63). c) Que, con sometimiento absoluto a la letra del apdo. II del precepto, la fianza solidaria debe regirse íntegramente por las normas de la obligación de tal naturaleza con la particularidad prevista en el art. 1852 (De Buen, *Notas*, V, p. 45; Díez-Picazo, *Fundamentos*, I, p. 591). d) Que el régimen debe ser básicamente el de la fianza, con las particularidades de aplicarse el inciso final del art. 1837 y el 1144, por disponerlo el art. 1831 que evita el juego del 1830 (Lacruz/Delgado, *Elementos*, p. 344; Pérez Álvarez, *Solidaridad*, con un amplio análisis de jurisprudencia, p. 113; Guilarte, *Com. Edersa*, XXIII, p. 29). La jurisprudencia se orienta mayoritariamente en esta línea y no identifica, a efectos del régimen aplicable, fianza y obligación solidarias (STS 3-V-68, 16-VI-70, 11-VI-87, que afirma la “distinta naturaleza de la obligación solidaria” y 29-XII-87, que advierte “las necesarias cautelas” con que ha de tomarse la remisión del art. 1822.º CC)>.

⁴ Guilarte Zapatero. *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, Vol. II, Ministerio de Justicia, págs. 1855 y 1856.

⁵ Ángel Carrasco Perera; Encarna Cordero Lobato; Manuel Jesús Marín, al referirse a la fianza legal, incluso afirma que casi nunca se trata de una obligación en sentido estricto equiparándola a la carga, cuando razona lo siguiente: <En este caso, es la ley directamente la que crea la obligación a cargo de una persona de suministrar un fiador, o la que atribuye al juez la potestad de exigir la prestación de la fianza (art. 1854 CC). Entre fianza legal y judicial media la diferencia de que ésta, siendo igualmente una fianza legal—el juez está sujeto al principio de legalidad— se presta para fines de procedimiento, en los casos en los que las leyes procesales otorgan esta competencia, y requieren por ello mismo siempre una decisión judicial para su constitución. A pesar de que el art. 1855 CC se refiera al “obligado a dar fianza”, no siempre se trata de una obligación en sentido estricto. Más aún, casi nunca lo es, sino una simple carga que la persona gravada debe cumplir para acceder o continuar en el ejercicio de un derecho o potestad (cfr. arts. 167, 260, 261 y 491 CC; arts. 64, 529 LECiv, etc.), y cuyo incumplimiento permi-

te al beneficiado o al juez suprimir o extinguir la ventaja en cuestión. Esta fianza, además, no es necesariamente una fianza en sentido estricto, sino cualquier tipo de caución personal o real.>

Carrasco Perera; Cordero Lobato; Marín. Tratado de los Derechos de Garantía (Tomo I), 4ª ed., febrero 2022.

⁶ Vid. Martín Pérez. *Comentarios al Código Civil*. Tomo XV, Vol 1º, Artículos 1088 a 1124 del Código Civil. Edersa, 2004.

⁷ Caffarena Laporta. *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, Vol. II, Ministerio de Justicia, págs. 125 y 126.

⁸ El antecedente del artículo 1140 CC, lo encontramos en el artículo 1057 del Proyecto de Código Civil de 1851, que establecía lo siguiente: “Puede haber mancomunidad entre deudores, aunque las obligaciones por ellos contraídas difieran en el modo, por razón de la condición, el plazo u otra circunstancia”. Todavía, resalta más la pluralidad de situaciones, cuando habla expresamente de “otra circunstancia”.

García Goyena. *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, Volumen 3. Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852.

⁹ Redondo Trigo. <Reflexiones sobre la reciente jurisprudencia mercantil y la supletoriedad o no del Derecho autonómico a la luz del Anteproyecto de Código Mercantil. La supresión del concepto “Derecho común” por el de “legislación civil”>, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 745, 2014, págs. 2611-2629

¹⁰ La bibliografía al respecto es extensísima, baste citar, por ejemplo y como recientes los trabajos críticos de Espiau Espiau: <L’aplicació del dret supletori i la regulació de la prescripció en el Codi civil de Catalunya>, *Indret* 2/2013, y <Comentario a la Sentencia de 6 de septiembre de 2013>, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num. 94/2014 parte Sentencias.

¹¹ Gullón Ballesteros. *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993, pág. 31.

¹² Sobre la supletoriedad del Código Civil, con abundante bibliografía al respecto, vid. por ejemplo, Lalaguna Domínguez. *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley 2 de mayo de 1975*. Ed. Tecnos, 1975, páginas 239 y siguientes.; Roca i Trias. <El antiguo artículo 12 del Código Civil y la historia del derecho supletorio>. *Centenario del Código Civil*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Vol. II, páginas 1777 y siguientes.

Sobre la cuestión foral, vid. De Castro y Bravo. *Derecho Civil de España*. Editorial Civitas, 1985, páginas 211 y siguientes; Lacruz Berdejo. *Elementos de Derecho Civil, I*. Editorial Bosch, 1988, páginas 89 y siguientes.

¹³ Álvarez González. <La prescripción en el Código Civil de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho Común dentro del pluralismo jurídico español>. *Indret*. 1/2012, razonando al respecto lo siguiente: <En este marco de exigencia, el recurso al Derecho común estatal, aunque se pueda calificar de políticamente incorrecto, es una solución perfectamente viable. Baste señalar que sería absolutamente legítima, si así lo estableciese el legislador estatal, único competente para legislar sobre, por ejemplo, legislación mercantil, y sobre cómo colmar sus lagunas. Vuelvo a repetir que no estoy pensando en supuestos en los que la legislación mercantil aplicable (u otra de exclusiva competencia del legislador estatal) depende de una cuestión incidental, previa, accesoria o simplemente se aplica junto a una cuestión distinta de Derecho civil. En estos casos la cuestión de Derecho civil estaría sometida a las reglas ordinarias de Derecho interregional. De hecho, creo que no debe pasarse por alto la circunstancia cierta de que en las dos sentencias que han servido para, en cierta medida, sacralizar la idea de que el “Derecho común” respecto del Derecho mercantil es cualquiera de los Derechos civiles españoles (SSTS,

Civil, 28.6.1968 [RJ 1968\3607] y 16.2.1987 [RJ 1987\698; MP: Cecilio Serena Velloso]), lo que realmente subyacía eran problemas típicamente civiles. En la primera de ellas la cuestión civil se resolvió mediante la aplicación del Derecho catalán “atendida la regionalidad de los cónyuges contratantes... la capacidad contractual de los cónyuges recurridos debe regirse por su ley personal (art. 14 en relación con el 9º)” del Título Preliminar del CC. En la segunda, en un razonamiento realmente desafortunado que en todo caso no afecta a lo que aquí defendemos Código de Comercio, lo que se hizo fue resolver un tema “netamente civil”, aplicando —erróneamente— el CC a un caso sujeto al Derecho civil navarro. Esta STS no planteaba propiamente ningún problema en el que hubiera que acudir al Derecho común para suplir al (en adelante, CCom), sino meramente una cuestión civil distinta: qué bienes comunes respondían de determinadas deudas de los cónyuges. Así pues, la propuesta que hago en este apartado no contraría en modo alguno la “jurisprudencia” del TS, sencillamente porque ninguna de las dos sentencias se refería al supuesto de hecho que ahora contemplo.>

¹⁴ Vid. la crítica a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1987, realizada por Delgado Echevarría. <Comentario conjunto a la STS de 19 de enero de 1987 y a la STS de 16 de febrero de 1987>, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 13, pp. 4325-4344.

¹⁵ Fernández de Gatta Sánchez. <Las competencias del Estado como garantía de la unidad de mercado en la jurisprudencia constitucional>. *Ars Iuris Salmanticensis. Estudios*. Vol. 3, 43-76, Junio 2015, pág. 69.

¹⁶ SSTC, citadas por Fernández de Gatta (vid. op. cit. págs. 52 y 53)

3. URBANISMO

La aprobación por silencio de los proyectos de reparcelación: limitaciones administrativas y registrales

Approval by silence of reparcelling projects: administrative and registry constraints

por

VICENTE LASO BAEZA

*Laso & Asociados Despacho Jurídico
y Urbanístico*

RESUMEN: La resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 4 de octubre de 2023 se ocupa de la inscripción de un proyecto de reparcelación aprobado por silencio conforme admite la legislación autonómica para rechazar que pueda tener lugar en base a la interpretación contraria realizada al respecto por el Tribunal Supremo por considerar que su reconocimiento supone la transferencia al particular solicitante de facultades relativas al servicio público, por los efectos neutralizadores que, pese al transcurso del plazo legalmente previsto, se desprenden de la oposición de la Administración a su reconocimiento cuando resulta contrario al planeamiento urbanístico y, en fin y como objeción estrictamente registral, por el impedimento que supone la inexistente acreditación administrativa, ya fuera expresa o presunta, de la aprobación.

ABSTRACT: *The resolution of the Directorate General for Legal Security and Public Faith of 4 October 2023 deals with the registration of a reparcelling project approved by silence to reject that it can take place in those cases in which, despite the expiry of the legally established period, the Administration opposes its recognition on the grounds that it is contrary to the planning. To this is added the interpretation of the Supreme Court against the positive sense of silence in relation to acts of management on the grounds that its recognition implies the transfer to the individual applicant of powers relating to the public service and, on the other hand, the obstacles to ensure its full operability, especially in the registry order.*

PALABRAS CLAVE: Proyecto de reparcelación, silencio positivo, inscripción

KEY WORDS: Reparcelling project, positive silence, registration

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN INCICAL.—II. LOS TÉRMINOS DE LA RESOLUCIÓN DE 4 DE OCTUBRE DE 2023.—III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE MAYO DE 2020. 1. MARCO NORMATIVO Y ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA. 2. LOS TÉRMINOS DE LA SENTENCIA. 3. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA.—IV. OBJECIONES A LA OPERATIVIDAD DE LA APROBACIÓN DE LA REPARCELACIÓN POR SILENCIO ADMINISTRATIVO.— V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIÓN INCICAL¹

La resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 4 de octubre de 2023 se ocupa de la inscripción de los proyectos de reparcelación cuya aprobación se produce por silencio administrativo según lo dispuesto en la legislación autonómica², cuestión relevante que se desenvuelve no sólo en el ámbito propiamente registral sino también en el estrictamente administrativo en cuanto se refiere a la propia operatividad del silencio administrativo cuando de este tipo de actos se trata.

Así, comenzando por este segundo marco, la operatividad del silencio ha de ser abordada en el contexto de la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de mayo de 2020 (rec. cas. 5700/2017) expresamente citada por la resolución, lo cual exige concretar los términos en los que se desarrolló el debate a fin de comprobar su verdadero alcance.

Junto a ello y en el supuesto de dar validez al acto producido por el juego del silencio administrativo, se hace igualmente necesario atender a los presupuestos de orden registral de necesario cumplimiento para la inscripción de la reparcelación, los cuales en parte se desenvuelven al margen de la efectiva concurrencia de las condiciones que determinan el nacimiento del acto.

A uno y otro orden se dedican pues los apartados que siguen una vez destacados los términos más relevantes de la resolución.

II. LOS TÉRMINOS DE LA RESOLUCIÓN DE 4 DE OCTUBRE DE 2023

La resolución de 4 de octubre de 2024 se ocupa de la inscribibilidad de un proyecto de reparcelación formalizado en escritura pública por una Junta de Compensación sin la acreditación de su aprobación expresa por el Ayuntamiento.

A estos efectos, el recurrente sostuvo la aplicación del silencio administrativo positivo conforme al artículo 92.5 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía toda vez que, desde que el 16 de septiembre de 2022 el proyecto de reparcelación fuera presentado en el Ayuntamiento tras su aprobación por la Asamblea General de la Junta de Compensación, transcurrió el plazo de cuatro meses sin que fuera objeto de ratificación municipal.

Dicho artículo 92.5 dice así lo siguiente:

“En los procedimientos iniciados a solicitud de interesado, el plazo máximo para la ratificación o aprobación del proyecto de reparcelación por la Administración actuante será de cuatro meses desde la presentación de la solicitud en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente. El vencimiento de dicho plazo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados para entenderla aprobada o ratificada, según el caso, por silencio administrativo”.

No obstante, el registrador suspendió la inscripción al no constar la ratificación del proyecto de reparcelación por parte del Ayuntamiento, el cual manifestó además su denegación dentro del plazo de cuatro meses prescrito en la legislación autonómica, a cuyo fin la resolución da cuenta de que la nota de calificación expone *“que el día 14 de junio de 2023, dentro del plazo de calificación y despacho, se presentó una comunicación del Ayuntamiento de Ogtijares, firmada electrónicamente por su alcalde el día 14 de junio del año 2023, manifestando que, en sesión ordinaria de 13 de enero de 2023, la Junta de Gobierno local de dicho Ayuntamiento adoptó el acuerdo de denegar la ratificación del proyecto de reparcelación de la Unidad de Ejecución N.º 16 formulado por la junta de compensación, por ser contrario a las determinaciones previstas en las normas subsidiarias, y de comunicar a los interesados que deberán subsanar el estudio de detalle mediante la tramitación y procedimiento establecidos al efecto”.*

A partir de lo anterior la resolución refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2020 (rec. cas. 5700/2017) según la cual no cabe entender aprobados por silencio administrativo positivo los proyectos de actuación previstos en la legislación urbanística de Castilla y León pues, a la vista de los artículos 11.5 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y el artículo 43.2.b de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, vigente en el momento de los hechos, *“pues ello supondría transferir al particular solicitante facultades relativas al servicio público, y dichas transferencias no pueden producirse por silencio administrativo”.*

Sucesivamente, la resolución reitera la posible aprobación del proyecto de reparcelación por silencio según la legislación urbanística andaluza pero añade que *“ello no significa necesariamente que el mero transcurso del plazo previsto legalmente para que opere el silencio suponga el efecto automático de éste, particularmente cuando sus determinaciones resultan contrarias a la ordenación urbanística que pretende desarrollar”*, a cuyo fin cita la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 31 de octubre de 2018 que recuerda la jurisprudencia en torno al artículo 41.2 del Texto refundido de la Ley Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976 que *“quiso establecer que es la legalidad el límite de lo que puede aprobarse por silencio”* y que cita el artículo 9.7 de la LS 2008 según el cual *“«En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística (...)»”.*

La resolución refiere también que las normas sobre inscripción de proyectos de reparcelación carecen de una regulación especial sobre el silencio administrativo positivo al limitarse a exigir la acreditación de la aprobación administrativa, a cuyo fin cita el artículo 6 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística en el que se define como título inscribible la certificación de la Administración acreditativa de

la aprobación definitiva del correspondiente proyecto y el 23.6 del TRLSRU según el cual para la inscripción de la reparcelación resulta necesario la firmeza en vía administrativa del respectivo acuerdo aprobatorio, lo que así figura también en el artículo 3 del citado RD 1093/1997.

Finalmente la resolución concluye en los siguientes términos:

“(...) admitiéndose en la legislación urbanística aplicable la posibilidad de considerar aprobado por silencio positivo un proyecto de reparcelación, a efectos registrales es indispensable la acreditación administrativa de su aprobación, por acto expreso o presunto.

En el presente caso, no sólo no consta acreditada la misma, sino que consta un pronunciamiento expreso municipal que considera que el proyecto es contrario a las determinaciones previstas en las Normas Subsidiarias Municipales, por lo que el defecto debe ser confirmado.”

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE MAYO DE 2020.

1. MARCO NORMATIVO Y ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA

El acto que se encuentra en la base de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2020 se corresponde con un proyecto de actuación de los previstos en la legislación urbanística de Castilla y León.

Se trata, por lo tanto, de un instrumento identificado por el artículo 240.1 del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León de 29 de enero de 2004 como de gestión urbanística cuyo objeto consiste en programar técnica y económicamente la ejecución de las actuaciones integradas y que se extiende a una o varias unidades de actuación dentro de un mismo sector, debiendo establecer los siguientes tres grupos de determinaciones: las generales, las referidas a la urbanización y las referidas a la reparcelación.

Prescindiendo de las determinaciones generales, principalmente referidas al sistema de actuación y al urbanizador propuesto, la identificación registral de las fincas afectadas o, entre otra documentación preparatoria, la relación de propietarios, tanto las determinaciones de urbanización como las de reparcelación se subdividen en determinaciones básicas y determinaciones completas.

En el caso de las determinaciones de urbanización, cuyo objeto es la definición técnica y económica de las obras necesarias para la ejecución material de las determinaciones del planeamiento urbanístico, mientras son básicas las referidas al plazo para la redacción del Proyecto de Urbanización, sus características técnicas mínimas, la estimación del importe de los gastos y los criterios básicos para su contratación, son completas las que se refieren a la distribución de los gastos de urbanización entre los propietarios y la definición del mayor detalle de la definición de las obras.

En cuanto se refiere a las determinaciones de reparcelación, dice el Reglamento que cuando el proyecto de actuación se limita a contener las básicas estas quedan reducidas a la incorporación de los Estatutos cuando se actúa conforme al sistema de compensación, al señalamiento del plazo para la elaboración del correspondiente Proyecto de reparcelación y al establecimiento de los criterios

generales para la definición de los derechos de los propietarios, la valoración de aportaciones, etc. Por su parte las determinaciones completas de reparcelación se corresponden con la identificación de los terrenos de cesión a la Administración, la definición de los derechos de los afectados, la valoración y adjudicación de las parcelas resultantes y la concreción de las compensaciones e indemnizaciones que en su caso procedan.

De acuerdo con el marco que acaba de ser sucintamente descrito, el origen de la Sentencia se encuentra en la presentación ante un Ayuntamiento emplazado en la comunidad autónoma de Castilla y León de un proyecto de actuación compuesto por los estatutos de una futura Junta de Compensación con las determinaciones básicas sobre reparcelación y las completas sobre urbanización correspondientes a un concreto sector de suelo urbanizable para su desarrollo a través del sistema de compensación. Es decir, con un documento meramente preparatorio de la reparcelación cuyo contenido se limita a las normas reguladoras de la Junta de Compensación y, con un proyecto de urbanización completo.

Pues bien, ante la falta de resolución municipal en el plazo de tres meses previsto por el artículo 251.3º del RUCyL sobre la aprobación inicial del proyecto de actuación, el promotor promueve directamente el trámite de información pública con base en los artículos 433 y 434 siguientes y comunica al Ayuntamiento la aprobación definitiva por silencio positivo de los estatutos y el proyecto de urbanización integrados en el proyecto de actuación conforme al artículo 251.3.d) y e), a lo cual sigue finalmente la publicación de su aprobación definitiva por silencio administrativo así como del anuncio de la obligación de los propietarios de suelo de constituir la Junta de Compensación.

Finalmente, recurrida en reposición la aprobación por silencio del proyecto de actuación, el Ayuntamiento estima el recurso, siendo esta resolución la que es recurrida en vía contencioso-administrativa dando lugar a la Sentencia desestimatoria de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) de 21 de julio de 2017 (rec. apel. 80/2017) confirmada en casación por la del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2020.

2. LOS TÉRMINOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2020 se ocupa, en efecto, del régimen del silencio administrativo en la tramitación de un Proyecto de Actuación de iniciativa particular concluyendo que, conforme a los artículos 11.5 del LS 2008 (artículo 25.5 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana) y 43.1 de la LPAC 1992 (artículo 24.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), *“no pueden entenderse aprobados por silencio administrativo”*.

En ella se recuerda la jurisprudencia sobre el carácter del silencio en materia de tramitación de instrumentos de planeamiento (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2010 y 26 de junio de 2013), cuyo alcance es el siguiente:

- a) Cuando es una Administración pública competente para instruir y elaborar un instrumento de ordenación urbanística quien los presenta para su aprobación ante la Administración que ha de aprobarlo definitivamente, el planeamiento se entiende aprobado por silencio positivo en el plazo al efecto señalado por la legislación urbanística.
- b) Por su parte, cuando se trata de instrumentos de planeamiento o ejecución de iniciativa particular, la remisión a la legislación aplicable actualmente efectuada en el inciso final del artículo 25.5 del TRLSRU 2015 es considerada como *“cláusula de estilo (...) que obligará a examinar cada supuesto concreto por si constituyen una excepción a la regla general de inoperancia del silencio positivo respecto de los instrumentos de ordenación y ejecución de iniciativa particular”*.
- c) De acuerdo con ello se dice en las dos Sentencias citadas *“que el tratamiento del silencio administrativo (...) obedece a una interpretación de lo establecido en la regla general contenida en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992 (...) diferenciando entre las Administraciones públicas, que originariamente ostentan potestades urbanísticas, para las que rige el silencio positivo, respecto de los particulares, que no pueden adquirir por silencio facultades relativas al servicio público, cual es la ordenación y ejecución urbanísticas”*, condición de servicio público que la Exposición de Motivos de la LS 2007 atribuye a la urbanización.

Sucesivamente la Sentencia afirma que un proyecto de actuación, al que califica como *“instrumento de gestión ejecución urbanística”*, no puede ser aprobado por silencio administrativo pues en otro caso, como ya se ha adelantado, *“supondría transferir al particular solicitante facultades relativas al servicio público, y dichas transferencias no pueden producirse por silencio administrativo”* (art. 24.1 de la LPAC 2015), lo que se justifica con base en las siguientes cuatro razones:

- a) Por cuanto el artículo 11.5 del TRLS 2008 (art. 25.5 del TRLSRU 2015), aplicable durante la tramitación del expediente, se refiere tanto a los instrumentos de ordenación como a los de ejecución urbanística.
- b) Por entender que las Sentencias del Tribunal Constitucional 61/1997 y 164/2001 realizan una *“extrapolación incidental”* en virtud de la cual cabe entender que el carácter negativo del silencio administrativo en el caso de los planes de iniciativa privada *“es extrapolable a los instrumentos de gestión urbanística”*.
- c) Por cuanto el proyecto de actuación *“es un ejemplo incontestable de servicio público como instrumento de gestión urbanística”*.
- d) Por fin, toda vez que el silencio administrativo *“de conformidad con la legislación aplicable”* (art. 11.5l de la LS 2008) debe entenderse que es el regulado en la legislación de procedimiento administrativo común y no el previsto en la respectiva legislación autonómica.

A la vista de lo anterior concluye la Sentencia sosteniendo que el inciso final del artículo 11.5 del TRLS 2008 (art. 25.5 TRLSRU 2015) remite al régimen del silencio administrativo previsto en la LRJPAC de tal modo que al ser los proyectos de actuación un ejemplo incontestable de servicio público no pueden ser objeto de aprobación definitiva por silencio.

3. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

La cuestión que suscita la Sentencia es si la afirmación sobre la inoperancia del silencio positivo ha de sostenerse en bloque respecto de toda clase de instrumento de ejecución cualquiera que fuera su contenido cuando, como se advierte según la regulación autonómica, algún sentido lógico parece que habría de atribuirse a la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León cuando admite que un instrumento de tal naturaleza pueda ser aprobado por silencio positivo pese a ser de iniciativa particular.

En este sentido y como hemos dicho en otro lugar al tratar de esta misma Sentencia³, aun cuando la expresión “*instrumento de ejecución urbanística*” en un sentido amplio comprendería también los que vienen siendo considerados como instrumentos de gestión (art. 25.1 del TRLSRU 2015), no parece que la condición de servicio público predicada de la urbanización pueda mantenerse también en relación con estos últimos dado su alcance netamente jurídico, en particular, como ocurre en el caso tratado en la Sentencia, cuando se trata de unos meros Estatutos llamados a regular la actividad de una Junta de Compensación por constituir una llamada a cumplir los deberes de equidistribución y urbanización.

A estos efectos, las evidentes diferencias que en cuanto a su contenido presentan los proyectos de urbanización y los estatutos de una Junta de Compensación trascienden también en el orden de su tramitación respectiva pues es sabido que, por ejemplo, en el sistema de compensación, ningún obstáculo puede oponerse no sólo a su tramitación separada, lo que es obligado dado su distinto contenido, sino también a la tramitación anticipada del primero según reconoce la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Es por ello que resulta claramente cuestionable la calificación de los proyectos de actuación realizada por la Sentencia de 18 de mayo de 2020 como “*instrumento de gestión ejecución urbanística*” pudiendo inducir con ello a la simplificación de que ningún instrumento de gestión hubiera de admitir la aprobación por silencio siendo así que admiten una diversidad de fórmulas pues, por ejemplo, sus determinaciones en materia de urbanización, que pueden ser completas, pueden también limitarse al establecimiento de unas meras bases que por ello mismo hagan necesaria la formulación y tramitación posterior de un Proyecto de Urbanización (arts. 242 y 252.3 del RUCyL).

Cabe decir pues que la Sentencia, que nada llega a decir sobre los Estatutos como único instrumento en rigor de gestión incorporado al proyecto de actuación, realmente no contiene una pronunciamiento claro sobre la validez del efecto positivo del silencio cuando dicho proyecto en realidad participa de una doble naturaleza como tal instrumento de gestión y, por contener determinaciones de urbanización, como instrumento de ejecución al que a lo sumo cabría hacer extensiva su consideración como servicio público con el alcance ya señalado.

En este sentido, en fin, no parece que actuaciones cuyo alcance se manifiesta en el orden estricto de la gestión tales como la delimitación de una unidad de ejecución, la elección del sistema de actuación, la aprobación de las normas reguladoras de una entidad urbanística o también un proyecto de reparcelación puedan ser considerados como actos cuya adopción suponga la transferencia al particular solicitante de facultades relativas al servicio público.

IV. OBJECIONES A LA OPERATIVIDAD DE LA APROBACIÓN DE LA REPARCELACIÓN POR SILENCIO ADMINISTRATIVO⁴

Sin perjuicio de la efectiva previsión del silencio positivo por un importante número de leyes autonómicas en relación con la aprobación de los proyectos de reparcelación según ha quedado expuesto y más allá de lo que resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2020, existen otros motivos que revelan la dificultad objetiva de su operatividad tanto en el orden administrativo como en el orden propiamente registral.

a) Una primera objeción es la que se plantea a la vista de ciertas leyes autonómicas, como es el caso de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid⁵, en las que el reconocimiento de los efectos positivos del silencio respecto de los proyectos de reparcelación opera con independencia de lo que resulta del trámite de información pública al tomar como referencia el transcurso del plazo al efecto previsto no desde la terminación de dicho trámite sino desde la presentación de los proyectos o, en su caso, desde la subsanación del único requerimiento de subsanación de deficiencias.

Tal posibilidad, que omite la exigencia del cumplimiento de un trámite tradicionalmente considerado como esencial por la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando viene referido a los instrumentos de planeamiento⁶, en la actualidad entra en clara colisión con el artículo 25.1 del TRLSRU de 2015 según el cual *“Todos los instrumentos de ordenación territorial y de ordenación y ejecución urbanísticas, incluidos los de distribución de beneficios y cargas, así como los convenios que con dicho objeto vayan a ser suscritos por la Administración competente, deben ser sometidos al trámite de información pública en los términos y por el plazo que establezca la legislación en la materia (...)”*.

En este sentido resulta igualmente de interés recordar que el RD 1093/1997 dispone en su artículo 8.1, para el caso de los proyectos de reparcelación de propietario único o tramitados por acuerdo unánime de todos los propietarios, que dada su virtualidad inmatriculadora y la posible rectificación de las descripciones de las fincas su limitada publicidad deba suplirse con su necesario sometimiento al trámite de información pública, regla, como queda dicho, hoy ya generalizada.

b) A su vez, dado que la inscripción de un proyecto de reparcelación en el Registro de la Propiedad requiere la acreditación de su firmeza en vía administrativa⁷ conforme dispone el artículo 1.1 del RD 1093/1997, la efectiva operatividad del silencio se enfrenta a un obstáculo no siempre salvable al requerir que a la inactividad administrativa causante del acto aprobatorio por el juego del silencio le sustituya una implicación activa de la Administración que aun siendo deseable no parece siempre esperable.

Así, toda vez que para alcanzar la firmeza en vía administrativa resulta necesaria la previa notificación municipal de la aprobación alcanzada por silencio a los propietarios con el correspondiente ofrecimiento de recursos y que haya transcurrido el plazo de un mes sin haber sido interpuesto recurso de reposición o que habiéndose interpuesto éste haya sido resuelto dando lugar, en caso de estimación, a la adaptación del proyecto de reparcelación, la hipótesis de que el mismo Ayuntamiento que incumple su deber de resolver expresamente proceda después en la forma apuntada fácilmente puede no llegar a darse.

c) También como relevante impedimento en orden a la inscripción del proyecto de reparcelación se encuentra, siguiendo la misma lógica señalada en la letra precedente, la posible resistencia de la Administración a la expedición de la certificación acreditativa de la aprobación por silencio, condición a tal efecto necesaria conforme resulta de los artículos 2.2 y 6 del RD 1093/1997 a la que también se refiere la resolución de 4 de octubre de 2023 al decir que, “*admitiéndose en la legislación urbanística aplicable la posibilidad de considerar aprobado por silencio positivo un proyecto de reparcelación, a efectos registrales es indispensable la acreditación administrativa de su aprobación, por acto expreso o presunto*”.

Bastaría por lo tanto con que la Administración se negara a expedir la certificación acreditativa de la aprobación por silencio del proyecto de reparcelación para que su inscripción quedara igualmente bloqueada.

f) Parte de la legislación autonómica citada hace explícita al cautela de la falta de aprobación de la reparcelación por silencio cuando resulta contraria a la ley o al planeamiento, haciendo con ello extensivo a este tipo de instrumentos el criterio que en materia de licencias quedó reflejado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009 (rec. cas. 45/2007) contrario al silencio *contra legem* a la vista de la interpretación que temporalmente se realizó en sentido contrario del artículo 43.5 de la LPAC 1992 tras su modificación por la Ley 4/1999, de 13 de enero conducente al reconocimiento del silencio *contra legem* a salvo de la expulsión del mundo jurídico del acto así alcanzado mediante su previa revisión en vía administrativa⁸.

A estos últimos efectos, la regulación contenida en el inciso final del citado artículo 88.1.4.^º de la LSCM, según la cual “*La no notificación de resolución expresa dentro del indicado plazo máximo autorizará para entenderla aprobada por acto presunto, debiendo abstenerse la Administración de cualquier pronunciamiento expreso, distinto del confirmatorio del presunto, una vez producido éste*” y la ausencia de una cautela en sentido contrario para el caso de oponerse el proyecto a la ley o al planeamiento no parece suficiente para la admisión del silencio *contra legem* y desde luego no es obstáculo para que en el ejercicio de la labor calificadora desde el registro puedan oponerse los defectos impositivos de la inscripción de la reparcelación.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC 164/2001
- STC 61/1997
- STS de 18 de mayo de 2020
- STS de 26 de junio de 2013
- STS de 17 de noviembre de 2010
- STS de 20 de junio de 1998
- STS de 12 de febrero de 1991
- SSTs de 30 de abril y 22 de diciembre de 1990
- STS de 24 de julio de 1989
- STS de 28 de octubre de 1988
- SSTs de 18 de septiembre de 1987

- SSTS de 11 de julio, 6 de noviembre y 22 de diciembre de 1986
- STSJ de Castilla y León (Burgos) de 21 de julio de 2017
- STSJM de Andalucía de 29 de marzo de 2007
- STSJ de Andalucía de 30 de diciembre de 2005
- STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de junio de 2005
- STSJ de Madrid de 17 de marzo de 2005
- STSJ de Navarra de 1 de septiembre de 2004
- STSJ de Madrid de 20 de mayo de 2004
- RDGSJFP de 4 de octubre de 2023
- RRDGRN de 27, 28 y 31 de mayo y de 7, 9 y 10 de septiembre de 2002

NOTAS

¹ Del silencio administrativo en el ámbito urbanístico ver LASO BAEZA, V., Silencio administrativo positivo e inscripción de segregación. Su posible traslación a otros actos urbanísticos con trascendencia registral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 680, págs. 3452 a 3454; De nuevo sobre el acceso al Registro de la Propiedad de actos administrativos adoptados por silencio administrativo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 693, págs. 380 a 388; El silencio positivo contra legem tras la Ley 4/1999, de 13 de enero: Una solución legal frustrada por el Tribunal Supremo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 714, págs. 2222 a 2232; y El silencio administrativo tras el Real Decreto-ley 8/2011 y la consiguiente revisión de la última jurisprudencia de la Dirección General al respecto, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 730, págs. 1189 a 1200.

² Las normas autonómicas en las que se ha previsto el sentido positivo del silencio para la aprobación de proyectos de reparcelación con las siguientes: a) Artículo 92.5 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (artículo 92.5); Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón (Artículos 68 y 147); Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo de Asturias, el cual contempla además la posible intervención de la Administración autonómica a instancias de los propietarios en sustitución de la municipal por falta de resolución en el plazo al efecto previsto (artículo 191); Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias (artículo 282); Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León (artículo 76); Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo, de Cataluña (artículo 119); Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (artículo 106); Reglamento General de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears, para la isla de Mallorca (artículo 122); Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja (artículo 146); Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (artículo 88); Ley 4/1992, de 30 de julio, de Ordenación y Protección del Territorio de la Región de Murcia (artículo 202).

³ De la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2020 (rec. cas. 5700/2017) nos ocupamos brevemente en LASO BAEZA, V., El silencio administrativo en relación con los instrumentos de ejecución urbanística, *Observatorio Inmobiliario*, n.º 106, septiembre/octubre 2020, págs. 54 a 56.

⁴ Del silencio administrativo en el ámbito urbanístico ver LASO BAEZA, V., Silencio administrativo positivo e inscripción de segregación. Su posible traslación a otros actos urbanísticos con trascendencia registral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 680, págs. 3452 a 3454; De nuevo sobre el acceso al Registro de la Propiedad de actos administrativos adoptados por silencio administrativo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 693, págs. 380 a 388; El silencio positivo contra legem tras la Ley 4/1999, de 13 de enero: Una solución legal frustrada por el Tribunal Supremo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 714, págs. 2222 a 2232; y El silencio administrativo tras el Real Decreto-ley 8/2011 y la consiguiente revisión de la última jurisprudencia de la Dirección General al respecto, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 730, págs. 1189 a 1200.

⁵ La regla 4.º del artículo 88.1 de la LSCM dispone lo siguiente en relación con la aprobación de los proyectos de reparcelación: “Aprobación, cuando sea a iniciativa privada, dentro del plazo máximo de dos meses desde la presentación de la totalidad de la documentación

exigible o, en su caso, desde el efectivo cumplimiento, del único requerimiento posible de subsanación de deficiencias de la aportada, que sólo podrá practicarse dentro de los quince días siguientes al de aquella presentación. La no notificación de resolución expresa dentro del indicado plazo máximo autorizará para entenderla aprobada por acto presunto, debiendo abstenerse la Administración de cualquier pronunciamiento expreso, distinto del confirmatorio del presunto, una vez producido éste”.

⁶ El carácter esencial del trámite de información pública se acentúa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo al afirmar que es con su cumplimiento como el planeamiento adquiere legitimidad democrática (entre otras muchas, STS de 11 de julio, 6 de noviembre y 22 de diciembre de 1986, 18 de septiembre de 1987, 28 de octubre de 1988, 24 de julio de 1989, 30 de abril y 22 de diciembre de 1990, 12 de febrero de 1991, etc.).

⁷ De la acreditación de la firmeza en vía administrativa como requisito necesario para la inscripción de los proyectos de reparcelación se ha ocupado LANZAS MARTÍN, E., El requisito de la firmeza de los actos administrativos de naturaleza urbanística, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 762, págs. 2092 a 2106.

⁸ La posición favorable al silencio *contra legem* revisada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de enero de 2009 quedó reflejada, por ejemplo, en su Sentencia de 1 de abril de 2002, la cual destacó que la resolución expresa denegatoria dictada después de producido el silencio es nula en cuanto “*el acuerdo del Consejo de Ministros ha revocado la autorización tácita sin seguir el procedimiento legalmente previsto, que sería el de revisión de actos nulos establecido en el artículo 102 LPC o el de declaración de lesividad de actos anulables y posterior recurso contencioso-administrativo (art. 203 de este mismo texto legal)*”. En igual sentido se pronunciaron los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid en Sentencias de 20 de mayo de 2004 y 17 de marzo de 2005, de Valencia en Sentencia de 3 de junio de 2005, de Navarra en Sentencia de 1 de septiembre de 2004 y de Andalucía en Sentencias de 29 de marzo de 2007 y 30 de diciembre de 2005.

En el ámbito registral esta doctrina quedó también reflejada en resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27, 28 y 31 de mayo y de 7, 9 y 10 de septiembre de 2002 referidas a la acreditación de la obtención por silencio administrativo de licencias de parcelación.

4. DERECHO BANCARIO

Apuntes críticos en relación con la reciente interpretación jurisprudencial de los ficheros de información crediticia

Critical notes in relation to the recent jurisprudential interpretation of credit information files

por

ALEJANDRO PLATERO ALCÓN
Profesor Contratado Doctor Derecho Civil
Universidad de Extremadura

RESUMEN: En el presente trabajo se reflexionará acerca de la interpretación que está realizando la sala primera del Tribunal Supremo, en relación con los requisitos de licitud del tratamiento para inscribir deudas en los ficheros de información crediticia contenidos en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales. Además, se realizará un especial énfasis en la posibilidad de establecer indemnizaciones de daños y perjuicios derivadas de incorrectas inclusiones en los citados ficheros, con fundamento en el régimen indemnizatorio previsto en el Reglamento General de Protección de Datos Personales europeo.

ABSTRACT: *In this work, we will reflect on the interpretation that the first chamber of the Supreme Court is making, in relation to the requirements of legality of the processing to register debts in the credit information files contained in the Organic Law on the Protection of Personal Data. In addition, special emphasis will be placed on the possibility of establishing compensation for damages arising from incorrect inclusions in the files, based on the compensation regime provided for in the European General Regulation on the Protection of Personal Data.*

PALABRAS CLAVES: Deudor; fichero de información crediticia; requerimiento de pago; indemnización.

KEYWORDS: *Debtor; credit information file; payment requirement; compensation.*

SUMARIO: I. NOTAS INTRODUCTORIAS.—II. EL MARCO JURÍDICO DE LOS ACTUALES FICHEROS DE INFORMACIÓN CREDITICIA.—1. LA PRESUNCIÓN *iusuris tantum* DE LICITUD. 2. LA COMPLEJIDAD PRÁCTICA DE DETERMINAR CUÁNDO UNA DEUDA ES CIERTA, VENCIDA Y EXIGIBLE.—II. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL REQUERIMIENTO DE PAGO. 1. LA CONTROVERTIDA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN CON LA EXISTENCIA DE DEUDAS NULAS. 2. ¿CUÁNDO DEBE COMUNICAR EL ACREEDOR QUE PUEDE TRASLADAR LOS DATOS DEL DEUDOR A UN FICHERO DE INFORMACIÓN CREDITICIA?. 3. UNA REFERENCIA AL CONJUNTO RESTANTE DE REQUISITOS DE LICITUD.—III. LA CUESTIÓN INDEMNIZATORIA DERIVADA DE INCORRECTAS INCLUSIONES EN LOS FICHEROS DE INFORMACIÓN CREDITICIA. 1. LA *vis atractiva* DEL DERECHO AL HONOR. 2. LA AUSENCIA DE INDEMNIZACIONES POR VIOLACIONES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.—IV. NOTAS CONCLUSIVAS.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

En la sociedad actual con la facilidad existente para realizar contrataciones por parte del ciudadano medio, el conjunto de obligaciones a los que puede verse sujeta una persona, ha aumentado exponencialmente. Además, en muchas de estas ocasiones, estas situaciones de contratación van a venir determinadas por el mismo patrón, la adhesión a contratos por parte de los consumidores, los cuales estarán llenos de cláusulas estandarizadas, donde la posibilidad de negociación de los mismos es nula.

Evidentemente, todavía sigue existiendo una contratación que, podría denominarse como más tradicional, pero en realidad, en el conjunto de obligaciones habituales que son suscritas, piénsese en la constitución de un préstamo hipotecario, la adquisición de un teléfono móvil o, la instalación de suministros eléctricos en las viviendas, todas ellas tienen el mismo denominador común, la ausencia de negociación del contenido de los contratos por parte de los consumidores.

Sobre este contenido, resulta importante constatar la existencia de determinadas consecuencias derivadas de un incumplimiento por parte del deudor, ya que, en muchos de estos contratos, podría aparecer una cláusula donde el acreedor se reserva el derecho a comunicar los datos de un posible incumplimiento, a un fichero de información crediticia. Como después se verá, no resulta obligatorio informar de esta posibilidad en el contrato por parte de la entidad acreedora, sino que también podrá informar al deudor de la citada posibilidad, en el caso de que le remita un requerimiento de pago de la deuda que pueda contener el mismo, derivada de un incumplimiento de carácter contractual.

En la práctica, los citados ficheros de información crediticia constituyen auténticas losas para las personas que observan como en los mismos figuran sus datos personales, ya que, esta situación les provocará acceder a futuras financiaciones y contrataciones aplazadas con una enorme complejidad. Ahora bien, para que la entidad acreedora pueda comunicar estos datos al responsable del fichero de información crediticia, debe acreditar el cumplimiento de una serie de requisitos legales, establecidos en la regulación del derecho fundamental a la protección de datos personales. Además, en el caso de que se comuniquen los citados datos y,

no se cumplan los requisitos citados, se puede generar una intromisión ilegítima en el derecho al honor del supuesto deudor que, en el caso de constatarse, debe ser resarcida económicamente.

Por todo lo anterior, en el presente trabajo se analizarán la reciente interpretación que está realizando la sala primera del Tribunal Supremo, en relación con la concurrencia de los requisitos de licitud del tratamiento previsto en la actual ley orgánica de protección de datos personales. Además, se profundizará en la posibilidad de establecer vías indemnizatorias distintas a las previstas en la regulación del derecho fundamental al honor, en concreto, teniendo en cuenta el régimen previsto en el artículo 82 del Reglamento General de Protección de Datos europeo.

II. EL MARCO JURÍDICO DE LOS ACTUALES FICHEROS DE INFORMACIÓN CREDITICIA

1. LA PRESUNCIÓN *JURIS TANTUM* DE LICITUD

Para poder realizar una conceptualización de los actuales ficheros de información crediticia, resulta necesario con anterioridad, detallar una serie de aspectos de carácter introductorio, en aras de reforzar los principales aspectos que se desarrollarán en el presente trabajo, que como es sabido, giran en torno en la necesidad de reforzar la normativa del derecho fundamental a la protección de datos personales, en relación con la protección del supuesto deudor y, las posibles consecuencias indemnizatorias derivadas de una inclusión ilícita en uno de los que tradicionalmente se han denominado por la doctrina, como ficheros de morosos (PÁRAMO Y DE SANTIAGO, 2019, 4).

En este sentido, debe precisarse, en primer lugar, que es normal que en el cumplimiento de las obligaciones, en determinadas ocasiones el deudor no cumpla con el comportamiento obligatorio que le debe al acreedor y, en este caso concreto que se aborda, el citado incumplimiento vendrá determinado por la no realización del pago de una obligación de carácter dineraria, lo que le puede suponer situarse en determinadas ocasiones, en una posición de mora y, no solo puede tener como consecuencia jurídica el resarcimiento de los daños y perjuicios que el citado comportamiento puede originar en el deudor, sino que, como se verá con posterioridad, en muchas ocasiones el citado incumplimiento puede suponer al deudor su inclusión en uno de los denominados en la actualidad ficheros de información crediticia (OCHOA MONZÓ, 2022, 422).

Pues bien, en el supuesto de como consecuencia del retraso culpable en el incumplimiento de la obligación, el deudor se vea incluido en uno de los ficheros comentados con anterioridad, puede ocurrir que, la citada inclusión sea perfectamente lícita, porque concurren en la actuación del acreedor que comunica la deuda todos los requisitos legales que se analizaran con posterioridad, o bien, podría ocurrir que alguno de los mismos no concorra y, por ende, la citada inclusión resulte ser ilícita. En esos supuestos, es decir, cuando no existan motivos jurídicos para que el presunto deudor aparezca en un fichero de morosos por una deuda específica frente a un acreedor en concreto, se deben analizar las consecuencias jurídicas que se pueden producir frente al perjudicado que, por suerte o desgracia,

como se expondrá con detalle, se suelen centrar todas en la vulneración del mismo derecho fundamental, como es el derecho al honor (BARATECH NAVARRETE y SÁNCHEZ MARTÍN, 2017, 6).

En este sentido, se intentará demostrar en el presente trabajo que como consecuencia de indebidas inclusiones en los ficheros objeto de estudio, también se pueden producir consecuencias indemnizatorias relacionadas con incumplimientos en el derecho fundamental a la protección de datos personales, ya que, de hecho, la principal regulación que existe sobre los mismos se encuentra dentro de la actual norma regulatoria del citado derecho en España. Además, también en determinadas ocasiones podría resultar contradictoria la situación de privación de efectos en otro derecho fundamental, como es en este caso el derecho a la intimidad personal, que ha venido declarando la sala primera del Tribunal Supremo desde hace tiempo¹, ya que, podría darse casuística, donde la condición de morosa de una determinada persona resultara objeto de visualización por otra, con un mero interés de cotilleo y, no siguiendo ninguna finalidad legal ni contractual (PARRA LUCÁN, 2009, 467).

Tradicionalmente en virtud de lo contenido en el artículo 29 de la ya derogada ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos personales, a los ficheros de morosos se les denominaba ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito², pero debe notarse al respecto que, ha existido una importante discusión acerca de la naturaleza de los mismos en virtud del citado precepto, ya que, en su primer apartado hacía referencia concreta a los citados ficheros de solvencia patrimonial y crédito, mientras que en el segundo, mencionaba a los relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias. En concreto, han existido diferentes voces doctrinales al respecto donde se mencionaba a la dualidad de ficheros que comprendía la anterior norma regulatoria del derecho fundamental a la protección de datos personales, aunque quizás, lo más práctico resultaba considerar que las dos modalidades de alusión, hacían referencia al mismo tipo de fichero, dualidad denominativa que, como se expondrá con posterioridad, no existe en la actual regulación de los conocidos coloquialmente como ficheros de morosos (MÁS BADIÁ, 2017, 9).

Debe precisarse con anterioridad a la exposición del régimen actual de los citados ficheros que, se pueden distinguir dos tipos de ficheros, resultando solo uno de ellos en realidad sobre los que centra la problemática jurisprudencial existente. En efecto, cuando el deudor contrae una obligación dineraria frente a la entidad acreedora, es lógico que la misma posea una serie de ficheros internos, donde podrá almacenar los datos del deudor; debido normalmente a las cláusulas contractuales que les unen, ahora bien, la contienda jurídica surge en relación a otro tipo de ficheros, que serán los que organicen diferentes entidades especializadas, en función de los datos que le son transmitidos por parte de las entidades acreedoras sobre la situación de impago de las obligaciones dinerarias sobre sus deudores (ESQUIVIAS JARAMILLO, 2019, 7). Será, en estos ficheros, cuya función es importante para otras entidades, ya que, los podrán consultar para conocer la solvencia de sus potenciales contratantes, sobre los que deben desplegarse el conjunto de salvaguardias que se examinarán en el presente trabajo, en relación con el derecho fundamental a la protección de datos.

Como puede entenderse fácilmente, la simple comunicación de los datos de solvencia del deudor, cuando conste un incumplimiento, no tiene *per se*, que producir un quebranto en el derecho al honor y/o en el derecho fundamental a la protección de datos del sujeto incumplidor, ya que, si se dan los requisitos exigidos la citada comunicación de los datos será totalmente lícita (DÍEZ SOTO, 2020, 505). Ahora bien, ¿Qué pasará cuando se comuniquen situaciones de impago que no son ciertas? O, ¿Cuándo se notifiquen deudas superiores a las reales? y como no, ¿Cuándo no se realice al deudor una correcta comunicación de la comunicación de sus datos a los ficheros de información crediticia? En esos supuestos, como después se expondrá, se pueden vulnerar los derechos citados con anterioridad, naciendo el derecho del perjudicado, a ser indemnizado por los daños y perjuicios ocasionados, aunque el Tribunal Supremo todavía no ha indemnizado directamente por una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos, decantándose siempre por la indemnización automática que establece la normativa reguladora del derecho fundamental al honor.

Precisado lo anterior, debe advertirse que la actual regulación de los sistemas de información crediticia, se encuentran regulados en el artículo 20 de la ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en adelante LOPD, (MÉNDEZ SÁNCHEZ, 2019, 118), precepto que merece un examen en profundidad, ya que algunos de sus apartados, están resultando objeto de análisis reciente por parte de la sala primera del Tribunal Supremo, realizándose mención expresa en el presente trabajo, a un conjunto de sentencias emitidas desde finales del año 2022 y, en la totalidad del año 2023, partiendo todas ellas de un análisis de la actual normativa de protección de datos y su influencia en la inclusión de supuestos deudores en las mismas.

Lo primero que debe advertir del citado precepto, es la ausencia de definición de la figura, aunque debe precisarse, que la ausencia no es novedosa en la legislación española, ya que, tampoco se encontraba definida en las anteriores leyes sobre protección de datos, hoy ya derogadas (PASCUAL HUERTA, 2017, 121). En segundo lugar, resulta interesante detenerse en la fuente de legitimación del tratamiento de los datos, es decir, la habilitación que va a tener el acreedor de la supuesta deuda, para transmitir los datos al responsable del fichero y, la capacidad de este último para gestionar y tratar dicho datos relativos a la situación de insolvencia patrimonial de una persona. Así, debe partirse de que en la anterior regulación sobre protección de datos española del año 1999, recuérdese ya no vigente, se establecía una habilitación expresa para los responsables de los ficheros, para tratar los citados datos siempre que fueran remitidos por el acreedor, siempre y cuando los mismos resultaran determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los deudores, no superaran el límite temporal de 6 años y, pudieran considerarse como veraces³.

En efecto, en relación a la legitimación para la inclusión de los datos relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias en los actuales sistemas de información crediticia, aparece una importante novedad, ya que, desaparece la citada habilitación expresa y se introduce una suerte de presunción *iuris tantum* de licitud del tratamiento, cuando en la obligación vencida y en la relación existente con el deudor, concurren el conjunto de requisitos que se establecen en el artículo 20 de la actual LOPD, resultando los mismos objeto de análisis posteriormente⁴.

La citada presunción, debe estar basada, evidentemente, en uno de los principios de licitud del tratamiento de datos personales, recogidos en el artículo 6.1 del Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante RGPD)⁵. En este sentido, podría considerarse como causa válida para el establecimiento de la citada presunción de licitud del tratamiento, el apartado c) del citado precepto, donde se establece que el tratamiento de los datos puede ser necesario, para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento, como ocurre en la normativa sobre el crédito inmobiliario, donde para que el prestamista pueda conceder un préstamo, debe evaluar la solvencia del interesado, mencionándose de forma expresa la consulta a los ficheros de información crediticia, como se establece en el artículo 12 de la ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (PLAZA PENADÉS, 2020, 1053). Ahora bien, no en todos los sectores aparecen estas obligaciones de consulta de forma expresa, por lo que la citada fuente de legitimación no podría considerarse como válida de forma genérica.

En cambio, sí parece más acertado el apartado f) del citado precepto y, considerar que el tratamiento será necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado, en este caso, el supuesto deudor, que requieran la protección de sus datos personales. Parece evidente que con la presunción *iuris tantum* introducida en la actual LOPD, se priman los intereses generales de los futuros acreedores en conocer la posible situación de insolvencia patrimonial de un futuro contratante que, la protección de los propios intereses del deudor que, evidentemente, no obtendrá ningún beneficio posible de figurar en los citados ficheros de información crediticia (MÁS BADÍA, 2021, 89). Ahora bien, como se ha expuesto con anterioridad, esta habilitación para tratar los datos sobre la insolvencia patrimonial de una persona en concreta deberá cumplir el conjunto de requisitos expuestos en el artículo 20 LOPD, ya que de lo contrario, la misma debe decaer, aunque no siempre se pueda coincidir con determinadas interpretaciones realizadas por los tribunales, como se detallará a lo largo del trabajo.

2. LA COMPLEJIDAD PRÁCTICA DE DETERMINAR CUÁNDO UNA DEUDA ES CIERTA, VENCIDA Y EXIGIBLE

El primer aspecto que debe analizarse se encuentra expresamente en el apartado 1.b) del precepto citado con anterioridad, donde se establece que para que sea lícito el tratamiento de los datos relativos a incumplimientos de obligaciones dinerarias, los mismo, deben estar referidos a deudas *ciertas, vencidas y exigibles*, cuya existencia o cuantía no hubiese sido objeto de reclamación administrativa o judicial por el deudor o mediante un procedimiento alternativo de resolución de disputas vinculante entre las partes. Este requisito debe considerarse una manifestación de los principios de licitud, lealtad y transparencia contenidos en el artículo 5.1 a) RGPD (PUENTE ESCOBAR, 2019, 115) y, en la actualidad, el mis-

mo está resultando objeto de interpretación reciente por parte de la Sala Civil del Tribunal Supremo.

Evidentemente, si la comunicación que se realizara por parte de la entidad acreedora no obedecería a deudas ciertas, vencidas y exigibles, la actuación realizada por el comunicante estaría más cerca de un chantaje que de otra cosa, como se obtiene del fundamento de derecho cuarto de la STS 1715/2013 de 6 de marzo, donde se afirma: *“La inclusión en los registros de morosos no puede ser utilizada por las grandes empresas para buscar obtener el cobro de las cantidades que estiman pertinentes, amparándose en el temor al descrédito personal y menoscabo de su prestigio profesional y a la denegación del acceso al sistema crediticio que supone aparecer en un fichero de morosos, evitando con tal práctica los gastos que conllevaría la iniciación del correspondiente procedimiento judicial, muchas veces superior al importe de las deudas que reclama”*.

Además, la segunda parte del precepto objeto de análisis, hace referencia a deudas cuya existencia o cuantía no hubiese sido objeto de reclamación administrativa o judicial por el deudor. En este sentido, se puede citar el fundamento de derecho tercero de la STS 962/2018, de 23 de marzo, que precisa en relación a la citada reclamación por parte del deudor que: *“Si la deuda es objeto de controversia, porque el titular de los datos considera legítimamente que no debe lo que se le reclama, la falta de pago no es indicativa de la insolvencia del afectado. Puede que la deuda resulte finalmente cierta y por tanto pueda considerarse como un dato veraz. Pero no era un dato pertinente y proporcionado a la finalidad del fichero automatizado, porque este no tiene por finalidad la simple constatación de las deudas, sino la solvencia patrimonial de los afectados. Por ello solo es pertinente la inclusión en estos ficheros de aquellos deudores que no pueden o no quieren, de modo no justificado, pagar sus deudas, pero no aquellos que legítimamente discrepan del acreedor respecto de la existencia y cuantía de la deuda”*.

Precisado lo anterior, resulta evidente que cuando el deudor cuestiona la validez de la deuda, no debe comunicarse su impago a un fichero de morosos, pero eso sí, el citado cuestionamiento judicial o extrajudicial, debe realizarse con anterioridad a la inclusión de los citados datos, no con posterioridad, ya que de lo contrario, si se entendería cumplido el requisito de veracidad y exigibilidad de la deuda (SELIGRAT GONZÁLEZ, 2019, 39). En este mismo sentido se pronuncia muy recientemente el Tribunal Supremo, en concreto en su sentencia 4607/2022, de 20 de diciembre, donde entre otras cuestiones, tiene que interpretar por primera vez, el requisito que se está analizando actualmente en el presente trabajo⁶.

En concreto, el caso que analizó la citada sentencia versaba sobre la inclusión en el fichero de información crediticia Asnef-Equifax, de una deuda inicial de 934,77 euros, pero con el paso de los intereses, la misma llegó a ser de 1.499,69 euros. La deuda pecuniaria tenía su origen en un préstamo personal concedido por una entidad por una cantidad principal de 500 euros, pero con un TAE del 1138,69%, que en principio, tendría que ser satisfecha por el deudor en 3 plazos de 250 euros, pero el mismo, solo cumplió con el primero de los pagos, dejando el resto de las prestaciones sin ejecutar. Por ello, la entidad acreedora comunicó al fichero en cuestión los datos relativos al incumplimiento el día 3 de diciembre de 2019, situación que fue impugnada judicial por el deudor el 13 de enero de 2021,

solicitando una indemnización de 5.000 euros por una vulneración de su derecho fundamental al honor.

Ahora bien, casi en fechas simultáneas, en concreto el 11 de enero de 2021, presentó otra demanda solicitando la nulidad del préstamo objeto de discusión, al considerar que el mismo era usuario, lo que fue ratificado por el juzgado de primera instancia sin mucha discusión, ya que un tipo de interés del 1138,69%, resulta poco admisible. Por ello, resulta muy interesante la solución que ha aportado recientemente a este supuesto el Tribunal Supremo, ya que, si la obligación entre las partes era nula, ¿podría cumplir la comunicación efectuada por la acreedora, con los requisitos de veracidad que se exige a la misma en el artículo 20 LOPD?

Pues bien, aunque puede considerarse contradictorio, por lo menos resulta así al presente autor, en la sentencia se considera acreditado el requisito de que la deuda era cierta, vencida y exigible, con total independencia de que la misma, fuera declarada nula en otro pronunciamiento judicial y, por ende, se obligará únicamente al deudo a restituir el capital inicial del préstamo, como si no se hubiera suscrito obligación alguna entre las partes. Para ello, se hace hincapié en el momento de presentación de la reclamación que, fue posterior al de la inclusión en el fichero de morosos, en concreto, más de 1 año después y en este sentido, como se obtiene el fundamento de derecho quinto: *“el deudor formuló su primera reclamación sobre la pertinencia de la deuda con posterioridad a la inclusión de sus datos en el fichero de morosos. Antes de ese momento no había ofrecido siquiera restituir el capital del préstamo, a lo que el prestatario está obligado cuando el préstamo es usurario. Por tal razón, en el momento en que el acreedor comunicó sus datos personales al registro de morosos, no existía controversia entre las partes sobre la existencia de la deuda”*.

Además, continúa aseverando al respecto el tribunal, considerando que el deudor fue obligado a devolver los 500 euros de la cuantía principal del préstamo personal, ya que, solo había restituido 250 euros, por lo que, aunque sin mencionarlo de forma expresa, el Tribunal Supremo viene a afirmar que la deuda existía, pero que la misma no era de 1.499,69 euros, como así constaba en el fichero, sino de 250 euros. Por ello, afirma en el mismo fundamento de derecho citado anteriormente que en relación de la citada comunicación al fichero: *“Que sus datos fueran objeto de tratamiento en un fichero sobre solvencia patrimonial no vulnera su derecho al honor; por más que la cantidad comunicada al fichero no fuera la correcta, pues lo que vulnera el honor del afectado no es que la cuantía de la deuda que consta en el registro sea incorrecta, sino que se dé al afectado el tratamiento de moroso, incumplidor de sus obligaciones dinerarias, sin serlo”*.

Sin embargo, en este aspecto se deben hacer notar una serie de circunstancias discordantes. Así, en primer lugar, debe recordarse que el artículo 1303 del Código civil, establece que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, situación que es la que ha acaecido en el supuesto enjuiciado por parte del Tribunal Supremo. En efecto, el hecho de que el reclamante en el proceso, al que ya no le atribuyo la condición de deudor por coherencia con la argumentación que se está exponiendo, tuviera que devolver los 250 euros restantes al otro contratante, no se debía a ninguna situación de impago, sino que como consecuencia de la nulidad de la obligación, las partes

tendrían que realizar las prestaciones necesarias para volver al momento inicial de suscripción de la misma.

Por ello, el presente autor debe discrepar en relación con la deducción realizada por el Tribunal Supremo, no afirmada expresamente, de que el reclamante era deudor y moroso en todo caso, porque en ningún momento cumplió ni con la devolución del principal, ya que, si el contrato nunca ha existido como consecuencia de su declaración de nulidad, tampoco el reclamante podrá ser considerado deudor. Y, la anterior afirmación, es independiente de considerar o no vulnerado su derecho fundamental al honor, ya que, como ocurre en todos los procedimientos, no se realiza una afirmación expresa acerca de las consecuencias de la violación del derecho fundamental a la protección de datos personales de los reclamantes.

También, se ha mencionado por reciente doctrina autorizada una opinión similar (ALKORTA IDIAKEZ, 2023, 362), aludiendo de forma expresa a que la consideración realizada en la sentencia objeto de análisis, donde se entiende como cumplido el requisito de la deuda cierta, vencida y exigible, supondría una vulneración no solo del principio de exactitud en el tratamiento de datos personales ya mencionado anteriormente, sino también se vería vulnerado el principio de finalidad del artículo 5.1 b) RGPD y, el de minimización de los datos personales contenido en el apartado c), ya que difícilmente la comunicación efectuada sobre una deuda nula, resultará adecuada, pertinentes y limitada a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados los citados datos, es decir, para hacer referencia a la situación de insolvencia del reclamante.

Durante el año 2023, la sala Civil del Tribunal Supremo ha dictado 14 sentencias⁷ relativas a la correcta inclusión (o no) en los ficheros de información crediticia y, en varias ocasiones también ha realizado una serie de menciones en relación con el requisito establecido en el artículo 20.1 b) LOPD que se está analizando. Así, debe citarse en primer lugar, la STS 724/2023, de 7 de febrero, donde el reclamante consideraba que se había producido una inclusión indebida de una deuda por importe de 1.647,96 euros en el fichero de morosos Asnef, ya que la misma, a juicio del mismo era de una cantidad menor. Pues bien, en el caso concreto, la sentencia reproduciendo los extremos de la STS 4607/2022 de 20 de diciembre que se acaba de exponer, vuelve a establecer la misma consideración y, la duda en relación a la menor cuantía de la deuda por el reclamante, no planteada con anterioridad a la inclusión de la misma en el fichero, no es óbice para considerar que no se cumple el requisito de la deuda cierta, vencida y exigible⁸.

Otra sentencia muy interesante al respecto, aunque aborda un fichero de una naturaleza distinta a los analizados en el presente trabajo, es la STS 3822/2023 de 20 de septiembre, donde se analiza la posible inclusión indebida como morosa derivada de su condición de avalista de una serie de operaciones financieras, en la central de información de riesgos del banco de España (en adelante CIRBE). Sobre la citada central, debe precisarse que alberga una naturaleza jurídica distinta de los ficheros de información crediticia⁹, ya que, es un servicio público que tiene por finalidad recabar de las entidades de crédito, datos e informaciones sobre los riesgos de crédito, para facilitar a las entidades declarantes datos necesarios para el ejercicio de su actividad (CASTILLO OLANO, 2022, 207).

Pues bien en el supuesto concreto, se comprobó que la reclamante, efectivamente fue avalista y, dicha situación si puede constar como un riesgo en la CIR-

BE, debido a la naturaleza jurídica descrita del citado registro¹⁰, pero ahora bien, en ningún momento llegó a ser deudora, como figura en la comunicación que el acreedor de la operación financiera, en este caso una entidad bancaria, había realizado a la CIRBE. Por ello, se estimó una vulneración en el derecho al honor de la reclamante, resultando la misma indemnizada por una cantidad de 7.056 euros, por diversos conceptos, cuestión indemnizatoria sobre la que se profundizará en apartados posteriores del presente trabajo¹¹.

En último en lugar en relación a la concurrencia del citado requisito analizado, se puede citar la STS 4207/2023, de 17 de octubre, donde la reclamante afirmada que la deuda comunicada por una entidad bancaria al fichero no era vencida ni exigible, porque la actora no conocía con exactitud el origen de la misma y, cuando la conoció, evidentemente con posterioridad a la inscripción de la misma en el fichero de morosos, presentó una demanda contra la acreedora. Pues bien, para el Tribunal Supremo, las anteriores situaciones no constituyen una comunicación de datos ilícita, tampoco para el presente autor como ha de notarse, ya que, como se establece en su fundamento de derecho cuarto: *“Por la misma razón, que la deuda responda al impago de la cantidad mensual adeudada por el uso de la tarjeta o a un descubierto en la cuenta corriente (por otra parte, generado por el cargo de la tarjeta que resultó impagado), resulta irrelevante respecto de la existencia de una vulneración del derecho al honor, pues tanto en uno como en otro caso es cierta la existencia de un incumplimiento de una obligación dineraria y, por tanto, la condición de incumplidora de la demandante. Por tal razón, no existe una intromisión ilegítima en su honor al ser considerada como tal incumplidora en los datos comunicados por BBVA a los ficheros (...) la otra alegación, relativa a la no cancelación de los datos cuando se conoció la interposición de la demanda, no puede ser estimada. A efectos de considerar que la deuda comunicada al fichero no era cierta, no es relevante el cuestionamiento de la deuda hecho con posterioridad a su inclusión en el registro de morosos”*.

II. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL REQUERIMIENTO DE PAGO

1. LA CONTROVERTIDA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN CON LA EXISTENCIA DE DEUDAS NULAS

Una vez examinados uno de los principales caballos de batalla existentes en relación con los requisitos exigidos por la norma reguladora del derecho fundamental a la protección de datos personales en relación con las inclusiones de deudas en los actuales ficheros de información crediticia, es menester, hacer referencia a otro aspecto que está produciendo que el Tribunal Supremo haga siempre mención expresa al mismo, desde el momento que está analizando las posibles inclusiones indebidas en las mismas derivadas de la aplicación temporal de la ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales¹². En concreto, se debe profundizar ahora sobre el requisito del requerimiento previo de pago (FUENTES NAHARRO, 2023, 313).

Para hacer referencia al mismo, se debe en primer lugar, poner de manifiesto el difícil escenario existente entre el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por

el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante RLOPD), y la actual LOPD, ya que, como es sabido, esta última ley no deroga de forma expresa el contenido del reglamento de desarrollo de la anterior ley de protección de datos existente en España (BERROCAL LANZAROT, 2019, 112). De hecho, es la pionera STS 4607/2022, de 20 de diciembre, ya citada con anterioridad en el presente trabajo en el análisis del requisito de veracidad de la deuda, la que vuelve a realizar la primera interpretación existente desde la entrada en vigor de la LOPD, en relación a la exigencia del requerimiento previo de pago como requisito de inclusión de una deuda en un fichero de información crediticia.

En este sentido, antes de analizar los principales aspectos que se pueden extraer de la sentencia citada, debe aclararse de forma previa que, el artículo 20.1 LOPD, no establece entre el conjunto de requisitos de inclusión de una deuda en un fichero de morosos la exigencia de un requerimiento previo, al igual que ocurría en la regulación existente sobre los ficheros de solvencia patrimonial contenida en el artículo 29 de la anterior ley de protección de datos personales (PUYOL, 2022, 3).

Ahora bien, el citado requisito del requerimiento de pago, si se encuentra establecido en el reglamento de desarrollo de la anterior ley orgánica de protección de datos, concretamente en el artículo 38.1 c) donde se establece que sólo será posible la inclusión en ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, cuando entre otras cuestiones, se realice un requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación, es decir, al deudor. El citado requerimiento no debe realizarse por el titular del fichero común, sino por la entidad acreedora con la que el deudor tiene suscrito un acuerdo vinculante y, cuyo incumplimiento es el que puede ser comunicado al fichero de información crediticia por parte de la entidad acreedora, eso sí, siempre y cuando le hubiera requerido con anterioridad para cumplir con el pago (RIBÓN SEISDEDOS, 2021,48).

Como puede aventurarse, el principal problema jurídico consistirá en determinar si la previsión contenida en el artículo 38.1c) RLOPD, resultará aplicable al régimen establecido a los ficheros de información crediticia establecido en el artículo 20 LOPD, una vez que entre los requisitos que determinan la licitud de la inclusión de una deuda en los mismos, no se encuentra el citado requerimiento de pago. Pues bien, esta cuestión ha sido abordada y, está resultando de aplicación obligatoria posterior para el citado órgano, por la citada anteriormente STS 4607/2022, de 20 de diciembre, donde se estableció, en primer lugar que: *“A falta de un reglamento que desarrolle la nueva ley orgánica, el Real Decreto 1720/2007 sirve de desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica 3/2018, necesario para la plena eficacia de esta, sin perjuicio de que hayan quedado derogadas aquellas normas del citado reglamento que “contradigan, se opongan, o resulten incompatibles con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica”, según prevé expresamente el apartado 3.º de la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 3/2018 en relación con las disposiciones de igual o inferior rango”.*

Por tanto, la primera polémica en relación con la posible aplicación de los postulados del RGPD en la actualidad tras la entrada en vigor de la LOPD, ha quedado rápidamente resuelta, ya que como señala con acierto la sentencia, la propia

ley orgánica prevé su aplicación en aquello que no resulte incompatible con la actual legislación. Por tanto, el segundo paso consistirá en determinar si el requisito del requerimiento de pago establecido por el reglamento no resulta incompatible con la regulación comprendida en la actual norma de protección de datos.

Esta segunda cuestión, también ha sido resuelta por la citada sentencia, comenzando su razonamiento en el hecho notado anteriormente de que, la anterior regulación sobre los ficheros de solvencia patrimonial que se contenía en el artículo 29 LOPD del año 1999, tampoco incluía entre sus requisitos el denominado requerimiento de pago para poder incluir la obligación dineraria incumplida en el fichero y, sin embargo, el citado requerimiento establecido por el RGPD, sí resultaba de aplicación. Por ello, asevera el Tribunal Supremo que, *“Por tanto, el hecho de que el actual art. 20.1.c) de la Ley Orgánica 3/2018 no establezca expresamente el requisito del requerimiento previo de pago no supone que la regulación del art. 38.1.c del reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007 se oponga o sea incompatible con la nueva norma legal y deba considerarse, por tanto, derogado”*.

En virtud de los razonamientos expuestos, es evidente que el requisito del requerimiento de pago con carácter previo a la inclusión de la obligación dineraria incumplida por parte del deudor resulta obligatorio y, por tanto, en el caso de que no se realice el mismo, no podría incluirse una deuda en un fichero de información crediticia en la actualidad (SILVESTRE ESCUDERO, 2023, 6). Ahora bien, la polémica en relación con la vigencia del citado requisito no es la única que existe, sino que también resulta interesante abordar la relativa en relación a la forma en realizar el mismo, ya que, como se expondrá, en las últimas resoluciones existentes por parte del Tribunal Supremo, se podría afirmar que la práctica del requerimiento se ha dulcificado.

Así, debe ponerse de manifiesto que todas las sentencias emitidas por el Tribunal Supremo del año 2023 sobre los ficheros de información crediticia se remiten a una en concreto de finales del año 2022, cuando analizan la validez del método elegido por la entidades acreedora para realizar el requerimiento de pago al deudor¹³. En concreto, se trata de la STS 4490/2022, de 21 de diciembre que aborda esta cuestión en profundidad, a lo largo de su fundamento de derecho segundo, cuyos principales postulados serán objeto de análisis a continuación en el presente trabajo.

Así, para el Tribunal Supremo constituye un elemento fundamental, la determinación del carácter recepticio del requerimiento de pago, preocupación que ya puede encontrarse latente en el fundamento de derecho cuarto de la STS 5445/2015, de 22 de diciembre, donde se establecía y, se sigue reproduciendo de forma literal en las sentencias que se dictan en la actualidad que el requerimiento de pagos: *“No se trata simplemente de un requisito “formal”, de modo que su incumplimiento solo pueda dar lugar a una sanción administrativa. Se trata de un requisito que responde a la finalidad del fichero automatizado sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, que no es simplemente un registro sobre deudas, sino sobre personas que incumplen sus obligaciones de pago porque no pueden afrontarlas o porque no quieren hacerlo de modo injustificado. Con este requerimiento se impide que sean incluidos en estos registros personas que por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar natu-*

raleza, han dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible sin que ese dato sea pertinente para enjuiciar su solvencia”.

Fijada la importancia del requerimiento, toca volver de nuevo a la acreditación de su carácter recepticio. En este sentido, en la STS 4490/2022, de 21 de diciembre se establece una realidad palmaria, como es la relativa que en el artículo 38 ROLPD descrito con anterioridad, no se establece la forma idónea de realizar el citado requerimiento, por ello, son admisibles para el Alto Tribunal, presunciones para determinar la recepción del mismo por parte del deudor, aunque resulta evidente, que podrá existir una enorme y variada casuística al respecto (ESQUIVIAS JARAMILLO, 2023, 149).

En el caso concreto que resuelve la sentencia, se da validez a un envío masivo de cartas realizada por la entidad acreedora al servicio postal de correos, que debe presumirse, remitió al domicilio del deudor, ya que, no constaba en el proceso que la carta fuera devuelta. A tal respecto, se asevera en el fundamento de derecho segundo de la misma que: *“Tampoco se puede tachar la comunicación por formar parte de un gran conjunto de ellas, puesto que dicha circunstancia, igual que si se hubiera presentado de forma independiente e individual, no impide su puesta a disposición del servicio postal de correos, que opera un número ingente de comunicaciones y que no puede denegar su admisión (documentada en los autos con los albaranes de entrega) por el mero hecho de formar parte de una remesa masiva de envíos que le son confiados por el remitente para la realización de un proceso postal integral (clasificación, transporte, distribución y entrega) que debe garantizar de manera efectiva los derechos de los usuarios y del que, una vez producida la recepción, se hace responsable, conforme a lo dispuesto por el art. 3.12.b) de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal”*.

Con anterioridad se aludía a una dulcificación del requisito del requerimiento de pago en relación con la inclusión de una deuda en un fichero de información crediticia, de hecho, la validez al conjunto de envío masivos de por parte de las entidades de acreedoras a los servicios de correos, sin que conste devolución posterior, ya podría ser considerada en sí misma una especie de reducción en los niveles de importancia en la práctica del requerimiento. Ahora bien, en las sentencias posteriores emitidas en el año 2023, se pueden encontrar supuestos donde se da validez al requerimiento efectuado en situaciones que pudieran dar lugar a una suerte de discrepancias al respecto.

Así, se puede citar la STS 2513/2023, de 5 de junio, donde se discutía la validez del requerimiento de pago efectuado a la deudora, ya que el mismo, se realizó por un importe de 229,82 euros (importe impagado) y 1,57 euros (importe demoras), mientras que la deuda total que figuraba en el fichero de información crediticia era de 4,988, 33, hecho por que la actora del procedimiento consideraba que el citado requerimiento no podría ser válido. Pues bien, como sostiene el Tribunal Supremo, el requerimiento era totalmente válido aunque no estuviera realizado por la misma cuantía que la cantidad que figuraba en el fichero cuando la reclamante accedió a los citados datos, ya que, desde la comunicación de la entidad acreedora al fichero de la deuda impagada, hasta que se produjo el acceso a los datos por parte de la deudora, la cantidad adeudada se había incrementado como consecuencia de los efectos de los intereses¹⁴.

Lo expresado con anterioridad, aunque ya había sido expuesto por parte del Tribunal Supremo en fechas anteriores, pone de manifiesto, como a pesar de que el requerimiento de pago constituye un elemento fundamental en relación al presente objeto de estudio, el mismo puede verse alterado y, su admisibilidad tiende a generalizarse cuando se observa el cumplimiento del resto de requisitos exigido por la normativa. En este sentido, las diferencias en la cuantía exigida en el requerimiento y en la que se encuentra en el registro, parece que no afectará a la licitud del tratamiento, como sostiene entre otras, la ya citada STS 3261/2022, de 14 de septiembre, cuando afirmó en su segundo fundamento de derecho que: “*no es que la cuantía de la deuda que consta en el registro sea incorrecta, sino que se dé al afectado el tratamiento de moros, incumplidor de sus obligaciones dinerarias, sin serlo*”.

Otro supuesto de admisibilidad reciente del requerimiento de pago, donde puede existir parte de controversia, aparece en la STS 2981/2023, de 28 de junio, en el que la actora solicitaba una indemnización en su derecho al honor como consecuencia de la inclusión indebida de una deuda de 85.916,79 euros, comunicada al fichero por parte de una entidad bancaria. En concreto, la actora negaba que se hubiera producido el requerimiento de pago, ya que, en fechas posteriores a la suscripción del préstamo con la entidad, ella había cambiado su domicilio y que en el mismo, no se recibió requerimiento de pago alguno.

Pues bien, en este supuesto, el Tribunal Supremo vuelve a considerar la validez del citado requerimiento que, también fue realizado mediante envíos masivos de cartas de la entidad acreedora y que, consta efectuado por correos al domicilio que se indicaba en el momento de constitución del préstamo y, dicha carta no fue devuelta. En concreto, se admite la validez del domicilio, basándose no solo en la presunción de la no devolución de la carta, sino en que la misma, consta entregada en el negocio de carpintería regentado por el otro prestamista de la deuda, progenitor de la actora en el procedimiento que se encuentra inscrita en el fichero de morosos.

Una situación similar, aunque a juicio del presente autor, algo más controvertida, se encuentra en la STS 3825/2023, de 27 de septiembre, donde la actora demandó a una entidad bancaria solicitando una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por su inclusión como deudora en un fichero de información crediticia, en concreto, figurando la misma por un importe de 163,25 euros. En su demanda, la actora negaba que se hubiera realizado el requerimiento de pago, pero la entidad bancaria demandada, presentó que se había realizado el mismo mediante un sistema de envío masivos de cartas a Correos para su distribución posterior, constando que el mismo se efectuó en el domicilio indicando por la actora cuando suscribió la obligación dineraria con la entidad y, que el mismo no consta como devuelto.

Ahora bien, la actora alegó durante el procedimiento que había cambiado su domicilio y, que el domicilio donde la entidad bancaria había realizado su reclamación se correspondía con el restaurante que era propiedad de la actora, pero que desde fechas finales de 2017, ella ya no lo regentaba, constando que el requerimiento de pago se realizó al citado restaurantes a comienzos del año 2020 por parte de la entidad acreedora. Pues bien, en este supuesto en la sentencia se reproduce el razonamiento utilizado por la Audiencia Provincial, donde se da por bueno el requerimiento de pago realizado, ya que entre otras razones, debido a la escasa población existente en la localidad donde estaba sito el restaurante, es

probable que la actual regencia hubiera remitido la carta del requerimiento a la actora del procedimiento que, continuaba viviendo en la misma localidad¹⁵.

En este sentido, resulta cuanto menos sorprendente, la citada presunción de buena vecindad que se da por reproducida en la sentencia y, si existen, al menor para el presente autor, ciertas dudas de la admisibilidad del requerimiento realizado. También parece ser discutido el domicilio donde se efectúa el requerimiento de pago en la STS 3829/2023, de 26 de septiembre, aunque no se mencionan en la reproducción de los hechos de la sentencia los argumentos concretos emitidos por el actor, aunque se vuelve a avalar el requerimiento efectuado en el domicilio que comunicó el deudor en el momento de celebración del contrato con la entidad acreedora.

Otro asunto interesante donde puede observarse de nueva esa tendencia consistente en la menor exigencia en la forma utilizada para dar por admisible el requerimiento de pago efectuado puede encontrarse en la STS 3824/2023, de 27 de septiembre, donde el actor formula demanda contra una entidad bancaria, al considerar que comunicó de forma incorrecta a un fichero de morosos, una deuda de 4.627,65 euros. La entidad bancaria durante las instancias anteriores presentó dos reclamaciones de pago efectuadas con fecha anterior a la inclusión en el fichero, ya que la misma, obedecía a un préstamo personal de 6.000 euros, donde el actor había dejado de abonar 41 de las 48 cuotas en que se comprometió a devolver el mismo.

Ahora bien, lo interesante de la sentencia radica en que para el Alto Tribunal, el requisito del requerimiento previo de pago puede no resultar tan importante, cuando el deudor es conocedor claramente de su posición jurídica, es decir, en este caso, de que debe una gran cantidad de cuotas a la entidad acreedora. Así, se establece en su fundamento de derecho tercero cuando aduce: *“nuestra doctrina sobre el enfoque funcional del requerimiento previo de pago nos ha llevado a restar relevancia este requisito como elemento determinante de la existencia de una vulneración del derecho al honor cuando el deudor no se ha visto sorprendido por la inclusión en el fichero al tener constancia de la deuda y evidenciar sus actos una actitud totalmente pasiva, que es lo que cabe apreciar en el presente caso (...) la parte deudora era plenamente consciente de sus deudas con la entidad financiera pues el inicial préstamo había sido objeto de sucesivas novaciones y ampliaciones para refinanciar su deuda sin que atendiera su pago”*.

En este sentido, parece evidente que cuando se producen situaciones de impagos contrastables, no solo disminuye el nivel de exigencia en relación con el requisito del requerimiento de pago, sino también sobre el conjunto de los mismos. Así, también resulta ilustrativa la STS 3826/2023, de 27 de septiembre, donde no se ampara la pretensión del actor de ser indemnizado en su derecho fundamental al honor, como consecuencia de una posible inclusión indebida en un fichero de morosos, en concreto de una deuda de 647,71 euros, debido entre otras cuestiones, a que el actor conocía de sobra su situación de incumplidor, ya que, abonó de manera tardía más del 70% de las cuotas del préstamo que le vinculaba con la entidad acreedora. En este sentido, el Tribunal Supremo da por reproducidos los argumentos utilizados por la Audiencia Provincial, donde se alude expresamente a la existencias de *recalcitrantes* impagos y, que como consecuencia de los mismos, el deudor no podría verse sorprendido por su inclusión en un fichero de información crediticia¹⁶.

De lo anterior se extrae como las situaciones de cambio de domicilio, variaciones en la cuantía y, las derivadas de actitudes cuasi dolosas por parte del deudor en

relación a sus impagos son interpretadas por el Tribunal Supremo como métodos de flexibilización de exigencias en relación con la inclusión de una deuda en los ficheros de información crediticia. Ahora bien, no siempre se entiende acreditado el requisito del requerimiento de pago, pudiendo citarse, aunque con anterioridad a dar validez de los envíos masivos de requerimientos sin devolución, entre otras la STS 4798/2021 de 10 de diciembre, donde se estableció en su fundamento de derecho quinto que: *“no podemos compartir el criterio de la Audiencia, relativo a que los documentos indicados cumplan los mínimos requisitos acreditativos de la práctica del requerimiento del art. 38.1 c), que no es una mera fórmula ritual que se satisfaga con la remisión en bloque de unas cartas, de las que, una de ellas, es devuelta por destinatario desconocido; y la otra, en la que no figura el contenido de la carta remitida, para determinar el cumplimiento de las advertencias legalmente exigidas en el mentado precepto, es enviada, además, a la misma dirección, de la otra carta con respecto a la cual constaba que el mismo destinatario era desconocido, lo que cuestiona la garantía de la recepción, que niega el demandante. Con los datos fácticos manejados por los tribunales de instancia, no cabe considerar jurídicamente cumplido el control de legalidad sobre la práctica del requerimiento del art. 38 del reglamento de la LOPD, so pena de considerarlo como un mero trámite formal inocuo o sin consecuencias jurídicas, lo que no podemos avalar en la protección de un derecho fundamental de la persona como es el honor.”*

Ahora bien, también se puede encontrar una muy reciente sentencia, en concreto la STS 4537/2023, de 23 de octubre, donde el Alto Tribunal no considera adecuado el requerimiento de pago efectuado por la entidad acreedora. En concreto, se comunicó por parte de la misma al fichero de morosos, la existencia de una deuda de 1.150,37 euros y, durante el proceso, la entidad bancaria que actuaba como acreedora alegó que había realizado el requerimiento de pago por dos vías distintas, por un lado, a través de una carta remitida al domicilio indicado en el contrato en la que también le informaba, de forma expresa, de la posibilidad de su inclusión en los ficheros de impagados, certificado tal extremo por una empresa externa y, la segunda notificación se realizó a través de la banca electrónica.

En primera instancia no se consideró realizado correctamente el requisito del requerimiento de pago, pero para la Audiencia Provincial que resolvió el asunto, los anteriores argumentos si sirvieron para considerar acreditado el mismo, aludiendo de hecho, a la reciente doctrina del enfoque funcional del requerimiento de pago. Ahora bien en este supuesto, el Tribunal Supremo considera que las actuaciones realizadas por la entidad acreedora no suponen acreditado el requisito del requerimiento de pago y, que por ende, la inclusión de los citados datos en el fichero de morosos era incorrecta, aunque, nada se dice en relación a la cuestión indemnizatoria, ya que, en ningún momento el actor la solicitó¹⁷.

2. ¿CUÁNDO DEBE COMUNICAR EL ACREEDOR QUE PUEDE TRASLADAR LOS DATOS DEL DEUDOR A UN FICHERO DE INFORMACIÓN CREDITICIA?

Analizado ya el contradictorio requisito de licitud del requerimiento de pago para tratar datos relativos a deudas en los ficheros de información crediticia, es necesario continuar avanzando en el análisis de los principales aspectos de los

mismos sobre lo que se está produciendo en la práctica, una importante discusión jurisprudencial. Así, es el momento de hacer referencia al requisito previsto en el artículo 20.1 c) LOPD, donde se establece que para incluir la deuda en el fichero, el acreedor debe haber informado al afectado en el contrato o en el momento de requerir el pago acerca de la posibilidad de inclusión en dichos sistemas, con indicación de aquéllos en los que participe, requisito que, choca frontalmente con uno de los preceptos establecidos en el RLOPD del año 2007, por lo que resultaba necesario, como ocurría con anterioridad, que el Tribunal Supremo precisara su interpretación (RODRÍGUEZ ANDIA, 2023, 3).

En concreto, la contradicción se produce en relación a lo previsto en el artículo 39 RLOPD, donde se establece el deber de informar por parte del acreedor sobre la posibilidad de ser incluido en un fichero de morosos, tanto en el momento de celebración del contrato, como en el momento de efectuar el requerimiento de pago, es decir, se establecía una especie de doble garantía, en el sentido de que el deudor sería informado en dos ocasiones distintas de las posibles consecuencias derivadas de su incumplimiento económico (LINARES GUTIÉRREZ, 2014, 113). Evidentemente, ambas regulaciones se encuentran en confrontación, ya que, la actual LOPD solamente exige que la comunicación se realice en una sola ocasiones, o bien en el propio contrato, o bien cuando se realice el requerimiento de pago, situación que podría ser considerada, como una disminución de las garantías en relación con el nivel de aumento de protección existente en los últimos tiempos sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales de los ciudadanos (MOLINS GARCÍA-ATANCE, 2019, 7).

En este caso, la correcta interpretación de ambos preceptos fue establecida por la ya citada STS 4607/2022, de 20 de diciembre, donde se consideró que el artículo 39 ROLPD debía considerarse como incompatible y, por ende, derogado, en virtud de la actual regulación contenida en el artículo 20.1c) LOPD. En este sentido, en el fundamento de derecho quinto se esclarece al respecto que: *“Por tanto, no es preciso realizar la información (más bien una advertencia) sobre la posibilidad de comunicar los datos al fichero de morosos en caso de impago en el contrato y, “en todo caso”, en el momento de requerir de pago, sino que puede realizarse en cualquiera de estos momentos, no necesariamente en ambos”*.

Sobre esta interpretación, que es cierto que esclarece en la práctica la problemática de la dualidad de las diferentes regulaciones al respecto, pueden surgir varios interrogantes. En este sentido, parece que el legislador, ha adoptado un sistema donde se pretende beneficiar expresamente al acreedor, en el sentido de que el mismo, podrá simplemente incluir la citada posibilidad de incluir al deudor en un fichero de información crediticia, en alguna de las múltiples cláusulas que suelen incluir los contratos, en muchas ocasiones meros formularios de adhesión, como ocurre en la contratación de préstamos con entidades bancarias que, normalmente, son los que más veces constituyen el objeto de discusión en los pronunciamientos judiciales. No parece lógica, al menos para el presente autor, la supresión de la obligatoriedad de comunicación de la inclusión de una deuda en un fichero de morosos en el momento en que se efectúe el requerimiento de pago, ya que, no resultara complicado imaginar como en muchas ocasiones, el deudor, debido al paso del tiempo, ni conserve una copia del contrato de la relación que le vincula con el acreedor y, aunque lo conservara, probablemente no se acordará

del contenido establecido en alguna de las múltiples cláusulas que en el mismo se habrán establecido.

Además, el segundo inciso del artículo 20.1 c) LOPD descrito, obligaba también al acreedor a realizar otra comunicación, en concreto, la de informar al deudor ya sea en el contrato o el momento de efectuar el requerimiento, del conjunto de ficheros de información crediticia en los que participa. Evidentemente este deber, puede ser considerado como una manifestación contenida del principio de transparencia en el tratamiento de datos personales, contenida en el artículo 12 RGPD (GARCÍA-CUEVAS ROQUE, 2018, 75), e incluso como una obligación legal, ya que el artículo 14 RPDG obliga al responsable del tratamiento de informar al interesado cuando sus datos sean tratados sin su consentimiento, como ocurren en este caso, ya que difícilmente nadie prestará su consentimiento para verse incluido dentro de un fichero de morosos, de informarle del conjunto de destinatarios que accederán a sus datos personales (LLETGET PIZARRO, 2021, 1383), es decir, en este caso, el fichero de información crediticia en concreto al que se cederá los datos relativos al incumplimiento de la obligación dineraria por parte del deudor.

Ahora bien, en la tan importante y comentada recientemente STS 4607/2022, de 20 de diciembre, también se hace mención a esta obligación por parte de la acreedora y, se llega a una conclusión de que la que el presente autor se encuentra de acuerdo en parte, ya que, se considera que el incumplimiento de la citada obligación, ya sea, o en el requerimiento de pago o el momento de celebración del contrato, no implica una vulneración del derecho al honor del deudor, si se cumplen el resto de requisitos esenciales de licitud en el tratamiento de los datos relativos a su deuda. En concreto, se afirma en el fundamento de derecho quinto que: *“Asimismo, que en aquel momento no se informara al afectado de los sistemas de información crediticia en los que participaba la demandada no supone que se haya vulnerado el derecho al honor del demandante puesto que no es un hecho que coadyuve a la producción de un daño ilegítimo en ese bien jurídico, sin perjuicio de que pueda ser tomado en consideración para fijarla cuantía de la indemnización si tal circunstancia agravara las consecuencias de una intromisión ilegítima en el derecho al honor efectivamente producida, por haber dificultado el ejercicio por el afectado de sus derechos de acceso, rectificación o cancelación”*.

Aunque podría resultar lógico razonar que el incumplimiento de esta obligación legal, introducida además como novedad en el artículo 20.1 c) LOPD respecto a la legislación anterior, no debería estar amparada por el Tribunal Supremo, en realidad, con su afirmación anterior, el mismo, no está respaldando el citado incumplimiento, sino que está valorando las consecuencias prácticas indemnizatorias de su incumplimiento. En este sentido, aunque la cuestión resarcitoria será objeto de análisis con posterioridad, si comparte el presente autor que la citada ausencia de comunicación no contribuirá a aumentar el daño contra el derecho fundamental al honor del deudor, pero ahora bien, lo cierto es que si se incumple una obligación contenida en la normativa sobre el derecho fundamental a la protección de datos, debería quedarse la puerta abierta para que el deudor tuviera la posibilidad de exigir una reparación económica, si es capaz de demostrar que ha sufrido un daño como consecuencia del incumplimiento de la obligación legal

de notificación de los ficheros de información crediticia con los que el acreedor puede compartir sus datos personales.

Ahora bien, también se debe matizar al respecto que, probablemente tampoco se produciría un daño al deudor en la práctica por el citado incumplimiento, en virtud de lo establecido en el segundo párrafo del precepto descrito, donde se establece que el responsable del fichero concreto donde los datos del deudor hubieran sido comunicados por el acreedor, deberá informar al deudor de la posibilidad de ejercer el conjunto de derechos que la legislación sobre protección de datos le establece, en el plazo de treinta días siguientes a la notificación de la deuda al sistema, permaneciendo bloqueados los datos hasta que transcurra el citado espacio temporal. En efecto, en realidad si el fichero concreto que ha recibido los datos sobre la deuda, emite la comunicación al deudor, informándole del conjunto de derechos a los que tiene acceso sobre los citados datos personales, quizás el no cumplimiento del deber de informar del conjunto de ficheros donde participa el acreedor, no producirá un daño al deudor, que con saber con certeza en cuál de los mismos se encuentran sus datos, podrá ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, supresión o cualquiera de los que estime conveniente.

En relación a la notificación que debe efectuar el responsable del fichero de información crediticia, debe entenderse perfectamente aplicable al respecto el contenido del artículo 40 RLOPD, donde se establece que el mismo, deberá realizar una notificación por cada deuda concreta y determinada con independencia de que ésta se tenga con el mismo o con distintos acreedores (GONZÁLEZ GARCÍA, 2017, 4). Además, la misma deberá efectuarse a través de un medio fiable, auditable e independiente de la entidad notificante, que la permita acreditar la efectiva realización de los envíos, debiéndose articular un sistema que permita al responsable del fichero conocer, si la notificación hubiera sido objeto de devolución.

Sobre la citada obligación, puede citarse la reciente STS 4548/2023, de 27 de octubre, donde el Tribunal Supremo consideró que no se había informado en ambos momentos, es decir, tanto en la celebración del contrato, como en el momento de efectuar el requerimiento de pago, de la posibilidad de incluir al deudor en un fichero de información crediticia. En concreto, la exigibilidad de realizar la advertencia en los dos momentos se debe a que por apenas 4 meses, la actual LOPD no resultaba de aplicación temporal, ya que los datos se incluyeron en el registro en agosto del año 2018, y la referida norma no entró en vigor hasta el 5 de diciembre del citado año, por lo que resultaba de aplicación el controvertido y anteriormente analizado, artículo 39 RGPD, que exigía como garantía esa doble comunicación al deudor¹⁸.

3. UNA REFERENCIA AL CONJUNTO RESTANTE DE REQUISITOS DE LICITUD

Una vez analizados los principales requisitos exigidos para que la presunción de licitud *iuris tantum* respecto al tratamiento de los datos personales de los incumplimientos de obligaciones dinerarias pueda efectuarse, es necesario en este momento, hacer una breve referencia a los restantes exigidos en la regulación, ya que, hasta el momento, no han generado controversia jurídica desde que el Tribu-

nal Supremo está analizando los casos sobre posibles inclusiones incorrectas en ficheros de información crediticia, desde la entrada en vigor de la LOPD.

Así, debe hacerse referencia a la limitación temporal impuesta en el artículo 20.1 d) LOPD, donde se establece que los datos relativos a los deudores solo podrán ser mantenidos en el sistema mientras persista el incumplimiento, con el límite máximo de cinco años desde la fecha de vencimiento de la obligación contraída entre las partes. Al respecto, debe precisarse que la actual regulación ha introducido una modificación temporal, ya que, en la regulación ya derogada de los ficheros de solvencia patrimonial y de crédito, se contenía que el límite máximo sería de 6 años (HUALDE MANSO, 2013, 49), situación que debe ser considerada positiva, ya que, un plazo de 5 años ya es bastante generoso y sirve correctamente para la finalidad de reflejar la situación de solvencia del deudor frente a futuras contrataciones.

En relación a esa disminución temporal, con independencia del posible interés del legislador de favorecer al deudor cuyos datos sobre su solvencia patrimonial son cedidos y, por tanto, puestos a disposición de otras entidades que los pueden consultar, también apunta la doctrina que supone una igualación con el plazo establecido de prescripción de las acciones de carácter civil que no tengan fijado un plazo fijado en una duración menor, en virtud de lo establecido en el artículo 1966 CC (LINARES GUTIÉRREZ, 2022, 12). Evidentemente, aquellas que pudieran tener un plazo de prescripción superior, no tendrían problema alguno de reclamación en un proceso judicial, con independencia de que la misma no pudiera estar ya vigente en un fichero de información crediticia, ya que, las repercusiones jurídicas de una y otra actividad son totalmente diferentes.

Otro requisito de licitud puede encontrarse en el artículo 20.1 e) LOPD, resultando el mismo importante, sobre todo en relación con los efectos indemnizatorios de posibles inclusiones indebidas en ficheros de morosos, como se profundizará en el siguiente apartado. En este caso, el requisito en cuestión restringe el acceso de los datos contenidos en los ficheros analizados, solo a las entidades con las que el deudor tuviera una relación de carácter contractual o, con las que este le hubiera solicitado la celebración de un contrato que suponga financiación, pago aplazado o facturación periódica¹⁹.

Además, en el caso de que el deudor ejercitara su derecho a limitar el tratamiento de sus datos personales respecto al responsable del fichero (MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, 2021, 119), que como es sabido, se encuentra previsto en el artículo 18 RGPD, en los supuestos donde el mismo considerara que los datos son inexactos, ilícitos o innecesarios para la finalidad seguida por el citado fichero de información crediticia, no se suspenderá de facto el acceso a los citados datos por parte de los sujetos autorizados, sino que podrán acceder a conocer que el deudor se encuentra presente en el citado fichero, pero no serán informados de los datos concretos respecto de los que se hubiera ejercitado el derecho, en tanto se resuelve sobre la solicitud del afectado.

Otro requisito puede encontrarse en el apartado f) del citado artículo 21 LOPD, donde se establece que, en el caso de que una entidad con autorización tuviera acceso a los datos contenidos en el fichero y, como consecuencia del citado acceso, denegara al futuro contratante realizar una obligación con la misma, deberá informar de forma expresa del motivo de la denegación de la celebración

del contrato. Este requisito, al igual que ocurre con el anterior, puede suponer una consecuencia de carácter indemnizatoria cuando la inclusión en el fichero de información crediticia es incorrecta, pero también, en muchas ocasiones no será nada más que un simple cumplimiento de una obligación legal, ya que, en la mayoría de los supuestos, el deudor efectivamente reviste tal carácter²⁰.

Otra novedad importante en relación con la regulación de los sistemas de información crediticia acontece en virtud de lo expuesto en el artículo 20.2 LOPD, donde se establece el principio de corresponsabilidad en el tratamiento respecto a los datos del deudor, entre la entidad acreedora y, el responsable del fichero. Aunque después se profundizará sobre esta cuestión, la citada extensión debe considerarse positiva y, la misma podría resultar un reflejo de la extensión del conjunto de responsabilidades y relaciones existentes entre encargados y responsables del tratamiento (HERNÁNDEZ PEÑA, 2021, 257), pudiendo parecer que el responsable del fichero actuara como un encargado respecto a la entidad acreedora, pero eso no es del todo cierto, pues tendrá plena autonomía en la gestión de los datos que almacena. Aun así, pese a contar con la citada independencia, este precepto supone una importante ampliación de garantías para el deudor; sobre todo en lo relativo a la interposición de acciones propias derivadas de incumplimientos del derecho fundamental a la protección de datos personales.

En último lugar, en este análisis de las exigencias exigidas por la actual regulación de protección de datos personales para permitir la cesión de los datos relativos a incumplimientos pecuniarios por parte del acreedor a un fichero de morosos, resulta relevante realizar una mención a la cuestión puramente económica. En efecto, con anterioridad, se han citado ciertos límites, como los de carácter temporal, pero ¿cualquier cuantía mínima de una deuda puede ser incluida cuando es insatisfecha y no discutida por parte del deudor? En este supuesto, se debe traer a colación el contenido de la disposición adicional sexta de la LOPD, donde se establece que no se podrán incorporar a los citados ficheros, aquellas que resulten inferiores a cincuenta euros.

En relación con este límite, del que parte de la doctrina considera ínfimo y no definidor, con carácter general de la solvencia financiera de una persona (RÓDENAS CORTÉS, 2022, 153), debe precisarse que la propia disposición adicional citada, advierte que el gobierno puede mediante real decreto actualizar la cuantía, pero no señale si la citada modificación puede realizarse a la alza o a la baja, por lo que debe entenderse que esa cantidad, podría incluso ser reducida por interés en este caso, del poder ejecutivo. Evidentemente, una cantidad de 50 euros debida por una persona, no es indicativa de su capacidad financiera, pero en pureza, el Derecho no debería amparar ninguna situación de contravención realiza por el deudor en el incumplimiento de las obligaciones, más allá, claro está, de los supuestos de incumplimiento ocasionados por supuestos de caso fortuito y fuerza mayor y, aquellas situaciones donde se busque un equilibrio de las posiciones contractuales mediante el ejercicio de la acción *rebus sic stantibus*. Por ello, desde el punto de vista del sistema de protección del derecho fundamental a la protección de datos personales, podría considerarse que la actual limitación económica no supone ningún mecanismo de protección adicional, por lo que, a juicio del presente autor, podría incluso eliminarse la misma y el conjunto de garantías que se establece al deudor; no se vería disminuido.

III. LA CUESTIÓN INDEMNIZATORIA DERIVADA DE INCORRECTAS INCLUSIONES EN LOS FICHEROS DE INFORMACIÓN CREDITICIA

1. LA VIS ATRACTIVA DEL DERECHO AL HONOR

En el presente apartado se analizarán las repercusiones en materias indemnizatorias, derivadas de la inclusión indebida en un fichero de información crediticia, realizando una especial mención final a la ausencia de reparaciones económicas derivadas de violaciones en el derecho fundamental a la protección de datos personales. Aun así, resulta evidente que la meta que buscan los supuestos deudores que recurren su inclusión indebida en los citados ficheros, será obtener una reparación económica que hasta el momento, siempre se ha planteado por vulneración en el derecho fundamental del honor (MÉNDEZ TOJO, 2018, 8).

El motivo principal porque el que con carácter habitual se opta por la vía indemnizatoria prevista en el artículo noveno de la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, frente la que obtendría invocando una vulneración del derecho a la protección de datos personales, es bastante simple, ya que, como es sabido, en la regulación del citado derecho al honor, se establece una presunción *iure et de iure* de creación de un daño que debe ser indemnizable, en los supuestos que se constante que el citado derecho ha sufrido una intromisión de carácter ilegítima de las previstas en el citado precepto (FERNÁNDEZ ARBELLA, 2022, 4).

Además, también en los supuestos de vulneración del derecho al honor, resulta más sencillo para el perjudicado el ejercicio de la acción indemnizatoria, ya no solo por la citada presunción, sino también por la claridad y amplitud del plazo para ejercitar la misma (ESPÍN ALBA, 2020, 192). En efecto, debe recordarse que el plazo caduca en el plazo de 4 años desde que el legitimado pudo ejercitarla, es decir, ya no solo es que el mismo sea bastante más amplio respecto al que pudiera existir por la reclamación de daños de carácter extracontractual, por ejemplo, sino que su *dies a quo*, con normalidad suele beneficiar claramente al mismo, de hecho, en el ámbito de las indemnizaciones por inclusiones indebidas en ficheros de morosos, como sostiene la STS 28/2014, de 29 enero: *“los daños producidos por la inclusión indebida en un registro de solvencia patrimonial tienen naturaleza de daños continuados, como lo demuestra el hecho de que la causa que origina la intromisión en el derecho al honor (la imputación de ser moroso) persista durante el tiempo en su eficacia potencialmente lesiva del honor ajeno hasta que no se produce la baja del demandante en el citado registro, al margen de que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública”*.

Por ello, el plazo de caducidad de 4 años no comenzará a correr, hasta que los datos sobre la morosidad del perjudicado sean cancelados por el responsable del fichero de información crediticia, situación que no suele ocurrir con facilidad ni celeridad, por lo que en la práctica, la citada consideración jurisprudencial favorece, no cabe duda, a la interposición de acciones de indemnización por vulneración en el derecho al honor (DE LA IGLESIAS PRADOS, 2018, 7). Ahora bien, debe

precisarse que, tampoco comenzará el plazo a correr desde el momento en que se produzca la cancelación de los datos del supuesto deudor en el correspondiente fichero, ya que, podría ocurrir que el mismo desconociera el momento exacto en el que se ha producido esa situación, afirmándose al respecto en el fundamento de derecho tercero de la STS 2145/2014, de 4 de junio que: *“La buena fe exigía que la demandada hubiera comunicado al afectado la cancelación de sus datos en el registro de morosos, máxime cuando dicho afectado remitió numerosas comunicaciones negando la deuda y exigiendo la cancelación de sus datos en el registro de morosos. La demandada no solo no comunicó dicha baja al demandante sino que continuó realizándole reclamaciones de la deuda, llevando al demandante a creer que sus datos seguían incluidos en el registro. En tales circunstancias, no puede admitirse que el demandante pudo razonablemente conocer la cancelación de los datos en el registro de morosos mostrando la diligencia exigible, para anticipar el inicio del plazo de caducidad de la acción al momento de cancelación de sus datos en el fichero de morosos”*.

Apuntados los principales motivos que facilitan el ejercicio de la acción indemnizatoria prevista en la normativa sobre el derecho fundamental al honor, se debe proceder en este momento, a detallar los principales aspectos que a lo largo del tiempo, la sala primera del Tribunal Supremo ha ido fijando en relación a la obtención de una reparación económica como consecuencia de la inclusión indebida en los ficheros de información crediticia. Se comenzará la citada tarea, poniendo de manifiesto el conjunto de daños que pueden ser indemnizables, ya que, como es sabido, existen varios tipos de ellos y, no todos traen el mismo origen (DÍEZ BALLESTEROS, 2019, 41).

En primer lugar, se puede comenzar la citada tarea, citando el fundamento de derecho cuarto de la STS 3292/2021, donde citando sentencias anteriores, se recogen los aspectos concretos que deben ser indemnizados, estableciendo que: *“La inclusión de los datos de una persona en un registro de morosos sin cumplirse los requisitos establecidos por la LORD, sería indemnizable en primer lugar la afectación a la dignidad en su aspecto interno o subjetivo, y en el externo u objetivo relativo a la consideración de las demás personas”*. Estos dos elementos, hacen referencia inequívoca al controvertido y complejo de valorar, derecho moral, entendido como aquel que no afecta a los bienes materiales que integran el patrimonio de una persona, sino que supone un menoscabo de la persona en sí misma, de los bienes ligados a la personalidad, por cuanto que afectan a alguna de las características que integran el núcleo de la personalidad, como es en este caso la dignidad (MNANZORRO REYES, 2023, 7).

La difícil estimación del denominado daño moral, ha provocado que el mismo, tenga que ser valorado de forma estimativa por el juzgador, ya que como se cita en la misma sentencia referida: *“en el caso de daños morales derivados de la vulneración de un derecho fundamental del art. 18.1 de la Constitución, ha de atender a los parámetros previstos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de acuerdo con la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio”*.

Ahora bien, respecto a ese segundo aspecto o elemento externo, consistente en la consideración que pueden tener las demás personas que accedan a la información de morosidad del deudor incluido en el fichero de información crediticia,

la STS 557/2015 de 18 de febrero, ya estableció en su tercer fundamento de derecho que: *"Ha de tomarse en consideración la divulgación que ha tenido tal dato, pues no es lo mismo que sólo hayan tenido conocimiento los empleados de la empresa acreedora y los de las empresas responsables de los registros de morosos que manejan los correspondientes ficheros, a que el dato haya sido comunicado a un número mayor o menor de asociados al sistema que hayan consultado los registros de morosos (...) También sería indemnizable el quebranto y la angustia producida por las gestiones más o menos complicadas que haya tenido que realizar el afectado para lograr la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados"*.

No solo serán indemnizables los daños morales, sino que también pueden encontrarse otro tipología de daños, entre los que se encuentran los daños patrimoniales, tanto los que se pueden concretar, como aquellos más difusos, e incluso los derivados del desprestigio profesional (DESIMONE DASERO, 2017, 12). En este sentido, habrá una serie de daños patrimoniales que resultarán más sencillos de cuantificar, pero otros requerirán un ejercicio de estimación abstracto por parte del juzgador, de hecho en la propia sentencia citada con anterioridad se aludía con claridad al conjunto de los daños indemnizables, ya que se estableció que: *"Este perjuicio indemnizable ha de incluir el daño patrimonial, y en él, tanto los daños patrimoniales concretos, fácilmente verificables y cuantificables (por ejemplo, el derivado de que el afectado hubiera tenido que pagar un mayor interés por conseguir financiación al estar incluidos sus datos personales en uno de estos registros), como los daños patrimoniales más difusos pero también reales e indemnizables, como son los derivados de la imposibilidad o dificultad para obtener crédito o contratar servicios (puesto que este tipo de registros está destinado justamente a advertir a los operadores económicos de los incumplimientos de obligaciones dinerarias de las personas cuyos datos han sido incluidos en ellos) y también los daños derivados del desprestigio y deterioro de la imagen de solvencia personal y profesional causados por dicha inclusión en el registro, cuya cuantificación ha de ser necesariamente estimativa"*.

Precisada la tipología de daños que pueden ser indemnizados como consecuencia de la inclusión indebida en un fichero de morosos, conviene hacer mención de algunos de los aspectos concretos que son considerados por parte de la sala primera del Tribunal Supremo, en la fijación de la cuantía concreta a establecer (GARCÍA VICENTE 2023, 11). Así, entre otros, pueden destacar la actividad profesional desarrollada por el supuesto deudor, el número de consultas exactas que ha recibido el dato personal incorrecto de la deuda por parte de las entidades con autorización a las mismas, la duración de los datos erróneos en el fichero de información crediticia y, como no, el conjunto de acciones judiciales o extrajudiciales que ha llevado a cabo el sujeto perjudicado para solicitar la cancelación y reparación del daño causado. Sin embargo, factores como la escasa cuantía o, la ausencia de denegación de actividades contractuales, no son tenidas en cuenta como criterios indemnizatorios, como se aduce en el fundamento de derecho tercero de la STS 655/2020, de 27 de febrero: *"La escasa cuantía de la deuda no disminuye la importancia del daño moral que le causó a la demandante la inclusión en los registros de morosos (...) Tampoco cabe tener en cuenta que no conste que la citada inclusión le haya impedido a la recurrente acceder a créditos o servicios. Precisamente la información sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias que*

se incluye en estos registros va destinada justamente a las empresas asociadas a dichos ficheros, que no solo les comunican los datos de sus clientes morosos, sino que también los consultan cuando alguien solicita sus servicios para evitar contratar y conceder crédito a quienes no cumplen sus obligaciones dinerarias”.

Otro aspecto muy importante es el relativo a la cuantía total indemnizatoria, el cual no se ha encontrado exento de polémica, aunque para el Alto Tribunal, la misma no debería existir en las anteriores instancias (PÉREZ CONESA, 2018, 117). En concreto, se debe hacer referencia a las denominadas indemnizaciones de carácter simbólico, ya que, en ocasiones, los instancias inferiores fijaban indemnizaciones ínfimas, por lo que el actor no solo no cubría la totalidad de los gastos que le suponían los procesos, sino que además vería como la violación de su derecho fundamental, apenas tendría consecuencias para el acreedor que comunicó los datos de forma indebida. A este respecto, ya la STS 3322/2017 de 21 de septiembre, declaró que las indemnizaciones simbólicas tenían un claro efecto disuasorio inverso, ya que: *“No disuade de persistir en sus prácticas ilícitas a las empresas que incluyen indebidamente datos personales de sus clientes en registros de morosos, pero sí disuade de entablar una demanda a los afectados que ven vulnerado su derecho al honor puesto que, con toda probabilidad, la indemnización no solo no les compensará el daño moral sufrido sino que es posible que no alcance siquiera a cubrirlos gastos procesales si la estimación de su demanda no es completa”*. En este sentido, también debe precisarse que la cuantía indemnizatoria debe verse aumentada por los efectos de los intereses desde la fecha de la sentencia de la primera instancia, según viene declarando el Alto Tribunal (TORRAS COLL, 2023, 6).

También se debe citar que en lo que se refiere a los efectos indemnizatorio, la existencia de una sanción por parte de la Agencia Española de Protección de Datos como consecuencia de una vulneración de la normativa de protección de datos personales no constituye una media de referencia para el juzgador en este sentido (LINARES GUTIÉRREZ, 2021, 525). Quizás si se abogara por solicitar una indemnización ante los tribunales por la vulneración del derecho a la protección de datos, si pudiera servir de mayor referencia que en los supuestos donde lo que se está indemnizando es una intromisión ilegítima en el derecho al honor del supuesto deudor. Sea como fuere, se debe citar en relación con esta falta de vinculación de la sanción administrativa, la STS 557/2015 de 18 de febrero, ya mencionada con anterioridad en el presente trabajo, donde se establece al respecto que: *“la sanción administrativa por la vulneración de la normativa de protección de datos tiene un finalidad punitiva y disuasoria distinta de las resarcitoria a que responde la indemnización de daños y perjuicios. Por esa razón, las cantidades a que ascienden una y otra pueden ser muy diferentes sin que ello suponga infracción de las reglas determinantes de la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios”*.

Desde que el Tribunal Supremo ha comenzado a interpretar la regulación actual de los ficheros de información crediticia contenida en el artículo 20 LOPD, es decir, desde el 20 de diciembre de 2022, solo ha concedido 3 indemnizaciones por inclusiones indebidas de datos relativos a incumplimientos de obligaciones dinerarias. Así, la primera de ellas es la STS 446/2023 de 14 de febrero (BOTANA GARCÍA, 2023, 2), donde el actor reclamaba una indemnización de daños y perjuicios de 8.000 euros, derivada de la inclusión indebida de una deuda de 258,95 euros por parte de la entidad acreedora, ya que como consecuencia del citado

acceso al fichero de morosos, se le había denegado un préstamo por parte de una entidad bancaria.

En primera instancia, el juzgado número 4 de Alicante dictó sentencia el 19 de abril, estimando la vulneración de su derecho al honor y, reconociendo una indemnización para el acto de 1.000 euros, es decir, la misma revestía el carácter de simbólica, como se expuso con anterioridad. La citada sentencia, fue confirmada por la Audiencia Provincial de Alicante, en su sentencia 268/2021, de 15 de octubre, es decir, no consideraron adecuado aumentar la cuantía indemnizatoria. Ahora bien, para el Tribunal Supremo en su sentencia, no cabe duda de que la cuantía era meramente simbólica y, tras examinar los hechos acaecidos, decide subir la cuantía a 3.000 euros, teniendo en cuenta de que constaban acreditadas 6 consultas al citado fichero, donde los datos estuvieron disponibles por un plazo superior a más de 1 año, constando además un daño patrimonial difuso, como consecuencia de la denegación del citado préstamo.

En este supuesto, se observa como la cuantía indemnizatoria es reconsiderada al alza, pero ahora bien, ¿realmente es suficiente simplemente para cubrir los gastos que habrá sufragado el acto para obtener la misma? Resulta difícil considerar que la misma resulte una cantidad digna, en relación a la infracción que ha sufrido, pero al no constatar por parte del actor la existencia de daños patrimoniales concretos, resultaba difícil estimar una cuantía superior por parte del Alto Tribunal.

La segunda sentencia donde se establece una indemnización por una incorrecta inclusión en un fichero acontece en la ya analizada con anterioridad, STS 3822/2023, de 20 de septiembre, donde la actora del procedimiento se encontraba dada de alta como deudora en la CIRBE, cuando en realidad era una mera fiadora de un préstamo del que no estaba constatado el incumplimiento. Como consecuencia de la citada inclusión, consta acreditado que a la actora se le denegó un préstamo personal por importe de 6.000 euros solicitado a dos entidades bancarias distintas, fruto de lo anterior, solicitaba una indemnización de 30.406,86 euros.

El juzgado de primera instancia estimó parcialmente sus pretensiones e impuso a su favor una indemnización de 4.752 euros, fallo que fue estimado en su totalidad por la Audiencia Provincial, en ambas sentencias solo se reconocía que había existido un daño, en concreto, el daño moral. Pues bien, el Tribunal Supremo en la sentencia referida acaba concediendo a la actora la cantidad de 7.056 euros, considerando en primer lugar que se produjo una incorrecta valoración de los daños morales, los cuales los elevó a la cantidad de 5.000 euros, y en segundo lugar, estimo un cantidad de 2.056 en función de una serie de daños patrimoniales constatables oportunamente por la supuesta deudora²¹.

En último lugar se puede citar la STS 4603/2023, de 23 de octubre, donde sin hacer referencia expresa en los antecedentes de hecho al origen de la supuesta deuda que fue comunicada por parte de la entidad acreedora al fichero de información crediticia, el Tribunal Supremo confirma, en relación con la cuantía indemnizatoria, la sentencia emitida por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Bilbao dictó la sentencia n.º 221/2021, de 6 de octubre, donde se consideró vulnerado el derecho al honor del actor y, se le concedió una indemnización de 6.000 euros. El supuesto deudor, decidió recurrir la misma hasta llegar al Alto Tribunal,

al considerar que se trataba de una indemnización de carácter simbólico, pero en la propia sentencia confirmatoria de la citada cuantía, se obtiene en su fundamento de derecho tercero, que: *“El Juzgado de Primera Instancia, que ha reducido la indemnización reclamada en la demanda (10 000 euros) en un 40%, ha tomado en consideración para cuantificarla el tiempo que figuraron los datos en el fichero y el alcance de su divulgación en función de las consultas llevadas a cabo por las entidades asociadas, que son elementos que esta sala ha considerado relevantes, ya que responden a los criterios legales previstos en el art. 9.3 LOPDH. Además, la entidad apelante tampoco alega y justifica, por más que exponga su disconformidad con la cuantía de la indemnización establecida, la concurrencia de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción, que nosotros tampoco apreciamos a la vista de las circunstancias del caso. Y, como hemos dicho, no cabe establecer en estos supuestos, dados los valores e intereses que están en juego, indemnizaciones meramente simbólicas”.*

2. LA AUSENCIA DE INDEMNIZACIONES POR VIOLACIONES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

De forma breve, quiere el presente autor hacer notar la ausencia de indemnizaciones concedidas por violaciones en el derecho fundamental a la protección de datos personales a los supuestos deudores que, han visto como la inclusión de sus datos personales se ha producido ilícitamente, porque se ha vulnerado alguno de los requisitos analizados anteriormente. Es evidente, como se ha expuesto, que la normativa relativa a la protección del derecho al honor establece un conjunto de garantías al agente que hubiera sufrido una intromisión ilegítima, que no se encuentran recogidas en el artículo 82 RGPD²², donde se regula el ejercicio de la acción de daños y perjuicios como consecuencia de daños acaecidos por incorrectos tratamientos de datos.

De hecho, podría pensarse que la ilicitud en la inclusión de datos en ficheros de morosos, en virtud de la comunicación realizada al mismo por parte de la entidad acreedora, solo daría lugar a una vulneración del derecho al honor, cuando la citada situación, no es realmente cierta. No cabe duda, de que si se están analizando requisitos de licitud previstos en la LOPD, si los mismos no se cumplen, se estará produciendo un incumplimiento de garantías previstas en relación a la salvaguardia de los datos personales del supuesto deudor, de hecho, en el fundamento de derecho segundo de la STS 1321/2019, de 25 de abril, se alude expresamente a la posibilidad de vulneración del citado derecho: *“Si, como es el caso de los “registros de morosos”, la inclusión de datos personales en el fichero se hace excepcionalmente sin el consentimiento del afectado y si, además, por la naturaleza del fichero, la inclusión en él de los datos personales del afectado puede vulnerar, junto con el derecho del art. 18.4 de la Constitución, otros derechos fundamentales y causar graves daños morales y patrimoniales a los afectados, no pueden rebajarse las exigencias en cuanto a calidad de los datos ni establecerse restricciones u obstáculos adicionales de los derechos de información, oposición, cancelación y rectificación que le reconocen con carácter general el Convenio, la Directiva y la LOPD, por cuanto que ello supondría restringir de un modo injustificado el derecho de control sobre los*

proprios datos personales que los citados preceptos constitucionales, convencionales internacionales y comunitarios, reconocen a todo ciudadano”.

Ahora bien, es evidente que el principal problema, más allá de recurrir al ordenamiento interno para determinar si existe relación contractual o extracontractual y aplicar uno de los regímenes en la interposición de la demanda de indemnización de los daños y perjuicios (PLATERO ALCÓN, 2021, 152), será la de acreditar el daño que ha sufrido el supuesto deudor, como consecuencia del incumplimiento de alguna de las obligaciones legales que tenía que observar diligentemente el acreedor antes de comunicar la supuesta deuda al responsable del fichero de información crediticia.

En relación con la acreditación de los citados daños, todavía resultará más compleja la determinación, cuando se traten de daños inmateriales, como podrían ser los daños morales que, como se ha expuesto, constituyen uno de los principales fundamentos indemnizatorios como consecuencia de las incorrectas inclusiones en los ficheros de morosos. Ahora bien, al respecto, debe citarse la interesante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de mayo de 2023²³, donde se reconoce que para indemnizar los daños inmateriales derivados como consecuencia de violaciones en el derecho fundamental a la protección de datos personales, no resulta necesario que los mismos hayan alcanzado un cierto grado de gravedad, pero ahora bien, al mismo tiempo reconoce que la mera infracción de las disposiciones de dicho Reglamento para reconocer un derecho a indemnización²⁴.

Además, hay ocasiones en que el propio Tribunal Supremo anima a los deudores, a los que no ha estimado que se hubiera producido una vulneración en su derecho al honor por la inclusión de sus datos en un fichero de información crediticia, a entablar el ejercicio de las acciones previstas en la normativa de protección de datos personales. En este sentido y del propio año 2023, puede volverse a traer a colación la STS 724/2023, de 7 de febrero, donde su en su fundamento de derecho sexto se establece en concreto que: *“Por tales razones, el recurso de apelación ha de ser estimado y, correlativamente, la demanda ha de ser desestimada pues la comunicación al fichero de morosos de los datos personales relacionados con el impago de una deuda por razón del crédito del que es titular la demandada no constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante. 5.—Ello no obsta a que el demandante pueda hacer uso de los derechos que le atribuye la normativa sobre protección de datos de carácter personal y pueda instar la rectificación o limitación del tratamiento de esos datos (arts. 16 y 18 del Reglamento (UE) 2016/679 y 14 y 16 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales) si considera que la cuantía de la deuda que se ha comunicado al fichero es incorrecta”.*

De hecho, resulta interesante como el pronunciamiento judicial que se acaba de citar, hace referencia expreso a la posibilidad de ejercitar por el supuesto deudor, el denominado derecho de supresión o derecho al olvido, contenido en el artículo 17 RGPD²⁵. Efectivamente, habrá determinadas situaciones donde la persona cuyos datos han accedido al fichero, considere que los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, al igual que ocurría cuando los mismos han sido objeto de tratamiento ilícito y, como no, cuando deban suprimirse para el cumplimiento

de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o, en este caso en la LOPD española.

De hecho, la vía del ejercicio del derecho de supresión, cuando se vea obligado el supuesto deudor a ejercerlo judicialmente porque los responsables del tratamiento no decidan eliminar los citados datos personalmente, debería ir de la mano, a juicio del presente autor, de una indudable indemnización de los daños y perjuicios que se le han ocasionado al mismo, porque en el supuesto de que pudiera acreditar el daño, la violación de su derecho fundamental a la protección de datos personales merece ser reparada. Eso sí, quedarían para futuros debates, quien ostentaría la legitimación pasiva en los citados procedimientos, aunque en virtud del principio de corresponsabilidad del tratamiento establecido en el artículo 20.2 LOPD, el presunto deudor debería entablar la citada acción contra ambos.

IV. NOTAS CONCLUSIVAS

Una vez realizadas las anteriores anotaciones críticas en relación con la interpretación actual jurisprudencial de los requisitos de licitud necesarios para poder comunicar por parte de una entidad acreedora, el incumplimiento de una obligación dineraria a un fichero de información crediticia es el momento de realizar una serie de conclusiones de la tarea realizada.

I. La transformación radical que ha sufrido la regulación del derecho fundamental a la protección de datos personales desde la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos Europeo, que como es sabido, obligó a todos los países miembros, incluido España, a modificar sus leyes nacionales al respecto, parece que no ha afectado en exceso a la regulación de los que coloquialmente son denominados, ficheros de morosos. En este sentido, más allá del cambio de denominación, ya que con anterioridad se denominaban ficheros de solvencia patrimonial y de crédito y, en la actualidad son denominados ficheros de información crediticia, lo cierto es, que se han establecido pocos cambios trascendentales en su regulación, de hecho, gran parte de la regulación existente al respecto en reglamento de desarrollo de la derogada LOPD del año 1999, sigue resultando de aplicación, siempre y cuando no contradigan sus preceptos a lo establecido en la actual regulación.

II. Como se ha expuesto, la regulación actual de los ficheros de información crediticia se encuentra establecida en el artículo 20 LOPD y, por ello, se han analizado sus principales requisitos. Resulta interesante la presunción *iuris tantum* de licitud del tratamiento de datos personales de los incumplimientos de obligaciones pecuniarias por parte de la entidad acreedora comunicante de los mismos al fichero de información crediticia, ya que, como lo normal será que el interesado, en este caso el deudor, no manifieste su consentimiento expreso para que sus citados datos sean cedidos, resultaba necesario articular un sistema de legitimación que permitiera realizar la citada comunicación, presunción de legitimación que, debería decaer cuando no se cumplieran el conjunto de premisas establecidas en el citado precepto.

III. Desde que la sala primera del Tribunal Supremo ha comenzado a interpretar las controversias derivadas de la inscripción de los citados datos con la

actual LOPD en vigor, las principales controversias que se han desarrollado en las sentencias que se dan desde finales del año 2022 y, el conjunto de 2023, han girado en torno a la discusión sobre el cumplimiento de dos principales requisitos: 1) La existencia de deudas ciertas, vencidas y exigibles y, 2) la correcta realización del requerimiento de pago al deudor. En relación a la primera, se ha puesto de manifiesto como para el Alto Tribunal, cuestiones como la discusión de la cuantía correcta que se había inscrito en el fichero de información crediticia, no alterará la validez, o mejor dicho, la acreditación del citado requisito de licitud. Esta cuestión, sobre la que se puede estar más o menos de acuerdo, es distinta a la resuelta en la STS 4607/2022, de 20 de diciembre, donde se ha plasmado anteriormente, la sana discordancia del presente autor sobre la solución dada, ya que, en el supuesto analizado, la deuda que es inscrita en el fichero de información crediticia, resulta ser declarada por otro tribunal como nula y, por ende, la misma nunca ha existido, por ello, resulta una cuestión compleja afirmar con rotundidad, como realizada el Tribunal Supremo, que se ha cumplido el requisito de licitud consistente en comunicar una deuda cierta, vencida y exigible.

IV. Sobre el requerimiento de pago, la cuestión práctica todavía es más compleja que la determinación de la acreditación o no del anterior requisito. En concreto, se puede observar cómo, una vez que el Tribunal Supremo ha considerado que se trata de un requisito esencial, por aplicación de lo previsto en el reglamento de desarrollo de la anterior ley de protección de datos, ya que, no viene contemplado en el actual 20 LOPD, el mismo ha tendido, teniendo en cuenta sus propias palabras, a realizar una interpretación funcional del citado requisito, lo que podría considerarse, una especie de flexibilización en la constatación práctica del mismo. De hecho, situaciones controvertidas donde se han constatado que los afectados habían cambiado su domicilio, no han sido atendidas por parte del Tribunal Supremo, como ocurrió en la STS 3825/2023, de 27 de septiembre, donde se da validez al requerimiento realizado en el restaurante que ya no era propiedad de la supuesta deudora, ya que, como se ha transcrito con anterioridad literalmente, la escasa población del municipio donde estaba sito el negocio, llevaba al tribunal a considerar que con probabilidad, la actual regencia le habría entregado el citado requerimiento a la anterior dueña. La citada aseveración es muy indiciaria y, con la flexibilización del citado requisito, se corre el riesgo de no constatar en la práctica que, de verdad, el deudor ha sido requerido de pago formalmente con anterioridad a la inscripción de sus datos en los ficheros de información crediticia.

V. Cuando un supuesto deudor acude a un procedimiento judicial solicitando la cancelación de sus datos personales en un fichero determinado, con carácter habitual, solicitará una indemnización por los daños y perjuicios que la citada inscripción le ha producido. Y, como se ha expuesto, los beneficios existentes para el sujeto que ha sufrido una intromisión ilegítima en la regulación del derecho fundamental al honor, provoca que en la práctica, las indemnizaciones se soliciten por las vulneraciones en el citado derecho. Ahora bien, habrá supuestos donde con la inscripción de los datos en el fichero, no se produzca una vulneración en el derecho al honor en el supuesto deudor, pero si, en cambio, podría producirse una violación de la regulación existente en relación con su derecho fundamental a la protección de datos personales y, en el caso de que el supuesto deudor pudiera demostrar que ha sufrido un daño como consecuencia de la no observancia de los

requisitos legales establecidos en la LOPD, podría presentar una acción de daños y perjuicios, en virtud de lo establecido en el artículo 82 RGPD. Es evidente, sobre todo para la doctrina que lleva tiempo abordando las repercusiones indemnizatorias derivadas de incorrectos tratamientos de datos personales que, su estimación no es una cuestión sencilla, pero con el paso del tiempo, cada vez van siendo más los pronunciamientos que ajustan el régimen indemnizatorio previsto en Reglamento General de Protección de Datos Personales, como ha ocurrido con la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de mayo de 2023, donde entre otras cuestiones, se ha aclarado que para la estimación de los daños inmateriales, no haría falta haber sufrido por parte del afectado, unos daños con una gravedad en concreto.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS 1715/2013 de 6 de marzo.
- STS 28/2014, de 29 enero.
- STS 2145/2014, de 4 de junio.
- STS 5445/2015, de 22 de diciembre.
- STS 962/2018, de 23 de marzo.
- STS 1321/2019, de 25 de abril.
- STS 3609/2021, de 5 de octubre.
- STS 4798/2021 de 10 de diciembre.
- STS 4607/2022, de 20 de diciembre.
- STS 4490/2022, de 21 de diciembre.
- STS 724/2023, de 7 de febrero.
- STS 446/2023 de 14 de febrero.
- STJUE 4 de mayo de 2023.
- STS 2513/2023, de 5 de junio.
- STS 2981/2023, de 28 de junio.
- STS 3261/2022, de 14 de septiembre.
- STS 3822/2023 de 20 de septiembre.
- STS 3829/2023, de 26 de septiembre.
- STS 3825/2023, de 27 de septiembre.
- STS 3824/2023, de 27 de septiembre.
- STS 3826/2023, de 27 de septiembre.
- STS 4207/2023, de 17 de octubre.
- STS 4537/2023, de 23 de octubre.
- STS 4603/2023, de 23 de octubre.
- STS 4548/2023, de 27 de octubre.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALKORTA IDIAKEZ, I.(2023). Comentario a la STS de 20 diciembre de 2022 (RJ 2022, 5668). Ficheros de morosos tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de

- los derechos digitales: una interpretación conservadora. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 112, 355-372.
- BARATECH NAVARRETE, J., y SÁNCHEZ MARTÍN, P.(2017). Ficheros de morosos y derecho fundamental al honor. Intromisión ilegítima en el derecho al honor. *Derecho Privado: Boletín de derecho Privado de la asociación Judicial Francisco de vitoria*, núm. 20, 2-18.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2019) *Estudio jurídico-crítico sobre la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (análisis conjunto de Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 y de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre)*,Madrid: editorial Reus.
- BOTANA GARCÍA, G.A. (2023). Indemnizados daños morales por inclusión en fichero de morosos. *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 154, 1-20.
- CASTILLO OLANO, A.(2022). La Central de Información de Riesgos del Banco de España y los sistemas privados de información crediticia. En: M.T Alonso Pérez (coord.), *Mecanismos jurídicos para la contratación responsable de préstamos por consumidores*, Pamplona: Aranzadi, Pamplona, (pp. 207-246).
- DE LA IGLESIA PRADOS, E. (2018). La responsabilidad por la indebida inclusión de datos en un fichero de solvencia patrimonial. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm.47, 1-22.
- DESIMONE DASERO, L.L. (2017). Responsabilidad de la empresa en el acceso indebido de datos a ficheros de morosos. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2017, 1-36.
- DÍEZ BALLESTEROS, J.(2019). Determinación del daño patrimonial producido por la inclusión indebida en un fichero de morosos como consecuencia de la cual se deniega un préstamo para el giro de una actividad empresarial. Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera, de lo Civil, 613/2018, de 7.11.18. *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 2, 2019, 40-42.
- DÍEZ SOTO, C.M. (2020). El régimen de los sistemas de información crediticia en la nueva legislación sobre protección de datos. En: M. Castilla Barea (coord.), *Protección de datos personales*, Valencia: Tirant lo Blanch, (pp. 505-557).
- ESPÍN ALBA, I. (2020). Daño moral por intromisión ilegítima en el derecho al honor como consecuencia de la inclusión indebida en registros de morosos. *IUS: revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm.46, 183-204.
- ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I. (2023). Archivo de morosos. Deuda. Requerimiento de pago. Requisitos. Domicilio. *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 274, 149-158.
- (2019). Tutela del derecho al honor e inclusión de personas jurídicas en un registro de morosos. *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 219, 1-17.
- FERNÁNDEZ ABELLA, J.M. (2022). Inclusión indebida en ficheros de morosidad; Acciones a ejercitar por el perjudicado. Cuantificación del daño moral, cuestiones y dudas que genera en la práctica jurídica. *Mercantil y Concursal: revista digital*, núm. 49, 1-8.
- FUENTES NAHARRO, M. (2023). El requerimiento previo de pago al deudor previo a la inclusión en el fichero de morosos. *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 169, 313-314.

- GARCÍA VICENTE, J.R., (2023). Daño moral y función disuasoria de la responsabilidad civil en los daños al honor: el caso de los ficheros de solvencia; jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista Actualidad Civil*, núm. 1, 1-20.
- GARCÍA-CUEVAS ROQUE, E. (2018). La transparencia en el nuevo Reglamento General de Protección de Datos. *Anales de la Real Academia de Doctores*, núm. 1, 64-79.
- GONZÁLEZ GARCÍA, S. (2017). Doctrina del Tribunal Supremo sobre los principios de la LOPD como garantía del derecho fundamental al honor frente al empleo de los ficheros de morosos como medio de coacción al deudor para el cobro de deudas. *Diario la Ley*, núm. 8987, 1-12.
- HERNÁNDEZ PEÑA, J.C. (2021). Responsable del tratamiento y encargado del tratamiento. En: E. M. Valpuesta Gastaminza (coord.), *Tratado de Derecho Digital*, Madrid: Wolters Kluwer, (pp. 257-259).
- HUALDE MANSO, M.T. (2013). Ficheros de morosos, nulidad del Reglamento de Protección de Datos y derecho al honor. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm.8, 49-58.
- LINARES GUTIÉRREZ, A. (2014). El chantaje de los ficheros de morosos: el principio de finalidad como requisito para la inclusión de datos en los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito: tratamiento jurisprudencial. *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 1, 2014, 113-126.
- LINARES GUTIÉRREZ, A. (2022). La regulación de los sistemas de información crediticia en la LOPDGDD. *Revista Actualidad Civil*, núm. 2, 2022, 1-19.
- (2021). Sanciones relativas a la inclusión en sistemas de información crediticia. En: E. Davara Fernández de Marcos (coord.), *Análisis práctico de sanciones en materia de protección de datos-divididas por conceptos y sectores—*, Pamplona: Aranzadi, (pp. 525-546).
- LLETGET PIZARRO, M. (2021). Información que deberá facilitarse cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado (Comentario al artículo 14 RGPD). En: A. Troncoso Reigada (coord.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Pamplona: Aranzadi, (pp. 1381-1416).
- MANZORRO REYES, A. (2023). Inclusión indebida en ficheros de morosidad versus derecho al honor. A propósito de la nueva LOPDGD. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 1-20.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M. (2021). El derecho a la limitación del tratamiento en el RGPD: balance de su acomodación normativa en la LOPDGDD y normas conexas. En: J.A. Viguri Cordero (coord.), *Las cláusulas específicas del Reglamento General de Protección de Datos en el ordenamiento jurídico español: cuestiones clave de orden nacional y europeo*, Valencia: Tirant lo Blanch, (pp. 119-148).
- MÁS BADÍA, M.D. (2017). Los ficheros de solvencia patrimonial en la proyectada nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal. ¿Un avance o una oportunidad perdida. *Revista Actualidad Civil*, núm. 11, 1-22.
- (2021). *Sistemas privados de información crediticia. Nueva regulación entre la protección de datos y el crédito responsable*, Valencia: Tirant lo Blanch,
- MÉNDEZ SÁNCHEZ, V. (2019). Sistemas de información crediticia.

- En: M. Arenas Ramiro (coord.), *Protección de datos: Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Madrid: Sepin, (pp. 118-121).
- MÉNDEZ TOJO, R. (2018). La vulneración del derecho al honor derivada de la inclusión en un fichero de solvencia patrimonial. *Revista Actualidad Civil*, núm. 7-8, 1-15.
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. (2019). El derecho a la protección de datos de carácter personal. Algunos supuestos conflictivos. *Revista Actualidad Civil*, núm. 10, 1-19.
- OCHOA MONZÓ, V. (2022). Sistemas de información crediticia, daños y vulneración del derecho al honor. En: J.M. Asencio Mellado (coord.), *Proceso y daños perspectivas de la justicia en la sociedad del riesgo*, Valencia: Tirant lo Blanch, (pp. 427-482).
- PÁRAMO Y DE SANTIAGO, C. (2019). Registros de morosos y derecho al honor. *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 227, 1-9.
- PARRA LUCÁN, M.A. (2009). Vulneración del derecho al honor por incorrecta inclusión en un fichero de morosos. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2009. En: M. Yzquierdo Tolsada, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, Madrid: Dykinson, (pp. 467-510).
- PASCUAL HUERTA, P. (2017). Definición, funciones y estructura de los sistemas de información crediticia. El impacto del Reglamento de protección de datos de la Unión Europea. En: M. Cuenca Casas (coord.), *La prevención del sobreendeudamiento privado: Hacia un préstamo y consumo responsables*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, (pp. 121-252).
- PÉREZ CONESA, C. (2018). Derecho al honor, inclusión en fichero de morosos e indemnización por daño moral (STS de 21 de junio de 2018). *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 8, 2018, 117-122).
- PLATERO ALCÓN, A. (2021). *El derecho al olvido en Internet: la responsabilidad civil de los motores de búsqueda y las redes sociales: Estudio doctrinal y jurisprudencial*, Madrid: Dykinson.
- PLAZA PENADÉS, J. (2020). Protección de datos y sistemas de información crediticia en la Ley reguladora de los créditos inmobiliarios. En: C. Castillo Martínez (coord.), *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, Madrid: la ley, (pp. 1053-1081).
- PUENTE ESCOBAR, A. (2019). Principios y licitud del tratamiento. En: A. Rallo Lombarte (coord.), *Tratado de protección de datos. Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, (pp.115-168).
- PUYOL, J. (2022). Los ficheros de solvencia patrimonial y crédito. *Diario la Ley*, núm. 10176, 1-7.
- RIBÓN SEISDEDOS, E. (2021). *Defensa del consumidor por indebida inclusión en ficheros de solvencia patrimonial*, Madrid: Sepin.
- RÓDENAS CORTÉS, P. (2022). La protección de datos de carácter personal (habeas data) y su regulación civil contra la inclusión en ficheros de insolvencia crediticia. En: Á. Acedo Penco, *La privacidad en el metaverso, la inteligencia*

- artificial y el big data*. Protección de datos y derecho al honor, Madrid: Dykinson, Madrid, (pp. 153-169).
- RODRÍGUEZ ANDIA, E., DELGADO HENDERSON, M., y ALARCÓN DÁVALOS, A. (2023). Inscripciones en ficheros de morosos: novedades jurisprudenciales en materia de derecho al honor. *Diario la Ley*, núm. 10032, 2023, 1-22.
- SELIGRAT GONZÁLEZ, V.M. (2019). El nuevo Reglamento UE 2016/679 sobre protección de datos personales: análisis y repercusiones. Especial referencia a los ficheros de solvencia patrimonial y su responsabilidad civil. *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 218, 1-22.
- SILVESTRE ESCUDERO, S. (2023). Requerimiento de pago suficientemente acreditado previo a la inclusión en un fichero de morosos: Sentencia Tribunal Supremo 960/2022, de 21 diciembre (RJ 2022\5587). *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 1-14.
- TORRAS COLL, J.M. (2023). Acotaciones a la indebida inclusión en los ficheros de morosidad. *Diario la Ley*, núm. 10263, 1-16.

NOTAS

¹ Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo (en adelante STS) 226/2012, de 9 de abril: “*La inclusión indebida de datos de personas físicas en un fichero de solvencia patrimonial constituye una intromisión en el honor —no en la intimidad— de estas, no en vano la publicación de la morosidad de una persona incide negativamente en su buen nombre, prestigio o reputación, en su dignidad personal en suma*”.

² Incluso en su antecedente más remoto, como es la conocida ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, ya se recogía la citada denominación, en concreto en su artículo 28.

³ Véase el artículo 29.2 y apartado 4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, «BOE» núm. 298, de 14/12/1999 (disposición derogada).

⁴ La citada presunción desaparecerá en los supuestos contemplados en el apartado 3 del artículo 20 LOPD, que fundamentalmente hacen referencia a las denominadas técnicas de información crediticia.

⁵ Artículo 6 RGPD: “1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos; b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales; c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física; e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento; f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño. Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones”.

⁶ Un interesante comentario de la misma puede encontrarse en la obra de, Yzquierdo Tolsada, M. (2022). Comentario de dos sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2022 (945/2022 y 946/2022), y de dos sentencias de 21 de diciembre de 2022 (959/2022 y 960/2022): Vicisitudes varias sobre la licitud o no de la inclusión de los datos en los ficheros de morosos. *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* núm. 2022, 140-149.

⁷ A fecha de 10 de diciembre de 2023.

⁸ Fundamento de derecho cuarto de la STS 724/2023, de 7 de febrero: “*En el presente caso, cuando la deuda fue comunicada al fichero, el demandante no había manifestado ninguna objeción a las condiciones del préstamo ni a la cuantía reclamada. Por tanto, estando reconocido que el demandante había dejado de pagar el préstamo y había incurrido en mora, y no habiendo manifestado, antes de la inclusión de sus datos en el fichero, objeción alguna a la existencia y cuantía de la deuda, no puede considerarse que la comunicación de sus datos al fichero de morosos se haya realizado por el acreedor como medida de presión para zanjar disputas con el cliente sobre la existencia o cuantía de la deuda. Por tanto, es aplicable la doctrina contenida en la citada sentencia de pleno y, a estos efectos, ha de considerarse que concurre el requisito de la existencia de una deuda cierta, líquida y exigible*”.

⁹ Fundamento de derecho tercero de la STS 3609/2021, de 5 de octubre: “7.—*Por tanto, como afirma la sentencia recurrida, la comunicación de estos datos al fichero de la CIRBE es una obligación legal, con un contenido fijado directamente por la ley y controlado por el Banco de España, que no puede ser eludida voluntariamente por las entidades de crédito, a diferencia de los ficheros de morosos, en los que no existe obligación legal alguna y los datos se ceden de forma voluntaria por las entidades de crédito o servicios. Por exigencia de esta regulación legal, en la comunicación de datos han de incluirse los relativos al importe y la recuperabilidad del crédito y los que reflejen una situación de incumplimiento, por la contraparte, de sus obligaciones frente a la entidad declarante. 8.—Otra diferencia relevante entre el fichero de la CIRBE y los ficheros de solvencia patrimonial en manos privadas es que el artículo 61.2.º de la Ley 44/2002 reconoce solo a las entidades de crédito (con el añadido de los intermediarios de crédito) el derecho a obtener informes sobre los riesgos de las personas físicas o jurídicas registrados en tal fichero. Además, no se trata de un derecho absoluto, sino que está condicionado a que la información solicitada venga referida a una persona que mantenga con la entidad solicitante algún tipo de riesgo o haya solicitado a la entidad un préstamo o cualquier otra operación de riesgo, o figure como obligada al pago o garante en documentos cambiarios o de crédito. En los ficheros de solvencia patrimonial no existen estos condicionantes, por lo que la difusión de la información declarada es mayor. La consecuencia de lo expuesto es que la inclusión de los datos personales en el fichero de la CIRBE tiene para el afectado una repercusión menor que la inclusión en un fichero de titularidad privada, por las limitaciones existentes en el fichero de la CIRBE a la transmisión de esos datos a terceros”.*

¹⁰ Fundamento de derecho noveno de la STS 3799/2017, de 2 de noviembre: “4.—*La vulneración del derecho al honor exige, para que pueda considerarse producida, que de las menciones contenidas en el fichero del CIRBE se desprenda que el afectado es un moroso, y que tales menciones no respondan a la realidad. Pero en el presente caso no es controvertido que las menciones contenidas en el CIRBE solo indicaban que los demandantes estaban afectados por un riesgo indirecto al aparecer como avalistas. 5.—Por tanto, no se ha producido una vulneración ilegítima del derecho al honor de los demandantes. Y en cuanto a la existencia de otros daños patrimoniales, desligados de una vulneración del derecho al honor, la sentencia de la Audiencia Provincial ha declarado prescrita la acción para reclamarlos”.*

¹¹ Para profundizar sobre la citada sentencia, resulta interesante la obra de, Páramo y de Santiago, C. (2023). Inclusión de datos de solvencia patrimonial en archivos privados. Comentario a la STS de 20 de septiembre de 2023. *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 274, 139-148.

¹² Como se ha expuesto, en el presente trabajo se está realizando una interpretación de la regulación de los ficheros de información crediticia, partiendo de la interpretación que está realizando la sala Civil de la misma desde la entrada en vigor de la actual norma de protección de datos personales. Eso no significa, que sobre el requerimiento de pago no puedan encontrarse numerosas sentencias previas donde se analizan diversos supuestos, de hecho, también del año 2022, aunque refiriéndose a la LOPD ya derogada del año 1999, destaca la STS 3261/2022, de 14 de septiembre, donde se da validez a un requerimiento previo de pago realizado a través de un SMS a la deudora. Un interesante comentario de la misma puede encontrarse en la obra de, Heredero Campos, M.T. (2023). Sentencia 604/2022, del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de septiembre de 2022. Rec. 1089/2022: Intromisión ilegítima en el derecho al honor por comunicar y mantener los datos de la demandante inscritos en un fichero de solvencia patrimonial por una deuda inexistente sin haber efectuado requerimiento previo de pago.

Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología, núm 1, 291-293.

¹³ Debe precisarse, eso sí, que con carácter general como se apunta en el fundamento de derecho tercero de la STS 3261/2022, de 14 de septiembre, citada con anterioridad, que con carácter general, no se encuentra entre las funciones del Tribunal Supremo la valoración de la prueba del correcto requerimiento de pago: “*Sobre la efectividad del requerimiento previo de pago, hemos dicho que tiene un relevante aspecto fáctico que no tiene acceso al recurso de casación, pues este recurso extraordinario no tiene por objeto la revisión de la valoración de la prueba y de la fijación de los hechos realizada por los órganos de instancia que cabe valorar jurídicamente, pero que no pueden ser modificados, sustituidos u obviados a través de una nueva valoración de la prueba que convertiría la casación en una tercera instancia*”.

¹⁴ Fundamento de derecho segundo de la STS 2513/2023, de 5 de junio: “*Por último, la diferencia existente entre la cuantía de la deuda mencionada en el requerimiento (229,82 euros como “importe impagado” y 1,57 euros como “importe demoras”) y la que figura como saldo impagado en el fichero (4988,83 euros) que, en principio, puede producir extrañeza, se puede explicar teniendo en cuenta y poniendo en relación los siguientes elementos: (i) la certificación del fichero Equifax es del 24 de junio de 2020; (ii) la anotación litigiosa de la cantidad de 4988,83 euros se refiere al saldo actualmente impagado, y, aunque la fecha de alta es la del 26/06/2018, la del último vencimiento insatisfecho es del 14/04/2020; (iii) el requerimiento previo de pago, si bien se hizo por la cantidad inicial de 229,82 euros como importe impagado y 1,57 euros como importe por demoras, ya advertía y dejaba constancia de que “Estas cantidades podrán variar en función de la evolución de la operación, por los sucesivos vencimientos del riesgo que se vayan produciendo y por devengo de intereses, comisiones, gastos e impuestos correspondientes”; y (iv) también existe coherencia entre la deuda objeto de la demanda y la resultante del documento núm. 5 de la contestación, puesto que en este se recogen los vencimientos del préstamo personal en fechas (entre otras 14/04/2018 y 14/04/2020) que también guardan correspondencia con las que figuran en el fichero personal referidas al primer y último vencimiento impagado (14/04/2018 y 14/04/2020) y porque, además, la cuantía de deuda que resulta de dicho documento (4609,67 euros), sin incluir intereses, comisiones, gastos e impuestos, no se separa mucho de la que integra la deuda que es objeto de la demanda (4988,83 euros)”.*

¹⁵ Cita de la sentencia de la 762/2021 de 19 de noviembre de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid, contenida en el fundamento de derecho primero de la STS 3825/2023, de 27 de septiembre: “*La entidad demandada cumplió razonablemente el requisito del requerimiento previo, efectuado mediante correo ordinario, expresando que de no saldarse la deuda se llevaría a cabo el registro de la misma en el fichero de morosos; extremos que no desvirtúa el hecho de que aquél se realice a través de terceros, pues resulta acreditado la remisión del mismo al domicilio que la actora hizo figurar como propio en el contrato de cuenta a la vista, en concreto en un local de negocio —Restaurante— en el que realizaba su actividad, y ubicado en la misma localidad en la que admite reside en la actualidad —Cubillas de Santa Marta—, localidad con muy pocos habitantes, por lo que, aunque fuese cierto que dejó el restaurante a finales de 2017 como manifestó la actora en el acto de la Vista, resultaría extraño que las personas que actualmente regenten el negocio no le entregaran la “carta”, máxime cuando en el resguardo del franqueo no consta que fuese devuelta, lo que incluso podría llevarnos a presumir que sí tuvo pleno conocimiento o estuvo en situación o posibilidad de conocer dicho requerimiento, para cuya realización la entidad empleó un medio adecuado, sin que, en su caso, el aludido cambio de domicilio de la deudora, que no acredita que lo comunicase a aquella, pueda conllevar en este caso la falta de validez del mismo a los fines que nos ocupan”.*

¹⁶ Fundamento de derecho segundo de la STS 3826/2023, de 27 de septiembre: “*La Audiencia Provincial ha considerado probado que “[a] la fecha de inclusión de la demandante en el fichero de morosos, la deuda, proveniente del concepto de reclamación de posiciones deudoras ante el recalcitrante impago de las cuotas del préstamo en el plazo fijado en el contrato, era una deuda cierta, líquida y exigible.”. Es decir, y dicho en breve, que, en contra de lo afirmado en la demanda interpuesta, la deuda existía y la demandante era morosa, ya que no abonaba las cuotas del préstamo concedido por la entidad demandada en el tiempo en el que, con arreglo a lo estipulado en el contrato, estaba obligada a hacerlo. De ahí que el fiscal sostenga: “[E]n este orden de ideas, pues, desde el punto de vista del demandado existió un incumplimiento de las obligaciones del préstamo al menos por morosidad, arts 1100/1101 CC, que le habilitaban para desplegar, como así permitía el contrato de préstamo, la inclusión en el registro de morosos”.*”

¹⁷ Fundamento de derecho segundo de la STS 4537/2023, de 23 de octubre: “*i) El documento núm. 7 no acredita que la carta de Ibercaja de 28 de marzo de 2018 se depositara en correos el 2 de abril de 2018, sino tan solo que en dicha fecha se procedió a su impresión para su posterior ensobrado y depósito en el operador postal, actuaciones que no podemos afirmar, solo con base en dicho documento, anterior a ellas, que se llegaron a practicar. Y tampoco cabe inferir que el recurrente recibiera la carta del hecho de que el día 11 de abril de 2018 realizará un ingreso en la cuenta que tenía en descubierto, ya que correspondencia no es lo mismo que causalidad, y, además, porque la recepción no se puede presumir a partir del ingreso, ya que entre este hecho demostrado y aquel que se pretende fijar no es posible establecer un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. ii) Y los documentos núms. 8 y 9, que no son más que fotocopias del contrato Ibercaja Directo y de la carta de 8 de abril de 2019, ni siquiera acreditan que esta se llegara a depositar en el buzón electrónico de correspondencia, “Mi buzón”, que se menciona en dicho contrato”.*”

¹⁸ Fundamento de derecho segundo de la STS 4548/2023, de 27 de octubre: “*Dicho precepto, que, desde la entrada en vigor de la LO 3/2018, ya no resulta de aplicación, puesto que, como dijimos en la sentencia del pleno de la sala 945/2022, de 20 de diciembre, ha de entenderse derogado por el art. 20.1.c) de aquella, pero que, en cambio, sí resulta aplicable a los supuestos, como el presente, que se rigen por la LO 15/1999, establece, como requisito para la válida inclusión de los datos, el deber del acreedor de informar al deudor en el momento en que se celebre el contrato y, en todo caso, en el momento del requerimiento previo de pago, que en caso de no producirse el pago en el término previsto para ello y cumplirse los requisitos previstos en el citado artículo, los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias. Pues bien, como también declara en la sentencia recurrida la Audiencia Provincial, dicho requisito no se cumple, ya que la entidad demandada no ha probado, como exige el precepto, que el acreedor cumpliera su deber de informar al deudor en los términos exigidos en el momento de la celebración del contrato”.*”

¹⁹ Como se ha expuesto, el acceso a los datos del deudor puede suponer un aspecto importante en el supuesto del que mismo deba ser indemnizado. Obsérvese al respecto, entre otras, la obra de, Serra Rodríguez, A., “La obligación de evaluar la solvencia del deudor y la concesión de préstamo responsable”, en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, número 46, 2018, página 10 y siguientes.

²⁰ Entre otras, pero de carácter reciente, puede citarse la ya mencionada con anterioridad STS 2981/2023, de 28 de junio, donde en el resumen de sus antecedentes, se aclara de forma expresa de la forma en la que la entidad con la que quiere realizar la contratación, le informa de que no puede llevarse a cabo como consecuencia de su inscripción en un fichero de morosos: “*La actora alegó que tuvo noticia de su inclusión en un fichero de morosos a través de un*”

empleado de una tienda de Orange a la que había acudido para solicitar una línea de teléfono móvil y, que entonces ejerció su derecho de acceso al fichero Equifax”.

²¹ Fundamento de derecho octavo de la STS 3822/2023, de 20 de septiembre: “Por lo que se refiere a los daños materiales reclamados por la actora deben incluirse en primer lugar los gastos derivados de las actividades realizadas para que se cancelaran los datos. En el caso la sala considera acreditados los gastos por las gestiones que debió realizar la demandante, incluida la comunicación con su exmarido (de quien estaba divorciada desde hace años y con quien no mantenía contacto) y el asesoramiento que en esta materia hubo de solicitar con el fin de conocer la situación y solicitar la cancelación (honorario) de asesoramiento jurídico, 755,04 euros; gastos de nota simple del Registro Mercantil, 23,09 euros; burofax a su exmarido, 30,42 euros, y burofax al servicio de atención al cliente del grupo Santander 38,36 euros). En segundo lugar, a la vista de la prueba aportada, en atención a la proximidad de las fechas de las gestiones frustradas y la denegación del préstamo, debe considerarse acreditado que, como consecuencia de la falta de financiación, se frustró el pago ya efectuado para iniciar la descalificación de la vivienda de vpo que la actora quería tramitar para poder proceder a su venta y adquirir una vivienda nueva, por lo que se reconoce el derecho a que se le abonen los 1 210,00 euros reclamados por este concepto. Frente a la alegación de la demandada de que figuraban otros riesgos financieros de la actora, debe observarse que la razón por la que la propia entidad denegó el préstamo solicitado fue la condición de morosa que figuraba en la CIRBE. No han quedado acreditados los perjuicios por la alegada frustración de la ulterior compra que la actora tenía proyectada de otra vivienda. En definitiva, procede reconocer una indemnización 2 056 euros por daños patrimoniales acreditados”.

²² Al respecto resulta interesante la lectura, entre otros de, García Hernández, A. (2022). Responsabilidad civil de encargados y responsables del tratamiento de datos en el Reglamento UE de Protección de Datos. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 41, 132–158.

²³ Un comentario más extenso de la misma puede encontrarse en la obra de, Orozco Pardo, G., y Orozco González, M. (2023). Tratamiento de datos personales y responsabilidad civil. Comentario a la STJUE de 4 de mayo de 2023. La *Ley Privacidad*, núm. 16, 1-12.

²⁴ Asunto C-300/21, Apartados 45 y 46 de la STJUE 4 de mayo de 2023, UI vs. Österreichische Post AG: “En primer lugar, el RGPD no define el concepto de «daños y perjuicios» a efectos de la aplicación de ese instrumento. El artículo 82 de este se limita a enunciar de forma explícita que no solo los «daños y perjuicios materiales» pueden dar derecho a una indemnización, sino también los «daños y perjuicios inmateriales», sin que se mencione ningún umbral de gravedad. 46. En segundo lugar, el contexto en el que se inscribe esta disposición también indica que el derecho a indemnización no está supeditado a que los daños y perjuicios considerados alcancen un determinado umbral de gravedad. En efecto, el considerando 146 del RGPD establece, en su tercera frase, que «el concepto de daños y perjuicios debe interpretarse en sentido amplio a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de tal modo que se respeten plenamente los objetivos [de dicho] Reglamento». Pues bien, esta acepción amplia del concepto de «daños y perjuicios», propugnada por el legislador de la Unión, se vería contradicha si el referido concepto se limitara únicamente a los daños y perjuicios de cierta gravedad”.

²⁵ Para profundizar sobre la figura, resulta interesante la lectura de la obra de, Santos Morón, M.J. (2022). Los contornos del Derecho al olvido en España. La aplicación por los tribunales españoles de la jurisprudencia europea. *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, 71-112.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA:

- La Real Academia sevillana de Legislación y Jurisprudencia y el Decanato Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles han celebrado sesión pública y solemne el jueves día 15 de febrero de 2024 a las ocho y quince horas de la tarde (20:15 h), en el salón de actos del Decanato Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores, en la que ha tenido lugar la conferencia titulada “*El Registro de la Propiedad electrónico*” dictada por D. Basilio AGUIRRE FERNÁNDEZ *Director del Centro de Estudios del Colegio de Registradores*.
- Se ha celebrado en Sevilla, el 21 de febrero de 2024 la XV JORNADA EL URBANISMO EN ANDALUCÍA DOS AÑOS DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LISTA.

Presentación del libro *Comentarios a la Ley/2021 de 1 de diciembre de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía y a su desarrollo reglamentario*. Editorial Colex, 2023.

ORGANIZAN:

Junta de Andalucía, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Decanato Territorial de Andalucía Occidental y el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

Con el siguiente PROGRAMA:

17:30 h Inauguración a cargo de:

D. Manuel RIDRUEJO RAMÍREZ

Decano Territorial de Andalucía Occidental.

17:45 h Presentación de la obra 18:00h Exposición a cargo de:

D^a Marilola PÉREZ PINO

Letrada de la Junta de Andalucía. Jefa del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

“El impacto de la LISTA en el ordenamiento urbanístico de Andalucía”.

18:20 h Exposición a cargo de:

D. Carlos GARCÍA DE LA ROSA

Magistrado especialista. Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

“Las consecuencias de la declaración de nulidad de los planes urbanísticos tras la LISTA”.

18:40 h Exposición a cargo de:

D. Manuel MATAS BENDITO

Registrador de la Propiedad de Zaragoza nº 15.

“La importancia del Registro de la Propiedad en la aplicación efectiva de las nuevas técnicas de gestión urbanística de la ciudad consolidada”.

19:00 h Coloquio

19:30 h Clausura a cargo de:

D^a Marilola PÉREZ PINO

Letrada de la Junta de Andalucía. Jefa del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

MODERADOR/A:

D^a Paloma VILLALOBOS SÁNCHEZ

Delegada Provincial de Sevilla Registradora de la Propiedad de Dos Hermanas nº 2.

RECENSIÓN
BIBLIOGRÁFICA

ARGELICH COMELLES, Cristina. *Ley por el derecho a la vivienda*, Aranzadi, 2023, 2ª edición.

por

NÚRIA LAMBEA LLOP
Investigadora postdoctoral
y subdirectora de la Cátedra UNESCO de Vivienda
Universidad Rovira i Virgili

El hecho de que estemos recensionando ya la segunda edición de esta monografía constata la inquietud y el trabajo duro de la Dra. ARGELICH COMELLES, que, pese a su juventud, cuenta con una extendida trayectoria académica, con más de 60 publicaciones científicas y tres monografías, en diferentes ámbitos del Derecho civil, que le han valido diversos premios. Destaca su investigación en el ámbito del derecho inmobiliario, aunque su trabajo también se extiende al Derecho del consumo, la mediación civil y el Law & Technology, tratando temas tan innovadores como la tecnología blockchain, la Tokenización y la Proptech. Además de la novedad de las temáticas, su trabajo y publicaciones se caracterizan por un estudio minucioso y apoyado de una amplia bibliografía.

Centrándonos ya en la monografía “*Ley por el derecho a la vivienda*”, publicada por la editorial Aranzadi, cabe matizar, como ya se ha mencionado, la existencia de dos ediciones. Así, mientras que la primera edición, publicada también en 2023, se basaba en el texto del Proyecto de ley por el derecho a la vivienda (en la versión existente a enero de 2023), la segunda edición, y objeto principal de esta recensión, se centra en el articulado de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (BOE 25-5-2023, núm. 124; en adelante, Ley 12/2023).

Se trata de una de las primeras obras exhaustivas y completas sobre la primera ley estatal en materia de vivienda tras más de cuarenta años de democracia. Una ley muy esperada, pero que, después de pasar por un proceso de aprobación incierto, con muchos obstáculos, y muy controvertido, finalmente no agrada ni a unos ni a otros. El mismo Prof. NASARRE AZNAR, autor del Prólogo de esta monografía y académico de reconocido prestigio en esta materia, lamenta que estemos ante una ley que no solo regula “medidas fracasadas para favorecer la asequibilidad de la vivienda allí donde se han probado anteriormente”, sino que además prevé, entre otras cosas, “transmutar la propiedad privada de las viviendas de todos los españoles en una especie de tenencia tutelada por el Estado”.

La monografía se estructura en tres capítulos, al tiempo que el texto principal se complementa y se acompaña durante toda la obra de anotaciones a pie de página, que aportan argumentos complementarios, datos, doctrina, normativa y jurisprudencia, sin romper con el hilo argumental principal.

El primer capítulo ofrece un análisis detallado de la situación actual de la problemática de la vivienda y de los retos existentes en esta materia, tanto a nivel europeo como estatal. Para ello, la autora se sirve de datos estadísticos y de estudios europeos, de los que además se desprende que las lecciones aprendidas en ellos no se trasladan a la nueva Ley estatal por el derecho a la vivienda. Igualmente, nos ofrece una visión de la accidentada trayectoria que ha ido siguiendo la elaboración y aprobación de esta ley, abordando en detalle la primera y segunda versión del Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de ley así como el voto particular para, posteriormente, también incorporar los argumentos de expertos que intervinieron en la Comisión de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana para informar sobre el Proyecto de ley (25-4-2022). En este primer capítulo, la autora también avanza su visión crítica de la Ley. Y es que a pesar de resaltar la necesidad de una norma a nivel estatal que permita ofrecer un contenido básico en materia de vivienda, opina que estamos ante una ley con una técnica legislativa deficiente y provista de imprecisiones conceptuales, y que además nace con limitaciones respecto de los efectos *ex post* de su aprobación que moderarán sus consecuencias. Destacamos, en este sentido, la aplicación potestativa de diferentes preceptos por parte de las Comunidades Autónomas y de los municipios; entre otras, destaca las situaciones discriminatorias que pueden ocasionarse entre territorios al depender, la declaración de zonas tensionadas, de las Comunidades Autónomas. Asimismo, se aventura a decir que esta ley no solucionará la problemática del acceso a la vivienda en España y que, además, se ha perdido una oportunidad de armonización conceptual con la normativa autonómica. También, añade expresamente en esta segunda edición, que el control de rentas y la suspensión de los lanzamientos cuestionan abiertamente la facultad de disposición y la facultad de exclusión inherentes al derecho de propiedad, respectivamente.

En el capítulo segundo encontramos un análisis exhaustivo y sistemático de todos los artículos y las distintas disposiciones que componen la Ley 12/2023. Así, no estamos ante un capítulo meramente descriptivo, sino que los comentarios al articulado de la ley se relacionan con la demás normativa existente en esta materia, para comprobar como quedaría su encaje o como debería modificarse el articulado de la nueva ley para su correcta integración. Incluso dentro del mismo articulado de la comentada obra, la Dra. ARGELICH presenta propuestas que permitirían dotar a la ley de mayor coherencia, entre artículos, conceptos y medidas reguladas. Igualmente, se dota de derecho comparado (derecho francés, alemán, italiano, belga, portugués e inglés) para realizar algunas propuestas de mejora. En este capítulo, se detiene especialmente a estudiar el marco conceptual (destaca la regulación de conceptos incompletos y obsoletos atendiendo al Derecho comparado y a la legislación autonómica), la naturaleza jurídica del derecho a la vivienda (muestra sorpresa ante la no incorporación de esta naturaleza jurídica en ninguno de los preceptos de la ley), los deberes de información precontractual (incidiendo en el Derecho europeo de consumo y el BGB, pues es precisamente de donde provienen los controles de incorporación, contenido y transparencia del consumidor), y la modificación de diferentes preceptos de la LAU en relación a los arrendamientos de vivienda. Respecto de este último punto, reivindica la autora que, por su importancia, algunos de los aspectos regulados en las disposiciones finales, deberían estar en el articulado principal de la norma, para una mejor sis-

temática; es el caso, por ejemplo, de las medidas de contención de los precios en arrendamientos de vivienda. Además, respecto de la modificación de la LAU en la DF Primera, aprecia que a pesar de que la Exposición de motivos de la Ley lo concibe como un mecanismo de carácter excepcional y acotado en el tiempo, el articulado no determina expresamente un término final, lo que podría permitir su vigencia a largo plazo. Además de adelantar su opinión respecto de la previsibilidad de que estas modificaciones reducirán la oferta y encarecerán los precios de los arrendamientos de vivienda, argumentos acertadamente fundamentados con extensa bibliografía tanto nacional como internacional, sobre todo respecto de medidas de control de renta ya aplicadas en ciudades como Nueva York, San Francisco o Estocolmo. En este capítulo de análisis del articulado, también detalla sorpresa ante la regulación de la “función social de la vivienda”, cuando la Constitución Española solo contempla la función social del derecho de propiedad y, asimismo, en el campo de los deberes respecto al derecho de propiedad de la vivienda, indica que “el legislador parece obviar que la vivienda tiene un doble contenido, el de servir al “ejercicio de los derechos fundamentales” y el de constituir un “activo patrimonial””. Respecto de la supresión de los artículos 32 a 38, expone la autora que es debido a que estos “trasladan con alta identidad” los preceptos de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

La constatación de no encontramos ante una obra meramente descriptiva nos la reafirma el Capítulo tercero, donde la autora introduce y analiza tanto el Informe España 2050 (la estrategia nacional a largo plazo, publicada en 2021, en la que un centenar de reconocidos investigadores de diversas disciplinas académicas e instituciones trabajaron en la identificación de retos, oportunidades, propuestas, objetivos e indicadores en los ámbitos social, económico y medioambiental), como distintos instrumentos y programas existentes en Derecho comparado, con la finalidad de realizar propuestas legislativas para, bien mejorar, bien complementar la Ley 12/2023, en materia de fórmulas de acceso a una vivienda asequible (por ejemplo, con la propiedad compartida y la propiedad temporal, inspiradas en figuras anglosajonas y ya existentes en la legislación civil catalana), de gestión de viviendas vacías, de reforma de la LAU en aspectos no tratados por la Ley 12/2023 (adentrándose, incluso, al innovador mundo del *blockchain* y de los *smart contracts*), e incluso de medidas de carácter fiscal.

Si bien las conclusiones se dejan entrever tanto en el capítulo tercero como también en las valoraciones apriorísticas realizadas en el capítulo primero, en la obra no consta un capítulo o apartado concreto de conclusiones, el cual sería de utilidad atendiendo al gran contenido que aporta la monografía. La autora reflexiona, creemos que muy acertadamente, sobre el hecho de que el incremento y la consolidación del arrendamiento como régimen de tenencia requiere de una legislación estable (inexistente actualmente) y que una legislación estatal en materia de vivienda necesita una Administración pública que esté dispuesta a aplicarla sin variaciones, circunstancia que actualmente no se da. Y es que tanto del estudio del Derecho comparado como de informes europeos se concluye que la problemática de la vivienda debe abordarse con medidas estructurales y no coyunturales, a largo plazo, y que además cuenten con cierta unidad a nivel estatal y autonómico. Por otra parte, argumenta la improbabilidad de mejorar los problemas de accesibilidad y de oferta de vivienda asequible a costa de las personas particulares, sin

compensación pública; y es que la efectividad de los incentivos negativos impuestos en este ámbito ha sido cuestionada en más de una ocasión a nivel académico. De la ley opina que regula una “declaración de fines encomiables, contenidos en una norma que dispone de obligatoriedad sin coercibilidad civil o administrativa frente a su incumplimiento”.

Las 736 notas a pie de página y las 54 páginas de bibliografía con las que cuenta, atestiguan que estamos ante una obra con unos argumentos bien fundamentados. La Dra. ARGELICH realiza un trabajo riguroso, metódico y minucioso, de lectura muy recomendable para todo aquél que investigue, trabaje o quiera aproximarse o introducirse en el apasionante pero complejo ámbito del derecho a una vivienda, en concreto, de esta nueva legislación en ámbito estatal, pero no solo, puesto que se acompaña de la demás normativa relacionada a diferentes niveles, y también en ámbito internacional; académicos y estudiantes, agentes del sector, tanto del ámbito público como privado, así como también para políticos o para la ciudadanía en general. Para aprender no solo qué regula la primera ley estatal en materia de vivienda en época democrática tras la Constitución española, sino qué debería regularse (basándose en doctrina nacional e internacional, y en Derecho comparado) si realmente queremos empezar a abordar de forma efectiva y eficiente la problemática de la vivienda (o de su ausencia) en nuestro país.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista. En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en inglés (*abstract*).
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en inglés (*key words*).

1.3. Extensión

- Los estudios tendrán una extensión entre 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las recensiones bibliográficas, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 (salvo las Notas, cuyo tamaño será 10).
- Interlineado: Sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Alineación de los párrafos: justificado a derecha e izquierda.

1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un Sumario al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I. EN VERSALES
- II.1. En *versalitas*
- III.1.A. *En cursiva*
- IV.1.A.a) En redondo
- V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo

El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

- I.- [...]
- II.- [...]
- III.- [...]

Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas a lo largo del trabajo siempre en conexión con el tema. Dicha cita se hará con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

Por último, contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado y para las Notas al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato

APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association*, disponibles en www.apastyle.org.

- Libro:

APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

- Capítulo de Libro:

APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial del nombre y apellido/s (ed./dir./coord.). Título de Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. Inicial y final).

Ej.: DÍAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).

- Artículo:

APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.

- Documento electrónico:

Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en <http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139>

Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La

cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente...

- Tanto las citas con referencia bibliográfica como las Notas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas y no en la página en que corresponda insertar la cita.

3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc., se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (registrador, notario, abogado...), órganos (tribunal, juzgado...), preceptos (artículo, decreto...), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad...) y para los títulos de las normas.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.

