

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO  
INMOBILIARIO



Año XCIX • Julio - Agosto • Núm. 804



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 • Julio - Agosto 2024 • Núm. 804

---

REVISTA BIMESTRAL



FECYT-177/2024

Fecha de certificación: 6 de octubre de 2014 (4ª convocatoria)

Válido hasta: 24 de julio de 2025

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](http://www.revistacritica.es)  
[revista.critica@corpme.es](mailto: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

	<u>Págs.</u>
PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO».....	1961
UNDÉCIMO PREMIO«REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO» .....	1963

### **ESTUDIOS/STUDIES**

MATE SATUÉ, Loreto Carmen: El instituto de la prescripción, la acción de restitución de cantidades y la protección de los consumidores / <i>The statute of limitations, restitution action and consumer protection</i> .....	1967
PALAO UCEDA, Juan: Algunas aproximaciones a la importancia de la dogmática civil en la codificación mercantil desde la filosofía del derecho: especial mención a las instituciones contractuales / <i>The importance of civil dogmatics in commercial law codification from the perspective of the philosophy of law: Special mention to contractual institutions</i> .....	2001

### **ESTUDIO LEGISLATIVO/ LEGISLATIVE STUDY**

ARGELICH COMELLES, Cristina: Contratación con inteligencia artificial y contratos algorítmicos: repensando el Derecho civil ante el informe español de la legislación de consumo y mercantil para la Comisión Europea / <i>AI Contracting and Algorithmic Contracts: Rethinking Private Law in the light of the Spanish Report on B2C and B2B Regulation for the European Commission</i> .....	2033
--	------

### **DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES**

VICEIRA ORTEGA, Patricia: Examen de la atribución del derecho de uso del domicilio familiar en procedimientos de nulidad, divorcio o separación con motivo de la Resolución de 30 de agosto de	
--	--

2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública <i>/ Analysis of the attribution of the right to use the family home in                  annulment, divorce or separation procedures due to the Reso-                  lution of August 30, 2023, of the Spanish General Directorate                  of Legal Security and Public Faith.....</i>	2075
---	------

**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 .....	2109
---	------

**ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES**

**1. DERECHO CIVIL**

**1.1. Parte general**

— La nulidad matrimonial civil por la incapacidad de prestar consentimiento / <i>Civil marriage annulment on                  the ground of incapacity to give consent</i> , por Elena FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA.....	2143
---	------

**1.2. Derecho de familia**

— Un necesario análisis de la operatividad de las me- didas de apoyo tras tres años de vigencia de la ley 8/2021, de 2 de junio (1ª parte) / <i>A necessary analysis                  of the operation of the support measures after three                  years of validity of Law 8/2021, of June 2 (Part 1)</i> , por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT. ....	2163
---	------

**1.3. Derechos reales**

— La atribución del carácter ganancial y privativo de inmuebles “ <i>causa matrimonii</i> ” a la luz del sistema (causalista) español. Análisis crítico de la doctrina de la DGRN/DGSJyFP / <i>The attribution of common or                  private character of properties “causa matrimonii”                  in the light of the Spanish (causalist) system. Critical                  analysis of the doctrine of the DGRN/DGSJyFP</i> , por Ángel JUÁREZ TORREJÓN .....	2231
---	------

1.4. Sucesiones	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Privación de la legítima y desheredación en derecho comparado: una sanción civil ante conductas / <i>Legitimate inheritance and disinheritance in comparative law</i>, por lourdes GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR.....</li> </ul>	2251
1.5. Obligaciones	<ul style="list-style-type: none"> <li>— El control de transparencia en las acciones colectivas ¿objetivo o subjetivo? / <i>Transparency control in collective actions: objective or subjective?</i>, por Aitor MORA ASTABURUAGA.....</li> </ul>	2291
1.6. Responsabilidad Civil	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Grabaciones de imagen, videovigilancia y límites derivados de los derechos a la intimidad y protección de datos de carácter personal / <i>Recording, video surveillance and privacy and data protection restrictions</i>, por Lucía COSTAS RODAL.....</li> </ul>	2303
1.7. Concursal	<ul style="list-style-type: none"> <li>— La comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores tras la Ley 16/2022. Prohibición de inicio o suspensión de ejecuciones en el concurso / <i>The communication of opening negotiations with creditors after Law 16/2022. Prohibition of initiation or suspension of exwcutions in the pre-bankruptcy</i>, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS.....</li> </ul>	2339
2. MERCANTIL. DERECHO DE CONTRATOS	<ul style="list-style-type: none"> <li>— La aplicación de la Ley 3/2004 de medidas de lucha contra la morosidad comercial a las obligaciones civiles. Un falso debate / <i>The application of Law 3/2004 on measures to combat commercial late payment to civil obligations. A false debate</i>, por Francisco REDONDO TRIGO.....</li> </ul>	2371
3. URBANISMO	<ul style="list-style-type: none"> <li>— La modificación del uso urbanístico de las edificaciones y su constancia registral / <i>The modification of the urban use of buildings and their registration record</i>, por Vicente LASO BAEZA.....</li> </ul>	2387

**ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS**

Información de actividades ..... 2403

**RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY INFORMATION**

TARABAL BOSCH, Jaume (Dir.), *Previsión y transmisión intergeneracional del patrimonio al margen de la sucesión. Encaje jurídico (¿y consolidación?) de los will substitutes en España*, Colegio Notarial de Catalunya – Marcial Pons, Madrid, 2022, 238 pp, por César HORNERO MENDEZ ..... 2407

¿Cantos de sirena concursales o una nueva odisea de oportunidades procesales? Recensión a la última obra de la Profa. Fátima YÁÑEZ VIVERO, Catedrática de Derecho Civil de la UNED: *La exoneración judicial de deudas del consumidor vulnerable. Perfiles jurídicos y avatares de un nuevo “derecho a no pagar las deudas”*, Ed. Marcial Pons, ISBN 978-84-1381-542-8, Madrid, 2024, por Sonia CALAZA LÓPEZ..... 2413

# PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»

Se convoca el DUODÉCIMO PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO» con arreglo a las siguientes BASES:

- 1.º La dotación del premio será de 2.500 euros.
- 2.º Se concederá premio al trabajo que, a juicio del Jurado, sea el mejor de los publicados en la RCDI entre el 1 de enero de 2024 y el 31 de diciembre de 2025, en cualquiera de las secciones de la revista, cuyo autor haya optado expresamente al premio y sea menor de cuarenta años en la fecha en que haya enviado el artículo a la RCDI solicitando su publicación. Podrá concederse *ex aequo* con otro autor.
- 3.º Los autores que deseen optar al premio deberán haberlo manifestado así mediante escrito dirigido al Secretario de la RCDI antes del día 31 de marzo de 2026. No podrán optar al premio los autores que formen parte del Consejo de Redacción de la RCDI en el año de la presentación del trabajo.
- 4.º El Jurado estará compuesto por el Presidente del Consejo de Redacción y los Consejeros integrados en el Comité Ejecutivo. El Secretario de la RCDI, actuará como Secretario del Jurado. Será Presidente del Jurado el Presidente del Consejo de Redacción.
- 5.º El premio será objeto de reseña en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.



## UNDÉCIMO PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»

Se ha fallado el Undécimo Premio de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario al mejor trabajo publicado en ella por autores jóvenes durante los años 2022/2023 se otorgó a **Dña. BRISEIDA SOFÍA JIMÉNEZ GÓMEZ**, por su trabajo «*La hipoteca mobiliaria sobre los derechos de propiedad industrial*», publicado en el número 789, correspondiente a enero-febrero de 2022.

El Jurado estuvo compuesto por las siguientes personas: Presidente: Don Francisco Javier **GÓMEZ GÁLLIGO**, Presidente a su vez del Consejo de Redacción de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*; así como por Don Basilio J. **AGUIRRE FERNÁNDEZ**, Consejero-Secretario de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, que actuó a su vez como secretario del Jurado y Don Francisco **MARÍN CASTÁN**, Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo. El premio *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* fue instituido en 2004 al mejor trabajo publicado en ella, en cualquiera de sus Secciones, por autores de edad inferior a cuarenta años.





# ESTUDIOS



El instituto de la prescripción,  
la acción de restitución de cantidades  
y la protección de los consumidores  
*The statute of limitations, restitution  
action and consumer protection*

por

LORETO CARMEN MATE SATUÉ<sup>1</sup>  
*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil  
Universidad de Zaragoza*

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo reflexionar sobre la actual articulación del instituto de la prescripción, en concreto, sobre el aplicable a la acción de restitución de una cláusula declarada nula. Este análisis viene motivado de la lectura de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero de 2024 y de 25 de abril de 2024 que resuelven tres cuestiones prejudiciales interpuestas por España en torno al inicio del plazo de prescripción previsto en el Código Civil y en el Código Civil catalán, en atención a la diversidad de criterios que había en nuestras Audiencias Provinciales. El Tribunal de Justicia exige para la determinación del inicio del cómputo de estas acciones la cognoscibilidad de los hechos y de su valoración jurídica, y propone como fecha de inicio del cómputo la declaración de firmeza de la sentencia por la que se declare la nulidad de la cláusula. Esta propuesta ha sido aceptada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de junio de 2024. No obstante, los pronunciamientos del Tribunal comunitario nos obligan a considerar otros aspectos como el papel que atribuye la Directiva 93/13/CEE a las entidades bancarias, cómo debe valorarse la cognoscibilidad del consumidor y, la adecuación del criterio propuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a nuestro ordenamiento jurídico.

*ABSTRACT: This paper aims to reflect on the current articulation of the statute of limitations, specifically regarding the restitution action of a declared null*

*clause. This analysis is motivated by the reading of the Judgments of the Court of Justice of the European Union of January 25, 2024, and April 25, 2024, which resolve three preliminary questions raised by Spain regarding the commencement of the limitation period provided for in the Civil Code and the Catalan Civil Code, considering the diversity of criteria in our Provincial Courts. The Court of Justice requires, for determining the commencement of these actions' limitation period, the knowability of the facts and their legal assessment and proposes as the starting date of the computation, the final declaration of the judgment declaring the nullity of the clause. This proposal has been accepted by the Supreme Court in its Judgment of June 14, 2024. Nevertheless, these judicial pronouncements compel us to consider other aspects, such as the role assigned by Directive 93/13/EEC to banking entities, how the consumer's knowability should be assessed, and the adequacy of the proposed criterion to our legal system.*

**PALABRAS CLAVE:** Prescripción. Protección al consumidor. Acción declarativa. Efectos restitutorios. Acción de restitución. Principio de efectividad.

**KEYWORDS:** *Limitation of action. Consumer protection. Declaratory action. Restitutory effects. Action for repayment. Principle of effectiveness.*

**SUMARIO:** I. PUNTO DE PARTIDA: LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL. 1. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DERIVADA DE LA NULIDAD DE UNA CLÁUSULA. 2. EL INSTITUTO DE LA PRESCRIPCIÓN: EL CRITERIO OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL *dies a quo* EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.—II. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DERIVADA DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS. 1. EL PRECEDENTE: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 16 DE JULIO DE 2020. 2. LAS POSICIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES SOBRE EL *dies a quo* DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE CANTIDADES: DIVERSIDAD DE CRITERIOS. 3. LOS DESCARTES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y UNA PROPUESTA DE *dies a quo*: LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 25 DE ENERO Y 25 DE ABRIL DE 2024. 4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE JUNIO DE 2024: LA ACEPTACIÓN DE LA PROPUESTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.—III. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 25 DE ENERO Y 25 DE ABRIL DE 2024: MÁS INTERROGANTES QUE CERTEZAS. 1. EL PAPEL DE LAS ENTIDADES BANCARIAS CONFORME A LA DIRECTIVA 93/13/CEE. 2. LA COGNOSCIBILIDAD DEL CONSUMIDOR: EL CONSUMIDOR MEDIO, EL CONSUMIDOR DEMANDANTE Y EL PAPEL DE LAS RECLAMACIONES EXTRAJUDICIALES. 3. LA FIRMEZA DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD COMO ACONTECIMIENTO PARA EL INICIO DEL CÓMPUTO

DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN: LA ADAPTACIÓN A NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.—IV. BREVE RECAPITULACIÓN.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. PUNTO DE PARTIDA: LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

La nulidad de la cláusula accesoria de gastos en contratos de préstamos con garantía hipotecaria para la compra de vivienda ha dado lugar a múltiples pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>2</sup> sobre los efectos derivados de su nulidad, en atención a que el abono de dichos gastos no constituía una obligación sinalagmática entre el prestamista y el prestatario, sino un pago a terceros que no formaban parte de la relación contractual.

Una vez que la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI) zanjó el debate sobre la distribución de los gastos entre las partes, al establecerlo normativamente en su artículo 14.1 e) de la LCCI<sup>3</sup>, la litigiosidad de esta cláusula ha versado, fundamentalmente, sobre la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución.

Este debate que tiene actualmente, como protagonistas las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, SSTJUE) de 25 de enero de 2024 (ECLI:EU:C:2024:81) y de 25 de abril de 2024 (ECLI:EU:C:2024:360) y la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:3076), nos obliga a reflexionar sobre la naturaleza y la sujeción de la acción de restitución a un plazo de prescripción, y con carácter general, sobre la configuración que nuestro ordenamiento jurídico realiza del instituto de la prescripción como garante de la seguridad económica y jurídica en el tráfico.

### 1. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DERIVADA DE LA NULIDAD DE UNA CLÁUSULA

La doctrina clásica reconoce la situación de imprescriptibilidad de la acción de nulidad al amparo del artículo 1303 del Código Civil y la sujeción de las acciones de restitución al plazo de cinco años, *ex* artículo 1964.2 Código Civil<sup>4</sup>, previsto para las acciones personales<sup>5</sup>, en atención al distinto fundamento de ambas. Mientras que la primera tiene como objetivo la declaración de nulidad de una situación jurídica dada la apariencia de validez, en este caso, de la cláusula de gastos, la segunda pretende la obtención de la restitución de las cantidades indebidamente abonadas. De modo que, mientras que la declaración de nulidad

tiene unos efectos *ex nunc*, la acción de restitución los presenta *ex tunc*, desde la declaración de nulidad y durante el plazo de prescripción de la acción restitutiva.

Esta distinción entre una acción declarativa de nulidad imprescriptible y una acción de restitución sujeta al plazo de prescripción, ha sido considerada conforme al Derecho comunitario, entre otras, por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020 (ECLI:EU:C:2020:578) que se pronuncia específicamente sobre el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, con ocasión de la reflexión sobre la restitución de las cantidades abonadas en virtud de cláusulas declaradas nulas, son varios los órganos judiciales<sup>6</sup> y también los autores<sup>7</sup> que han encontrado argumentos a favor de la posibilidad de considerar que la acción de restitución resulta imprescriptible por su interrelación con la acción de nulidad. Los principales argumentos son los siguientes: en primer lugar, se considera que la restitución es un efecto directo de la nulidad que resulta apreciable de oficio, por otro lado, se entiende que el interés de la declaración de nulidad es, precisamente, la posibilidad de obtener la restitución de las cantidades abonadas y, por último, si la nulidad se retrotrae al acuerdo contractual, no es compatible que la acción de restitución esté sujeta a plazo de prescripción.

Entre los argumentos expuestos, debe resaltarse respecto al primero de ellos la reflexión de la Profesora BENDITO CAÑIZARES (2023: 871 y 873) que plantea cómo la situación de especial protección de los consumidores brindada por la Directiva 93/13/CEE permitiría abordar la posibilidad de llegar a elevar la apreciación de oficio de los efectos restitutorios de la acción de nulidad y, por tanto, a descartar el instituto de la prescripción. En este sentido, ahonda en su argumentación considerando que este instituto protege al sujeto pasivo de una situación jurídica porque subyace el interés general. Este interés general se encuentra, actualmente, presidido por la normativa de las situaciones jurídicas nacidas por el uso de condiciones generales impuestas a una parte<sup>8</sup>.

Sin perjuicio del interés que pueden plantear los argumentos a favor de la imprescriptibilidad de la acción de restitución derivada del ejercicio de una acción de nulidad, lo cierto es que mayoritariamente se acepta su sujeción a un plazo de prescripción. Por ese motivo, debemos plantear a continuación la configuración normativa que se hace del instituto de la prescripción y la determinación del inicio de su cómputo.

## 2. EL INSTITUTO DE LA PRESCRIPCIÓN: EL CRITERIO OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL *DIES A QUO* EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

El instituto de la prescripción puede considerarse que tiene en nuestro Código Civil, al menos, hasta el momento, un fundamento objetivo, que estriba en la

necesidad de proporcionar seguridad jurídica en el tráfico, en tanto que la existencia de derechos no puede quedar en una permanente incertidumbre<sup>9</sup>.

En el Código Civil pueden advertirse distintas normas que incorporan un criterio objetivo en la determinación de los plazos de prescripción de las acciones. El artículo 1969 del Código Civil establece con carácter general que el tiempo para la prescripción, cuando no haya disposición, se contará «desde el día en que pudieron ejercitarse». De modo más específico, el artículo 1970 del Código Civil determina para las acciones destinadas a la reclamación del cumplimiento de obligaciones de capital, con interés o renta, que el plazo comenzará «desde el último pago de la renta o del interés» y el artículo 1971 del Código Civil en relación con las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia, dispone que el *dies a quo* comenzará «desde la declaración de firmeza de la sentencia». En todos estos supuestos es claro que el legislador ha optado por la asunción de un criterio objetivo, en el que no se atienden las circunstancias subjetivas en las que se encuentre el acreedor, como es la posibilidad de que éste no conozca los hechos que den lugar al nacimiento de su pretensión.

En contraposición, hay otras reglas especiales que, en el ámbito de la responsabilidad civil, optan por el abandono del criterio objetivo para la determinación del *dies a quo* y asumen un criterio subjetivo de prescripción basado en que el acreedor conozca los hechos que fundamentan la pretensión. Es el caso de las acciones de responsabilidad civil del artículo 1902 del Código Civil cuyo cómputo comienza «desde que lo supo el agraviado» (artículo 1908.2 del Código Civil), también el de otras leyes especiales, como el artículo 74.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que determina que el cómputo del plazo de la acción de responsabilidad comenzará «cuando hubiera cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento de determinadas circunstancias». El conocimiento del perjudicado también es tenido en consideración para iniciar el cómputo del plazo de prescripción en el artículo 15.2 de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos.

La aceptación de un criterio objetivo o de uno subjetivo para la fijación del inicio del cómputo de los plazos de prescripción es una cuestión de política legislativa, como ha quedado demostrado con la descripción efectuada. La asunción de un criterio objetivo fomenta una mayor seguridad porque permite la fijación del *dies a quo* a partir de una fecha determinable. Por su parte, el criterio subjetivo permite tomar en consideración las circunstancias particulares de cada sujeto. Así las cosas, la elección de uno u otro criterio debe incidir en la duración del plazo de prescripción, más largo en el caso de asumir un criterio objetivo y más breve, de aceptarse uno subjetivo<sup>10</sup>.

Si bien la realización de interpretaciones en torno al instituto de la prescripción es contraria a su propio fundamento, que es precisamente la proporción de seguridad mediante la reducción de la litigiosidad<sup>11</sup>, lo cierto es que hay autores que han planteado una interpretación en clave subjetiva de las normas sobre prescripción que siguen un criterio objetivo<sup>12</sup>. También se ha advertido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo una cierta tendencia hacia la introducción del criterio del conocimiento de la lesión del derecho conforme a una diligencia básica, desde la STS (1ª), de 11 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:9198)<sup>13</sup>. No obstante, en nuestra opinión, no consideramos que se trate de un reconocimiento generalizado en contra de la norma, porque muchas de estas resoluciones se circunscriben al ámbito del ejercicio de acciones de responsabilidad<sup>14</sup>, o tienen por objeto la regla especial del cómputo del plazo prevista para los errores en el consentimiento del artículo 1301 del Código Civil.

La determinación normativa de un criterio objetivo para el inicio del plazo de prescripción de las acciones no empece a que existe una tendencia hacia la subjetivación de los criterios de determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción de las acciones<sup>15</sup>. En nuestros derechos forales el artículo 121-23.1 del Código civil catalán, sobre el que tuvo oportunidad de pronunciarse el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 25 de enero de 2024, si que incorpora normativamente el criterio subjetivo al afirmar, con carácter general para todo tipo de acciones, que «*el plazo de prescripción se inicia cuando, nacida y ejercible la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse*»<sup>16</sup>. También, la Ley 23 de la Compilación del Derecho Civil foral de Navarra, determina que «*[...] salvo disposición legal especial, los plazos de prescripción se contarán, una vez que las acciones puedan ser ejercitadas, desde que su titular conozca o haya podido razonablemente conocer los hechos que la fundamentan y la persona contra la que deba dirigirse*».

A nivel europeo, el artículo 14:301 de los *Principles of European Contract Law* establece una suspensión del plazo de prescripción mientras el acreedor no conozca, ni pueda razonablemente conocer, la identidad del deudor o los hechos que dieron lugar a la reclamación. Por su parte, el artículo del *Draft Common Frame of Reference* en su artículo III-7:203 determina como fecha de comienzo general del cómputo desde el momento en que el deudor debe cumplir con la obligación.

En cuanto al ámbito que nos concierne, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC), solo declara en su artículo 19.1, la imprescriptibilidad respecto a las acciones colectivas de cesación y retractación, pero no articula ningún tipo de referencia respecto a la no incorporación o nulidad de la cláusula *ex* artículos 7 y 8 de la LCGC. Por su



parte, la Directiva 93/13/CEE no establece una normativa armonizada sobre la prescripción de acciones<sup>17</sup>, lo que obliga a que sean los Estados miembros los que determinen las condiciones en las que se preste la protección a los consumidores, en el ejercicio del principio de autonomía procesal [vid. STJUE de 16 de julio de 2020 (ECLI:EU:C:2020:578)]. No obstante, la regulación deberá cumplir con los límites de los artículos 6 y 7 de la Directiva, estos son el *principio de equivalencia*, es decir que el plazo no resulte menos favorable que el aplicable a recursos similares, y por otro lado, el *principio de efectividad*, es decir, que el plazo no haga imposible o excesivamente difícil el ejercicio de la acción.

## II. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DERIVADA DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS

### 1. EL PRECEDENTE: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 16 DE JULIO DE 2020

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020 (ECLI:EU:C:2020:578) constituye en lo que respecta a la prescripción de la acción restitutiva de las cantidades indebidamente abonadas en el ordenamiento jurídico español, el punto de partida de los pronunciamientos judiciales que el Tribunal comunitario ha realizado sobre la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción<sup>18</sup> de esta acción en sus resoluciones de 2024.

En esta sentencia el Tribunal de Justicia resolvió la cuestión prejudicial interpuesta por el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma de Mallorca que planteaba, entre otras cuestiones, si era conforme con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE que el ejercicio de la acción restitutoria de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva estuviera sujeta a un plazo de prescripción, cuando la acción de declaración de la nulidad es imprescriptible. El Tribunal comunitario mantiene que el Derecho de la Unión Europea no se opone a que una normativa nacional reconozca el carácter imprescriptible de la acción de nulidad y sujete, en cambio, a un plazo de prescripción la acción de restitución, siempre que se respeten los *principios de equivalencia* y de *efectividad*.

En esta primera resolución judicial, el Tribunal se pronuncia sobre el plazo de prescripción de cinco años establecido en el artículo 1964.2 del Código Civil y considera que, *a priori*, no parece que un plazo de cinco años pueda hacer imposible en la práctica, o excesivamente difícil, el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13/CEE. No obstante, matiza que si el cómputo de ese plazo empieza a partir de la conclusión de un contrato de préstamo hipotecario, en la medida en que esto implica que el consumidor solo pueda solicitar

la restitución de los pagos realizados durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato, con independencia de si conocía o podía conocer razonablemente el carácter abusivo de esta cláusula, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y por lo tanto, vulnerar el *principio de efectividad*, en relación con el principio de seguridad jurídica.

En la línea marcada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en resoluciones anteriores sobre las acciones de restitución derivadas de la nulidad de la cláusula [*vid.* SSTJUE de 8 de septiembre de 2022, 10 de junio de 2021, 22 de abril de 2021 y 9 de julio de 2020], el Tribunal comunitario exige la concurrencia del factor subjetivo del conocimiento del demandante para el inicio del plazo de prescripción. No obstante, debe advertirse que en los casos precedentes las normativas nacionales de los órganos proponentes habían asumido en su regulación interna, el factor subjetivo para el inicio del cómputo del plazo<sup>19</sup>. Por otro lado, de la lectura conjunta de estas resoluciones se pone en evidencia que la valoración de si el plazo de prescripción de la acción de restitución es o no conforme a la Directiva 93/13/CEE no depende tanto de la duración del plazo de prescripción, sino del momento en el que ese plazo empieza a computarse.

## 2. LAS POSICIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES SOBRE EL *DIES A QUO* DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE CANTIDADES: DIVERSIDAD DE CRITERIOS

El carácter imprescriptible de la acción de nulidad y la sujeción a un plazo de prescripción de la acción restitutoria de las cantidades indebidamente abonadas, ha provocado que las entidades bancarias utilicen la prescripción, como un argumento de oposición a las reclamaciones efectuadas por los consumidores. Por este motivo, las Audiencias Provinciales han tenido que pronunciarse sobre la prescripción de la acción de restitución, no siguiendo una doctrina uniforme en la determinación del inicio del cómputo de este plazo, lo que ha justificado, en parte, el planteamiento de las cuestiones prejudiciales que se analizarán.

En el panorama judicial nacional, una serie de Audiencias Provinciales consideraban que la acción de restitución derivada de la declaración de nulidad de la cláusula no está sujeta a un plazo de prescripción<sup>20</sup>. En esta línea, podemos destacar la Audiencia Provincial de Girona [*vid.* SAP Girona (1ª), de 8 de febrero de 2021 (ES:APGI:2021:89)] que considera que la restitución de una cantidad derivada de la declaración de nulidad es un efecto propio establecido en la Ley. En la misma línea, la Audiencia Provincial de Oviedo razona que, si bien el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite la posibilidad de que la acción de restitución esté sujeta a un plazo de prescripción, entiende que el otorgar al con-

sumidor una protección menor que la que proporciona la institución de la nulidad de pleno Derecho, infringe el *principio de equivalencia* [vid. SAP Oviedo (1ª), de 7 de abril de 2021 (ES:APO:2021:1116)]<sup>21</sup>.

En cambio, hay otras Audiencias Provinciales que, manteniendo la corriente mayoritaria de sujeción de la acción de restitución a un plazo de prescripción, han establecido el *dies a quo* del inicio del plazo de prescripción en uno de los siguientes tres acontecimientos<sup>22</sup>:

- *La fecha de la publicación de las Sentencias del Tribunal Supremo que declaran la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios o fijan sus efectos restitutorios.* Esta postura ha sido mantenida por la Audiencia Provincial de Santander, que tiene en consideración para el cómputo del plazo la STS de 23 de diciembre de 2015 [vid. SAP Santander (4ª), de 20 de abril de 2021 (ES:APS:2021:251)] o la Audiencia Provincial de Orense, que también fija como acontecimiento para el inicio del plazo la STS de 23 de diciembre de 2015<sup>23</sup> [vid. SAP Orense (1ª), de 29 de marzo de 2021 (ES:APOU:2021:209)]. Este criterio lo ha mantenido la Audiencia Provincial incluso con posterioridad al pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero de 2024 [vid. SAP Orense (1ª), de 29 de febrero de 2024 (ECLI:ES:APOU:2024:182)]<sup>24</sup>.
- *La fecha en que se hicieron efectivos los pagos cuya restitución se reclaman o en la que se liquidó la provisión de fondos realizada por los prestatarios.* Este acontecimiento es sin duda, el que ha tenido un mayor predicamento entre nuestras Audiencias Provinciales, por considerar que se trata de un criterio objetivo. Este *dies a quo* ha sido asumido en su jurisprudencia por la Audiencia Provincial de Barcelona [vid. SAP Barcelona (15ª), de 28 de abril de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:3238)], por la Audiencia Provincial de Salamanca [vid. SAP Salamanca (1ª), de 19 de marzo de 2021 (ES:APSA:2021:220)] y en una primera etapa, por la Audiencia Provincial de Valencia [vid. SAP Valencia (9ª), de 13 de abril de 2021, (ES:APV:2021:1392) que ha sido posteriormente superada [vid. SAP Valencia (9ª), de 31 de octubre de 2023 (ECLI:ES:APV:2023:2814)].
- *La fecha de la declaración judicial de nulidad de la concreta cláusula.* Este acontecimiento como fecha determinante para el inicio del cómputo de la acción de restitución, es tenido en cuenta por la Audiencia Provincial de León [vid. SAP León de 3 de mayo de 2021 (ES:APLE:2021:650)], la Audiencia Provincial de Alicante [vid. SAP Alicante (8ª), de 26 de marzo de 2018 (ECLI:ES:APA:2018:661)] o, la Audiencia Provincial de Logroño [vid. SAP Logroño (1ª), de 21 de febrero de 2018 (ECLI:ES:APLO:2018:114)].

3. LOS DESCARTES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y UNA PROPUESTA DE *DIES A QUO*: LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 25 DE ENERO Y 25 DE ABRIL DE 2024

Con carácter preliminar y, a diferencia de la valoración que se ha hecho por parte de los medios de comunicación de las SSTJUE de 25 de enero de 2024 y de 25 de abril de 2024, el Tribunal comunitario no ha establecido en sus resoluciones el *dies a quo* del plazo de prescripción de las acciones de restitución. Su labor se ciñe a establecer indicaciones para que los órganos judiciales remitentes lo fijen de un modo en el que exista compatibilidad entre la norma nacional y el Derecho comunitario, en este caso, en relación con el *principio de efectividad* del artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE. Por otro lado, debe advertirse que el Tribunal comunitario efectúa una interpretación del cómputo de los plazos de prescripción subjetiva que no resulta coherente con la literalidad del artículo 1969 del Código Civil.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 25 de enero de 2024 resuelve la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona (15<sup>a</sup>), mediante Auto de 9 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:AP-B:2021:9350A). Con carácter previo a examinar esta cuestión prejudicial, es necesario realizar dos apreciaciones relevantes. La primera es que el plazo de prescripción de la acción de restitución en el Código Civil catalán es de 10 años, mientras que, en el Código civil es de 5 años. La segunda es que el Código civil catalán dispone el *dies a quo* de esta acción conforme a un criterio subjetivo, este es el conocimiento razonable del titular de la acción, mientras que en el Código civil, el inicio del cómputo se efectúa siguiendo un criterio objetivo.

El Tribunal de Justicia reitera en esta resolución la doctrina establecida en la STJUE de 16 de octubre de 2020, en el sentido de que no se opone al Derecho comunitario el establecimiento de un plazo de prescripción de la acción restitutoria de los efectos de la nulidad, siempre y cuando respete los *principios de equivalencia y de efectividad* reconocidos en los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE. En relación con el inicio del cómputo del plazo de prescripción, admite el Tribunal de Justicia que para que resulte compatible con el *principio de efectividad*, el consumidor debe poder conocer sus derechos antes de que dicho plazo empezase a correr o de que expirase.

En base a este principio, entiende que el plazo de prescripción de la acción no puede comenzar hasta que el consumidor conozca los hechos determinantes de su carácter abusivo. De modo que el plazo de prescripción no debe comenzar en el momento en que la referida cláusula agota sus efectos, es decir, con la realización del último pago de los gastos de formalización del préstamo, porque

en esa fecha, el consumidor no tiene la oportunidad de conocer su valoración jurídica.

Por otro lado, la resolución analizada debe responder a la cuestión de si puede entenderse que existe conocimiento por los consumidores del posible carácter abusivo de la cláusula, y por tanto, podría iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución, desde el momento en el que existe una Jurisprudencia nacional consolidada que reconoce la nulidad de la cláusula de gastos.

El Tribunal comunitario rechaza esta opción justificando que el fundamento de la Directiva 93/13/CEE es la protección de los consumidores frente a una situación de inferioridad derivada de su capacidad negociadora y su nivel de información. Así afirma que la posición preponderante, en este caso, de las entidades bancarias se mantiene después de la celebración del contrato y, si bien respecto a ellas cabe esperar que conozcan la jurisprudencia nacional, y actúen en consecuencia, esta obligación no puede trasladarse a los consumidores.

Estos argumentos llevan al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a rechazar que sea conforme a la normativa comunitaria una interpretación jurisprudencial del Derecho nacional que determine el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución conforme a la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas similares, en el sentido de que esta Jurisprudencia constituya una prueba de que se cumple el requisito de conocimiento que tiene que tener el consumidor respecto al carácter abusivo de esa cláusula y de sus consecuencias jurídicas.

Después del pronunciamiento del Tribunal comunitario, la Audiencia Provincial de Barcelona, en su condición de órgano proponente de la cuestión prejudicial, tuvo que incorporar las indicaciones del Tribunal comunitario a los asuntos que habían quedado suspendidos por el planteamiento de la cuestión prejudicial. La postura de la Audiencia Provincial queda descrita en su Sentencia de 15 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APB:2024:348).

La Sentencia argumenta que la fecha relevante a efectos de una posible cognoscibilidad del consumidor de los derechos que le asisten conforme a la Directiva 93/13/CEE debe establecerse a principios de 2017. Para ello argumenta que en España existieron circunstancias especiales que permiten considerar que un consumidor medio y debidamente informado podía ser conocedor de la situación de litigación masiva que se planteó respecto a la reclamación de estas cláusulas auspiciada por importantes campañas de publicidad de asociaciones de consumidores y despachos profesionales para la captación de clientela.

En nuestra opinión, parecen más adecuados los argumentos contenidos en el voto particular formulado por el Magistrado D. Luis Rodríguez Vera que es partidario de mantener el criterio del *dies a quo* fijado por la Sección de la Audiencia Provincial en su jurisprudencia anterior<sup>25</sup> realizando algunas adaptaciones.

El Magistrado mantiene —con buen criterio— a diferencia del resto de la Sala, que el Tribunal comunitario no exige que el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución no pueda comenzar hasta que el consumidor haya tenido conocimiento de la nulidad de la cláusula, sino que es suficiente con que esa cognoscibilidad sea anterior a la expiración del plazo de prescripción, siempre que el consumidor pueda tener tiempo suficiente para el ejercicio de sus acciones. En conexión con esto, el Magistrado sostiene que debe mantenerse que el cómputo del plazo de prescripción comience con el pago de las facturas o con la fecha de liquidación de la provisión de fondos si el consumidor ha podido tener conocimiento en ese plazo del carácter abusivo de la cláusula y tiempo suficiente para el ejercicio de las acciones —que, en el voto particular, se cifra en el plazo de dos años—. En los supuestos en los que no ha tenido conocimiento, se entenderá que el *dies a quo* será desde que lo tuviera. Además, el Magistrado atiende en su voto particular, acertadamente, a las reclamaciones extrajudiciales como medio de cognoscibilidad.

A continuación, procedemos a analizar las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo mediante Auto de 22 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:10157A) y por el Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona, también mediante Auto de la misma fecha (ECLI:ES:JPI:2021:297A) que fueron acumuladas y resueltas por la STJUE de 25 de abril de 2024. Con esta resolución, *a priori* y hasta que se resuelva la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº8 de A Coruña, mediante Auto de 12 de marzo de 2024 (ECLI:ES:JPI:2024:4A)<sup>26</sup> quedan delimitados por el Tribunal comunitario los contornos de la interpretación que deben efectuar los órganos judiciales españoles sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones.

En la resolución de 25 de abril de 2024 a diferencia de la precedente, el Tribunal comunitario tiene que atender tanto al régimen de prescripción establecido en el Código civil catalán, basado en un criterio subjetivo y con un plazo de prescripción de 10 años como al fijado en el Código Civil establecido conforme a un parámetro objetivo y con un plazo de prescripción de 5 años.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas confirma que no es acorde al Derecho comunitario una Jurisprudencia que considere como acontecimiento para el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción restitutoria, la fecha de abono de los gastos derivados de la celebración del contrato. A este respecto, afirma el Tribunal que esta interpretación no permite el cumplimiento del *principio de efectividad* y, novedosamente, respecto al pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero de 2024 considera que ello es con independencia de si el consumidor tenía o podía tener razonablemente conocimiento del carácter abusivo de la cláusula.

La sentencia analizada rechaza también, por considerarlo contrario al *principio de efectividad*, que el *dies a quo* pueda establecerse desde que un Tribunal nacional declaró la nulidad de una cláusula. Al efecto, utiliza distintos argumentos, el primero de ellos, es que esta valoración podría plantear que los profesionales se quedasen con cantidades indebidamente adquiridas en detrimento del consumidor. Por otro lado, advierten que son los profesionales los que tienen una obligación de información respecto al consumidor y, en relación con ello, reconoce que si bien las sentencias gozan de publicidad ello no implica que se les pueda obligar a los consumidores a realizar una labor de investigación jurídica, porque una cosa es que el consumidor conozca la nulidad de una cláusula tipo y otra muy distinta es que sea capaz de advertir esa nulidad en su cláusula individualizada.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea plantea en esta sentencia que la fecha en la que adquiere firmeza la sentencia por la que se declara la nulidad de la cláusula, sí que supone un reconocimiento cierto de la nulidad de la cláusula que respetaría el *principio de efectividad* del artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE.

#### 4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE JUNIO DE 2024: LA ACEPTACIÓN DE LA PROPUESTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Una vez determinada la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución. En especial, tras la STJUE de 25 de abril de 2024, que resuelve la cuestión prejudicial interpuesta por el Tribunal Supremo, el Alto Tribunal español debía pronunciarse sobre el acontecimiento determinante para el inicio del *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución, dando lugar a la STS (1ª), de 14 de junio de 2024 (ECLI: ES:TS:2024:3076).

La enjundia de esta resolución en lo que respecta al debate en torno al instituto de la prescripción y la protección a los consumidores es escasa, puesto que nuestro Tribunal Supremo se limita a asumir la propuesta realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de considerar como *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios la fecha de firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula que obligaba al pago de estos gastos, salvo que la entidad prestamista pueda probar, en el marco de sus relaciones contractuales, que el concreto consumidor pudo conocer en una fecha anterior que la estipulación de los gastos era abusiva.

El posible debate en torno a la dificultad de encajar la propuesta realizada por el Tribunal comunitario en nuestro ordenamiento jurídico es cercenado por el Tribunal Supremo al afirmar que no corresponde a la Sala realizar considera-

ciones de orden doctrinal sobre el contenido de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ni sobre sus implicaciones en el sistema general de Derecho privado de los diferentes Estados miembros, al igual que tampoco, optar por soluciones no previstas en el ordenamiento jurídico español, aunque de *lege ferenda*, pudieran resultar plausibles y convenientes. [*vid.* Fundamento de Derecho séptimo, apartado tercero].

Los términos descritos en los que se ha pronunciado el Tribunal Supremo ponen en evidencia el difícil encaje que tiene la propuesta del Tribunal comunitario en nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que, hace una llamada al legislador para que realice una adaptación sobre el instituto de la prescripción.

### III. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 25 DE ENERO Y 25 DE ABRIL DE 2024: MÁS INTERROGANTES QUE CERTEZAS

La aceptación pura y simple que efectúa el Tribunal Supremo en su STS (1ª), de 14 de junio de 2024 (ECLI: ES:TS:2024:3076) de la propuesta realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción restitutoria y la reproducción de algunos argumentos contenidos en las resoluciones del Tribunal comunitario, nos obliga a reflexionar en torno a las SSTJUE de 25 de enero y de 25 de abril de 2024.

Algunos de los aspectos que deben examinarse se han anticipado en las líneas precedentes, mientras que otros, hemos preferido tratarlos de forma diferenciada para que no interfirieran en la exposición de las pautas establecidas por el órgano comunitario. No obstante, antes de examinar las cuestiones concretas, creemos conveniente solicitar de los órganos judiciales españoles la realización de un ejercicio de contención<sup>27</sup> sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal comunitario por la dificultad, en muchas ocasiones, de establecer un encaje normativo a las respuestas que nos proporciona este órgano. Sobre todo, teniendo en consideración como ocurre en este caso, que se ha solicitado al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre el instituto de la prescripción conforme al Código Civil pero también con respecto a una legislación foral, siendo su articulación y plazos de ejercicio totalmente distintos.

#### 1. EL PAPEL DE LAS ENTIDADES BANCARIAS CONFORME A LA DIRECTIVA 93/13/CEE

La primera de las reflexiones que nos suscita la lectura conjunta de las dos resoluciones analizadas que, como ya se ha indicado tienen un carácter complementario, es precisamente el papel que se les atribuye a las entidades bancarias



como *pseudo* garantes de los derechos de los consumidores. En la primera de las resoluciones, ésta es la de 25 de enero de 2024 se alude a que las entidades bancarias tienen una posición preponderante en el contrato, de modo que, si un tribunal nacional dictamina el carácter abusivo de una determinada cláusula, se presume que las entidades bancarias conocen la jurisprudencia y que actúan en consecuencia, sin determinar qué alcance tiene este último inciso.

La Sentencia del Tribunal comunitario de 25 de abril de 2024 cuando rechaza la jurisprudencia de un Tribunal nacional como acontecimiento determinante del inicio del plazo de prescripción de las acciones de restitución, afirma que una interpretación distinta permitiría en multitud de casos que, las entidades bancarias se quedaran con las cantidades indebidamente abonadas por los profesionales, en detrimento de los consumidores. Esta afirmación del Tribunal debe ser cuestionada en el caso de las cláusulas de gastos hipotecarios porque, a diferencia de otras estipulaciones predispuestas en contratos de préstamos con garantía hipotecaria como puede ser la cláusula suelo o la comisión de apertura, la entidad bancaria no ha sido la receptora de las cantidades que ha abonado el consumidor por los gastos derivados de la formalización de la operación.

Esta segunda resolución reprueba la pasividad de las entidades bancarias frente a los pronunciamientos del Tribunal Supremo, en atención a la posición que ostentan. El Tribunal comunitario afirma que los departamentos jurídicos de estas entidades les permiten seguir la evaluación de la jurisprudencia y extraer de ella las conclusiones pertinentes sobre sus propios contratos y, ponerse fácilmente en contacto con los clientes afectados mediante su servicio de atención al cliente.

Estas reflexiones del Tribunal comunitario consideramos que no son oportunas para la resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas. En primer lugar, porque no suponen un fundamento sobre el inicio del plazo de prescripción de las acciones de restitución<sup>28</sup> y, por otro lado, porque parecen exigir al profesional un deber de información para que los consumidores ejerciten en contra de sus propios intereses los derechos que reconoce la Directiva 93/13/CEE.

Nuestro artículo 83 del TRLGDCU determina que la declaración de nulidad de la cláusula corresponde al Juez, previa audiencia a las partes, de modo que no pensamos que sea competencia de los servicios jurídicos de las entidades bancarias realizar una comparativa entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las cláusulas insertas en su contrato. En suma, aunque la Directiva 93/13/CEE es un instrumento tuitivo para los derechos de los consumidores ello no puede justificar la imposición de la carga, a la que va a ser la parte demandada de un procedimiento judicial, de que realice acciones tendentes a que se planteen contra sus intereses, una reclamación extrajudicial o judicial. Una muestra de este planteamiento es la SAP Zaragoza (5<sup>a</sup>) de 4 de febrero de 2022 (ECLI:ES:APZ:2022:194) en la

que se advierte que aunque el banco reconozca la nulidad de la cláusula de gastos extrajudicialmente, se debe solicitar la nulidad de la cláusula en la demanda, como antecedente necesario para la devolución de cantidades.

Los anteriores argumentos no empecen a que, en atención a la consolidación de la Jurisprudencia en materia de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, la pasividad del tratamiento de las reclamaciones extrajudiciales por parte de los servicios de atención al cliente de las entidades bancarias, pueda justificar la imposición de las costas en los procesos judiciales iniciados por no reconocer en sede extrajudicial los derechos que asisten a los prestatarios consumidores, en concreto, la devolución de las cantidades abonadas por una cláusula potencialmente nula.

## 2. LA COGNOSCIBILIDAD DEL CONSUMIDOR: EL CONSUMIDOR MEDIO, EL CONSUMIDOR DEMANDANTE Y EL PAPEL DE LAS RECLAMACIONES EXTRAJUDICIALES

Las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero de 2024 y de 25 de abril de 2024 tienen en cuenta para la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades, un criterio subjetivo, este es, el conocimiento del consumidor de los hechos y de la valoración jurídica de la cláusula. La asunción de este criterio en la interpretación del *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción restitutoria —en los términos de la STS (1ª), de 14 de junio de 2024— puede encontrar, su base precisamente en que en ambas resoluciones, el Tribunal comunitario tiene que atender a la regulación del plazo de prescripción de las acciones personales en el Código Civil catalán, aunque en la Sentencia de 25 de abril de 2024 también se haga alusión al plazo de prescripción del Código civil, en atención a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo. Es necesario que recalquemos este dato, porque en los pronunciamientos previos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a esta cuestión, se analizaron normativas internas de países de nuestro entorno, articuladas sobre el conocimiento como hecho determinante para el cómputo del plazo de prescripción y, esta circunstancia es también tenida en cuenta por el Código Civil catalán. Sin embargo, no es la regla prevista en el Código Civil.

La fijación del conocimiento como criterio determinante para el inicio de plazo de prescripción de la acción de restitución nos obliga a reflexionar si el órgano judicial debe atender al conocimiento que puede tener de la nulidad de la cláusula un «consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz» o deben valorarse las circunstancias individuales del «consumidor demandante».

*A priori*, podemos considerar que el Tribunal comunitario en los dos pronunciamientos evalúa el conocimiento que puede tener un «consumidor medio» de la jurisprudencia nacional que declara la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios. En la STJUE de 25 de enero de 2024 mantiene que «no cabe presumir que la información de que dispone el consumidor, menor que la del profesional, incluya el conocimiento de la jurisprudencia nacional en materia de derechos de los consumidores, por más que dicha jurisprudencia esté consolidada». Por su parte, la resolución de 25 de abril de 2024 concreta que «a un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz no puede exigírsele no solo que se mantenga regularmente informado, por iniciativa propia, de las resoluciones del tribunal supremo nacional referentes a las cláusulas tipo que contengan los contratos de igual naturaleza a los que él haya podido celebrar con profesionales, sino además que determine, a partir de una sentencia de un tribunal supremo nacional, si una cláusula como la incorporada a un contrato específico es abusiva». Por su parte, el Tribunal Supremo en la STS (1ª), de 14 de junio de 2024 no hace ninguna alusión a este aspecto.

En este punto debemos hacer una valoración sobre los argumentos que ha utilizado el Tribunal comunitario para rechazar la existencia de un conocimiento por parte de los consumidores derivado de la publicación de una sentencia del Tribunal Supremo. La jurisprudencia comunitaria viene articulando el concepto de «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz» conforme a dos elementos: la actitud del consumidor y los conocimientos del consumidor medio<sup>29</sup>.

En el caso concreto, las campañas de información y publicidad desplegadas por las asociaciones de consumidores y los despachos profesionales en todos los medios de comunicación sobre la declaración de nulidad por parte del Tribunal Supremo de varias cláusulas insertas en contratos de préstamos hipotecarios, impiden considerar en nuestra opinión que el «consumidor medio» español no estuviera informado del carácter potencialmente abusivo de este tipo de estipulaciones. El pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea descartando que los consumidores conozcan la Jurisprudencia de un tribunal nacional, se deriva de su naturaleza de órgano supranacional, y de la imposibilidad de valorar las circunstancias excepcionales de difusión que se dieron a estos pronunciamientos judiciales. No obstante lo anterior, no parece coherente con la articulación del concepto de «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz» el rechazo por parte del Tribunal comunitario en su Sentencia de 25 de abril de 2024 a que el consumidor realice un papel activo en la información sobre sus derechos y en el conocimiento de si la cláusula de su préstamo puede ser abusiva.

Una vez realizada esta apreciación, señalábamos que, si bien podría entenderse que la valoración del conocimiento que deben hacer los tribunales es la de un «consumidor medio», lo cierto es que la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>30</sup> que interpreta el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de enero de 2024, tiene en consideración en su voto particular para la determinación del conocimiento del prestatario, la interposición por parte del consumidor demandante de una reclamación extrajudicial a la entidad bancaria. Se mantiene en el voto particular que, si antes de que expire el plazo de prescripción y con tiempo suficiente, el prestatario consumidor plantea una reclamación extrajudicial, no puede considerarse que no ha conocido de la nulidad de la cláusula porque es consciente de los derechos que la Ley le ofrece para impugnar la cláusula litigiosa.

En la Sentencia de 25 de abril de 2024 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce que, la valoración del carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado con consumidores, debe realizarse considerando en particular todas las circunstancias que concurran en su celebración. En especial, cuando el carácter abusivo de una cláusula puede ser resultado de que esta adolezca de falta de transparencia. Así pues, afirma que no cabe presumir que una determinada cláusula contractual es abusiva, pues tal calificación puede depender de las circunstancias específicas de la celebración de cada contrato y, especialmente, de la información particular que cada profesional haya proporcionado a cada consumidor (*vid.* párrafo 44). Este argumento es también reproducido en la STS (1ª), de 14 de junio de 2024 (*vid.* Fundamento Jurídico séptimo, apartado segundo, último párrafo), aunque sin alusión a la falta de transparencia.

Las reflexiones del Tribunal comunitario sobre la información proporcionada por el prestamista en el momento de celebración del contrato y su incidencia en la valoración de la abusividad de una cláusula, no nos parecen adecuadas en el ámbito de la cuestión prejudicial planteada. El motivo es que esta cuestión versa sobre la cláusula de gastos hipotecarios y la opinión doctrinal mayoritaria es que la nulidad de esta cláusula radica en la no superación del control de contenido<sup>31</sup> por el desequilibrio que genera entre las partes del contrato.

En la doctrina existe una apuesta hacia la valoración del conocimiento individualizado que de la eventual nulidad de la cláusula pueda tener el «consumidor demandante», fundamentalmente, en atención a la existencia de reclamaciones extrajudiciales previas a la interposición de una demanda y en relación a las circunstancias subjetivas del demandante.

No cabe duda de que el planteamiento de una reclamación extrajudicial ante el servicio de atención al cliente por el prestatario es una prueba de su cognoscibilidad respecto de los hechos, pero también, de la eventual valoración jurídica de la cláusula y de sus efectos, atendida por nuestra Ley de Enjuiciamiento Ci-

vil<sup>32</sup>. En este tipo de reclamaciones extrajudiciales es habitual que incluyan la referencia al préstamo con garantía hipotecaria, los gastos que se abonaron en virtud de la cláusula, la solicitud de reconocimiento de la abusividad de la cláusula y la reclamación económica de los gastos abonados.

El contenido de estas reclamaciones extrajudiciales además de interrumpir el plazo de prescripción (artículo 1973 del Código Civil), va a constituir una prueba sobre la cognoscibilidad del prestatario que podrá ser determinante para el inicio del plazo de prescripción. Se acepta de esta forma la postura del voto particular formulado por el Magistrado D. Luis Rodríguez Vera en la SAP Barcelona (15<sup>a</sup>), de 15 de marzo de 2024.

Mayores problemas plantea en torno a la realización de un juicio de cognoscibilidad, la valoración de las circunstancias subjetivas del concreto prestatario consumidor, por ejemplo, por su condición de profesional de la Abogacía. La admisión de esta condición como determinante de la cognoscibilidad no consideramos que sea conforme a la interpretación que viene haciendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En esta línea ha mantenido que una persona física que ejerce la Abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» cuando dicho contrato no esté vinculado a su actividad profesional [*vid.* STJUE de 3 de septiembre de 2015 (ECLI:EU:C:2015:538)].

Para el Tribunal comunitario los conocimientos técnicos del particular no resultan valorables para la determinación de su condición a efectos de la Directiva 93/13/CEE, porque será el contrato específico que suscriba el que establecerá su posición en él, ya que la finalidad de esta Directiva no se circunscribe exclusivamente a resolver el desequilibrio informativo, sino también al poder de negociación de las condiciones contractuales predispuestas por el profesional y sobre las que no puede influir el consumidor<sup>33</sup>.

### 3. LA FIRMEZA DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD COMO ACONTECIMIENTO PARA EL INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN: LA ADAPTACIÓN A NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

El Tribunal comunitario en su resolución de 25 de abril de 2024 tras rechazar como acontecimientos relevantes para el inicio del cómputo del plazo de prescripción la fecha de abono o de liquidación de los gastos y las de la jurisprudencia nacional sobre la nulidad de la cláusula de gastos, plantea como alternativa, la fecha en que adquiere firmeza la resolución que declara abusiva la cláusula contractual y la anula (*vid.* párrafos 32-34 de la resolución).

La aceptación de este acontecimiento como *dies a quo* del plazo de prescripción convierte a la acción de restitución, prácticamente, en imprescriptible<sup>34</sup>, aunque se le reconozca incidencia, a efectos del inicio del cómputo del plazo de prescripción, a la interposición de una reclamación extrajudicial ante la entidad bancaria [vid. SAP León (1ª), de 12 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APO:2024:913) y de 18 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APLE:2024:495)]<sup>35</sup>. De modo que si no consta cuándo el consumidor tuvo conocimiento de sus derechos, en tanto que quien alega la prescripción tiene que demostrar el inicio del cómputo del plazo, puede entenderse que existe este conocimiento en el momento en que se dirige una reclamación extrajudicial frente a la entidad bancaria, por ser un acto que revela el eventual conocimiento de la abusividad de la cláusula.

La determinación del inicio del cómputo del plazo de prescripción desde la firmeza de la resolución que reconoce la nulidad de la cláusula fue asumida antes de la STS de 14 de junio de 2024, por algunas Audiencias Provinciales [vid. SAP Zaragoza (5ª), nº 337/2024, de 3 de mayo]<sup>36</sup>. Sin embargo, consideramos que en tanto que la propuesta realizada por el Tribunal comunitario no resultaba vinculante, no debería haber sido asumida por el Tribunal Supremo ni por el resto de órganos judiciales.

En primer lugar, se pueden aducir cuestiones de oportunidad. La aceptación de este planteamiento nos llevaría a una situación de incertidumbre indeseable en las relaciones jurídicas, porque el ejercicio de la acción restitutoria podría posponerse *sine die* desde la fecha en la que se celebró el contrato, incluso cuando el contrato ya estuviera extinto entre las partes. Además, este planteamiento sería contrario a la economía procesal, porque se requerirán dos procedimientos judiciales para obtener la restitución de las cantidades indebidamente abonadas —objetivo último de la declaración de nulidad de la cláusula—.

Por otro lado, supone la difuminación de los contornos de las acciones y del procedimiento. La supeditación del inicio del plazo de la acción resarcitoria a la obtención de una resolución firme comporta la reducción de una acción declarativa como es la acción de restitución de cantidades, en una suerte de acción ejecutiva basada en sentencia. Una prueba de ello, es que la SAP Girona (1ª), de 8 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APGI:2021:89) justifica normativamente el inicio del cómputo del plazo de esta acción personal a partir de la fecha de la firmeza de la acción de nulidad en el artículo 1971 del Código Civil que dispone que «*el tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que la sentencia quedó firme*». Si bien esta regla especial de la prescripción permitiría asumir el criterio del Tribunal comunitario, lo cierto es que no es coherente con la naturaleza de la acción ejercitable.

Las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea analizadas insisten en la idea de que para el cumplimiento del *principio de efectividad* es necesario que el consumidor conozca los hechos y la valoración jurídica de los mismos. Sin embargo, la fijación del inicio del cómputo del plazo de prescripción en la fecha de firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios excluye en el ejercicio de la acción de restitución, la incertidumbre propia de cualquier proceso judicial. La aceptación de esta tesis comporta que el consumidor cuando plantee la acción de restitución ya será conocedor no de la eventual abusividad de su cláusula porque otras semejantes han sido consideradas nulas, sino que tendrá una declaración judicial de nulidad de su estipulación concreta. Este planteamiento, en nuestra opinión, excede de la protección que la Directiva 93/13/CEE dispensa a los consumidores, y por otro lado, desdibuja la propia articulación del proceso jurisdiccional.

La asunción, por tanto, de esta propuesta del Tribunal comunitario sobre el *dies a quo* para la fijación del inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución presenta un difícil encaje en nuestro ordenamiento jurídico. Así, se ha propuesto por parte del Profesor MARÍN LÓPEZ (2024: 121) configurar el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula como un supuesto de suspensión de la prescripción, y no como un requisito del *dies a quo*<sup>37</sup>. Según su planteamiento, el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos se inicia cuando el consumidor recibe de la gestoría las facturas con los gastos abonados, pues en ese momento conoce los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar. Cuando quedan dos años para que el plazo de prescripción finalice (de admitirse el plazo de dos años, como “periodo de seguridad”), se suspende el plazo durante el tiempo en el que el consumidor siga ignorando que la cláusula es potencialmente abusiva. El plazo volverá a correr cuando el consumidor pueda conocer esa valoración jurídica y tendrá dos años para el ejercicio de la acción<sup>38</sup>.

La conveniencia de incorporar la suspensión de la prescripción en el Código Civil fue ya planteada por Comisión General de Codificación en su «reforma de la prescripción y la caducidad propuesta»<sup>39</sup>. Esta propuesta plantea en su artículo 1966, la determinación de un plazo de prescripción de 5 años para las acciones personales que no tengan plazo especial y se incorpora la posibilidad de que ese plazo quede en suspenso mientras el acreedor no haya podido conocer la identidad del deudor o los hechos que hayan dado lugar al nacimiento del crédito, incluidos, en el caso de indemnización por daños y perjuicios, la índole y alcance del daño causado. En todo caso, la suspensión del inicio del cómputo del plazo no podrá exceder de cinco años.

El principal problema que se articula respecto a una posible suspensión del plazo de ejercicio de la acción, es que nuevamente no tiene presencia en nuestro

Código Civil, sin perjuicio de que otras normas de nuestro ordenamiento jurídico la reconozcan (*vid.* artículo 955 del Código de Comercio, artículo 4.1 de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles o, en vía administrativa, a modo ejemplificativo, artículo 120 de la Ley 39/2015). En cambio, los artículos 120-15 y ss del Código civil catalán<sup>40</sup> articulan una serie de causas de suspensión por fuerza mayor, por razones personales y familiares, por la situación de herencia yacente y por mediación, aunque no prevén como posible causa de suspensión, el desconocimiento del acreedor de la obligación.

El carácter excepcional<sup>41</sup> que tiene la suspensión justifica que deba ser objeto de una aplicación e interpretación restrictiva, y por tanto, de un reconocimiento normativo específico. Sin que en nuestra opinión sea suficiente con el reconocimiento de *lege data*<sup>42</sup>, basado en la interpretación que en clave subjetiva se atribuye al Tribunal Supremo en relación con la determinación del *dies a quo*, por los motivos que se han señalado anteriormente. Ni tampoco por la supuesta derogación de la *regla contra non valentem agere non currit praescriptio*, por el art. 1932 CC.

Podemos concluir señalando que el instituto de la prescripción en nuestro Código Civil requiere de una revisión completa y coherente, en la que se reflexione sobre la adopción o no, de un criterio subjetivo en la determinación del *dies a quo* de los plazos de prescripción, con la correspondiente adecuación de la duración de los plazos o la posibilidad de reconocer, la suspensión de éstos en las acciones civiles.

Las Sentencias analizadas no hacen más que poner en evidencia esta cuestión, máxime cuando el Tribunal Supremo ha aceptado en su STS (1ª), de 14 de junio de 2024 la propuesta realizada por el Tribunal de Justicia de iniciar el cómputo del *dies a quo* de la acción de restitución desde la fecha de firmeza de la sentencia que declare la nulidad de la cláusula. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea adopta un criterio subjetivo para el inicio del cómputo, en coherencia con otros pronunciamientos anteriores respecto a países de nuestro entorno, cuyas normativas tienen en consideración el factor del conocimiento para la determinación del *dies a quo*. Esta situación derivada de que no exista una previsión comunitaria sobre este tipo de acciones, se distorsiona todavía más cuando se plantean por parte de órganos judiciales españoles varias cuestiones prejudiciales para la determinación del inicio del plazo para el cómputo bajo dos normativas que emplean criterios distintos.

#### IV. BREVE RECAPITULACIÓN

- I. La determinación de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios ha dado lugar a un gran debate doctri-



nal y jurisprudencial. Desde la aprobación de la LCCI que ha determinado normativamente la distribución de los gastos de formalización entre el prestamista y el prestatario, el debate se ha centrado en la cuestión de la prescripción de la acción de restitución y en la determinación de su *dies a quo*.

- II. Nuestro ordenamiento jurídico ha previsto que la acción de nulidad es imprescriptible y que la acción de restitución de cantidades está sujeta al plazo de prescripción de las acciones personales. Esta articulación ha sido considerada conforme al Derecho comunitario por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siempre que respete los *principios de equivalencia* y *efectividad* previstos en la Directiva 93/13/CEE.
- III. El instituto de la prescripción en el Código Civil se ha articulado con carácter general mediante un criterio objetivo que permite la fijación del *dies a quo* en una fecha determinable. Sin embargo, existen normas vinculadas a la responsabilidad civil como el artículo 1902 del Código Civil y en otras Leyes especiales, que adoptan un criterio subjetivo para la determinación del inicio del plazo de prescripción.

Si bien hay autores que abogan por una interpretación de las reglas de prescripción en clave subjetiva y que existen pronunciamientos del Tribunal Supremo en esta línea, lo cierto es, que no se aplican criterios interpretativos distintos a los establecidos en el artículo 3 del Código Civil a las reglas sobre el cómputo de los plazos de prescripción.

En algunas legislaciones forales, países de nuestro entorno y en las propuestas comunitarias de los *Principles of European Contract Law* y de los *Draft Common Frame of Reference* se asumen criterios subjetivos para la determinación del inicio del cómputo de los plazos de prescripción. Sin embargo, la adopción de un criterio u otro es una cuestión de política legislativa que, en caso de desear su modificación, requerirá una adaptación global de todo el instituto de la prescripción.

- IV. La conformidad al Derecho comunitario de la imprescriptibilidad de la acción declarativa y de la sujeción a un plazo de prescripción de la acción de restitución, bajo los parámetros del respeto a los *principios de equivalencia* y *efectividad*, generó en las Audiencias Provinciales españolas una diversidad de criterios en torno al acontecimiento determinante para el inicio del plazo de prescripción de la acción. Hubo órganos judiciales que optaron por considerar que la

acción de restitución no estaba sujeta a un plazo de prescripción por tratarse de una consecuencia jurídica de la declaración de nulidad y, entre las Audiencias Provinciales que reconocen la sujeción a un distinto plazo de prescripción de las dos acciones, podemos diferenciar tres posturas: el inicio del cómputo del plazo desde que hubo una jurisprudencia nacional que declaraba la nulidad de la cláusula, el inicio del cómputo desde la fecha del pago de las facturas de los gastos (o, de la liquidación de la provisión de fondos realizada por el prestatario) y, por último, desde la declaración de nulidad de la cláusula de gastos.

- V. La diversidad jurisprudencial en torno al *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución justificó que se plantearan distintas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Tribunal comunitario rechazó en las SSTJUE de 25 de enero y 25 de abril de 2024 que fuera conforme al *principio de efectividad* la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución en la fecha en la que se realizó el pago de las facturas y también desde un pronunciamiento del Tribunal Supremo español declarando la nulidad de la cláusula. El argumento utilizado es que en esas fechas no puede garantizarse que el consumidor fuera conocedor de los hechos y de la valoración jurídica de las circunstancias para el ejercicio de las acciones. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea propone en su resolución de 25 de abril de 2024 que respeta los principios de equivalencia y de efectividad el inicio del cómputo del plazo a partir de la fecha de firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos.
- VI. El Tribunal Supremo en su STS (1ª), de 14 de junio de 2024 adopta la propuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea efectuada en su STJUE de 25 de abril de 2024. En esta sentencia el Alto Tribunal considera como *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios la fecha de firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula, salvo que la entidad prestamista pueda probar, en el marco de sus relaciones contractuales, que el concreto consumidor pudo conocer en una fecha anterior que la estipulación de los gastos era abusiva. En este pronunciamiento el Tribunal Supremo rechaza ahondar en el fondo de la cuestión, porque considera que no es una competencia de la Sala la realización de consideraciones de orden doctrinal sobre el contenido de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea, ni sobre sus implicaciones en el sistema general de Derecho privado de los diferentes Estados miembros, al igual que tampoco, optar por soluciones no previstas en el ordenamiento jurídico español, aunque de *lege ferenda*, pudieran resultar plausibles y convenientes.

- VII. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de abril de 2024 aborda aspectos que, en nuestra opinión, exceden de las cuestiones prejudiciales que fueron planteadas por el Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona y por el Tribunal Supremo y que distorsionan todavía más el tratamiento de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios y, en especial, de los efectos derivado de su nulidad.

Nos estamos refiriendo en primer lugar al rol que se atribuye a las entidades bancarias como *pseudo* garantes de los derechos de los consumidores. La asimetría informativa y el papel preponderante de las entidades bancarias en la celebración de los contratos justifica la protección que otorga el Derecho comunitario y, en concreto, la Directiva 93/13/CEE. No obstante, no se puede pretender que las entidades bancarias realicen una labor proactiva de información para que los consumidores ejerciten los derechos que les reconoce la Directiva en contra de sus intereses particulares.

Por otro lado, el Tribunal comunitario plantea la necesidad de tener en consideración para la valoración de la abusividad de la cláusula las circunstancias concurrentes en su celebración, en especial cuando el carácter abusivo pueda estar vinculado a la falta de transparencia. El Tribunal plantea como parámetros valorativos las circunstancias específicas de la celebración de cada contrato y la información particular que cada profesional haya proporcionado a cada consumidor. La doctrina mayoritaria y nuestros órganos judiciales consideran que la abusividad de la cláusula de gastos hipotecarios es nula por no superar el control de contenido, de modo que no es valorada conforme a parámetros de transparencia.

Este aspecto excede del tratamiento de las cuestiones prejudiciales planteadas, sin embargo, hubiera sido más adecuado que en relación con el tratamiento del plazo de prescripción de la acción de restitución se planteara, de forma más pormenorizada, que la cognoscibilidad del consumidor sobre la eventual nulidad de la cláusula de gastos puede determinarse en un momento anterior a la fecha que propone, esto es, la firmeza de la sentencia de nulidad de la cláusula, cuando existan circunstancias específicas que demuestren este conocimiento.

- VIII. En nuestra opinión, la propuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que fija la fecha de inicio del cómputo de la acción de resti-

tución de los gastos a partir de la firmeza de la sentencia declarativa de la nulidad, no debería haber sido asumida por el Tribunal Supremo ni por nuestras Audiencias Provinciales.

En este rechazo concurren razones de oportunidad, como la incertidumbre que proporciona a las relaciones jurídicas la posibilidad de ejercitar estas acciones aun cuando el contrato pueda estar extinto entre las partes y la necesidad de plantear dos procedimientos judiciales para la obtención de la restitución de las cantidades indebidamente abonadas, que resulta contrario a la economía procesal.

Por otro lado, la aceptación de este criterio conlleva la difuminación de los contornos de las acciones y del procedimiento. La supeditación del inicio del plazo de la acción resarcitoria a la obtención de una resolución firme comporta la reducción de una acción declarativa como es la acción de restitución de cantidades en una suerte de acción ejecutiva. Además, la fijación de esta fecha para el inicio del cómputo excluye en el ejercicio de la acción de restitución, la incertidumbre propia de cualquier proceso judicial.

- IX. Además de las razones expuestas, la asunción de la propuesta del Tribunal comunitario sobre el *dies a quo* para la fijación del inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución presenta un difícil encaje en nuestro ordenamiento jurídico. Se ha planteado incorporar el criterio de la cognoscibilidad como una causa de suspensión del plazo de prescripción, sin embargo, el carácter excepcional que tiene la suspensión justifica que deba ser objeto de una aplicación e interpretación restrictiva, y por tanto, de un reconocimiento normativo específico que no tienen cabida en nuestro Código Civil.
- X. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha realizado una interpretación en clave subjetiva sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución, al requerir el conocimiento del prestatario en torno a los hechos y consecuencias jurídicas que no encaja con la regla contenida en el artículo 1964.2 del Código Civil. La tendencia hacia la adopción normativa de un criterio subjetivo en el ámbito de la prescripción es clara. Sin embargo, su asunción requiere de una modificación normativa del Código Civil, acompañada de una revisión global del instituto de la prescripción en torno a su configuración y de la duración de los plazos de prescripción o la posibilidad de incorporar una previsión comunitaria sobre las acciones aplicables a la declaración de nulidad de cláusulas predisuestas.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CAMPOY, J.M. (2011). La prescripción en el derecho civil de Cataluña: ¿es aplicable la normativa catalana solamente cuando existe regulación propia de la pretensión que prescribe? *InDret: Revista para el análisis del Derecho*.
- AGÜERO ORTIZ, A. (2024). Fin del debate sobre el plazo de prescripción de la acción de restitución de las cláusulas de gastos hipotecarios: la acción no está prescrita: Comentario a la STJUE 25-04.2024 *Revista CESCO de Derecho de Consumo*.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *La prescripción extintiva*, Centro de Estudios Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.
- ARROYO APARICIO, A. (2016). Abogado considerado como «consumidor»: STJUE de 3 de septiembre de 2015, Asunto C110/14, *RDUNED Revista de derecho UNED*, nº 19, 71-96.
- BENDITO CAÑIZARES, M.T. (2023). Las claves olvidadas en el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente cargados al consumidor: el «abuso de la prescripción», la inexistencia de «causa retinendi» y el «realismo jurídico» (primera parte) *Revista Crítica de Derecho* nº 796, 853-918.
- BENDITO CAÑIZARES, M.T. (2023). Las claves olvidadas en el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente cargados al consumidor: el «abuso de la prescripción», la inexistencia de «causa retinendi» y el «realismo jurídico» (segunda parte) *Revista Crítica de Derecho* nº 797, 1291-1337.
- CAMACHO PEREIRA, C. (2023). *Dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades indebidamente satisfechas como consecuencia de la nulidad de cláusulas abusivas. En RUDA GONZÁLEZ, A. (dir.) *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: materiales del VI Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, Sepín, Madrid, 202-218.
- CAÑIZARES LASO, A. (2018). Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial, el *dies a quo* *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, nº 4, 89-138.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (2020) Distribución de gastos hipotecarios, comisión de apertura, plazo de prescripción de la acción restitutoria e imposición de costas judiciales: La STJUE de 16 de julio de 2020 y su incidencia en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. *Actualidad Civil*, nº11.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A. (2005). *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2008). Extinción de los derechos subjetivos: Prescripción y caducidad. En DE PABLO CONTRERAS, P., MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. Y PARRA LUCÁN, M.A. *Curso de Derecho civil: Derecho de la persona*, Colex, Majadahonda (Madrid), 289-322.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.M. (2007). *La prescripción extintiva: en el Código Civil y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson Civitas, Madrid.
- GALINDO MANRÍQUEZ, D. (2020). Suspensión de la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual. Análisis dogmático y jurisprudencial. *Revista de derecho (Concepc.)*, vol.88, nº 248.

- GONZÁLEZ VAQUÉ, L. (2005). La noción de consumidor en el Derecho comunitario del Consumo. *Estudios sobre consumo*, nº 75, 25-42.
- MATE SATUÉ, L.C. (2019). La solución propuesta por la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario a las cláusulas conflictivas insertas en contratos de préstamo hipotecario. *Revista jurídica sobre consumidores y usuarios*, nº 6, 6-19.
- MATE SATUÉ, L.C. (2019). Transparencia y abusividad de la cláusula de gastos en los préstamos para adquisición de vivienda. (Análisis de la situación anterior y posterior a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 772, 921-954.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2024). Las SSTJUE de 25 de enero y 25 de abril de 2024 no exigen que el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios se inicie con la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 50.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2017). La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 22, 86-99.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2014). El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil. En: *La prescripción extintiva: XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 15-234.
- MARTÍNEZ GÓMEZ, S. (2021). Se reaviva el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios tras la nota informativa del Ministerio de Consumo de 17.11.2020. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 37, 12-32.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.L. (2018). ¿Son abusivas las cláusulas que imponen al consumidor el pago de los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 765, 143-192.
- RIBÓN SEISDEDOS, E. (2017). *Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios. Acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas*, Sepín, Madrid.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2002). *La suspensión de la prescripción extintiva en el Código Civil Español. Estudio crítico de la legalidad vigente*, Dykinson, Madrid.
- ZIMMERMANN, R. (2008). *El nuevo Derecho alemán de obligaciones: Un análisis desde la historia y el Derecho comparado*, Bosch, Barcelona.

## NOTAS

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca dentro de los Proyectos «Consumidor, vulnerabilidad y vivienda sostenible» (PID2021-125149NB-I00) del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y del Grupo de Investigación del Gobierno de Aragón sobre «Gestión Jurídica de Negocios, Instrumentos y Organizaciones Innovadores (LEGMIBIO)». El capítulo se adscribe, igualmente, a las actividades investigadoras del «Instituto Universitario de Investigación en Empleo, Sociedad Digital y Sostenibilidad (IEDIS)».

<sup>2</sup> La primera ocasión en la que el Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios fue en la STS (1ª), de 23 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5618). En relación al sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, la Sala 3ª del Tribunal Supremo modificó su jurisprudencia, mediante las SSTS (3ª), de 16 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3422), 22 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3511) y 23 de octubre de 2018 que derivaron en una modificación normativa de urgencia, a través del Real Decreto Ley 17/2018, de 8 de noviembre. Con posterioridad, se determinó el reparto de los gastos mediante cuatro SSTS (1ª), de 23 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:101; ECLI:ES:TS:2019:105; ECLI:ES:TS:2019:104 y ECLI:ES:TS:2019:103).

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cláusula de gastos hipotecarios en la STJUE de 16 de julio de 2020 (ECLI:EU:C:2020:578).

<sup>3</sup> Como ya tuve ocasión de comentar en MATE SATUÉ, L.C. (2019). La solución propuesta por la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario a las cláusulas conflictivas insertas en contratos de préstamo hipotecario. Revista jurídica sobre consumidores y usuarios, nº 6, 19, la regulación que realiza la LCCI sobre las principales cláusulas de los contratos de crédito inmobiliario supone una limitación al principio de autonomía de la voluntad, justificado por la situación judicial generada en atención al número de reclamaciones judiciales y la disparidad de criterios de las Audiencias Provinciales sobre los efectos de la declaración de nulidad de las estipulaciones.

<sup>4</sup> El artículo 1964.2 del Código Civil fue modificado por la Ley 42/2015 reduciendo el plazo de prescripción previsto para las acciones personales de quince a cinco años y, estableciendo un régimen transitorio recogido en la Disposición Transitoria 5ª de la referida Ley. Por otro lado, los RD 463/2020 y 537/2020, suspendieron el cómputo de los plazos de prescripción en atención al estado de alerta declarado durante 82 días, desde el 14 de marzo hasta el 3 de junio de 2020.

<sup>5</sup> Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). La prescripción extintiva, Centro de Estudios Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 25-26, DíEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.M. (2007). La prescripción extintiva: en el Código Civil y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Thomson Civitas, Madrid, 125, DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A. (2005). Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica, Dykinson, Madrid, 65, 66 y 95.

<sup>6</sup> Vid. SAP Girona (1ª), de 8 de febrero de 2021 (ES: APCI:2021:89) y SAP Oviedo (1ª), de 7 de abril de 2021 (ES: APO:2021:1116).

<sup>7</sup> BENDITO CAÑIZARES, M.T. (2023). Las claves olvidadas en el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente cargados al consumidor: el «abuso de la prescripción», la inexistencia de «causa retinendi» y el «realismo jurídico» (primera parte). Revista Crítica de Derecho, nº 796, 869, cuando trata esta cuestión, ejemplifica

que en los supuestos derivados de una simulación —donde la nulidad del negocio es total—, la acción de restitución de los efectos resulta imprescriptible.

<sup>8</sup> BENDITO CAÑIZARES, M.T. (2023). op. cit (primera parte), 871 y 873.

<sup>9</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. (2008). Extinción de los derechos subjetivos: Prescripción y caducidad. En DE PABLO CONTRERAS, P., MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. y PARRA LUCÁN, M.A.; Curso de Derecho civil: Derecho de la persona, Colex, Majadahonda (Madrid), 293.

<sup>10</sup> CAÑIZARES LASO, A. (2018). Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial, el dies a quo. Revista de Derecho Civil, vol. 5, nº 4, 103.

<sup>11</sup> CAÑIZARES LASO, A. (2018). ob. cit., 93.

<sup>12</sup> En esta línea, RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2002). La suspensión de la prescripción extintiva en el Código Civil Español. Estudio crítico de la legalidad vigente, Dykinson, Madrid, 122 y 123 plantea que para el ejercicio de la acción prevista en el artículo 1969 del Código Civil es necesario que el titular tenga no sólo una posibilidad objetiva para su ejercicio, en atención a la situación jurídica de la pretensión, sino también una posibilidad efectiva personal basada en el conocimiento cierto o razonable o MARÍN LÓPEZ, M.J. (2014). El dies a quo del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil. En La prescripción extintiva: XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 160 y ss que exige para que pueda ejercitarse la acción, que la pretensión haya nacido y sea jurídicamente ejercitable, que el acreedor tenga una posibilidad real y efectiva de ejercitar la pretensión y, por último, que el acreedor conozca, o debiera haber conocido si hubiera con la diligencia debida, los hechos que fundamentan su pretensión y la identidad de la persona contra la que reclama.

<sup>13</sup> En esta resolución el Tribunal Supremo considera que la expresión “desde que pudieron ejercitarse” prevista en el artículo 1969 del Código Civil “presenta una clara expresión práctica que debe valorarse o configurarse jurídicamente. Pues bien, en este contexto la proyección de la buena fe resulta decisiva para valorar el íter del fenómeno prescriptivo, desde la lesión del derecho subjetivo, como posible inicio del cómputo para el ejercicio de la acción, hasta la posibilidad de su ejercicio, conforme a unos criterios de ética social en las relaciones jurídicas y unos parámetros de diligencia básica y de razonable confianza en la apariencia creada”.

<sup>14</sup> Sobre el criterio subjetivo para la determinación del dies a quo en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, puede verse, la STS (1ª), de 21 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3538), de 24 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1998) o, de 25 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5229).

<sup>15</sup> ZIMMERMANN, R. (2008). El nuevo Derecho alemán de obligaciones: Un análisis desde la historia y el Derecho comparado, Bosch, Barcelona, 147 y 149 reconoce que el criterio subjetivo de prescripción resulta preferible porque supera la certeza del que caracteriza al criterio objetivo, ya que cuando establece un plazo adecuado pero diferenciado a cada pretensión, genera problemas de delimitación, líneas doctrinales erróneas, deformaciones conceptuales y un incremento innecesario de litigios.

<sup>16</sup> ABRIL CAMPOY, J.M. (2011). La prescripción en el derecho civil de Cataluña: ¿es aplicable la normativa catalana solamente cuando existe regulación propia de la pretensión que prescribe? InDret: Revista para el análisis del Derecho, 8 (según numeración del pdf) reconoce como el artículo 121-23 CCCat incorpora como parámetro para la determinación del dies a quo del cómputo de los plazos de prescripción, el criterio subjetivo, de modo que el inicio de los plazos de prescripción se fija en el momento en que la persona titular de la pretensión conoce o



puede conocer, con un criterio de razonabilidad, las circunstancias que fundamentan la pretensión y la persona contra la que se puede ejercer.

<sup>17</sup> Esta circunstancia ha hecho que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se haya pronunciado respecto a otros ordenamientos jurídicos sobre los plazos de prescripción y su acomodo a la Directiva 93/13/CEE. Vid. sobre la normativa polaca, la STJUE 8 de septiembre de 2022 (ECLI:EU:C:2022:646), sobre la francesa, la STJUE 10 de junio de 2021 (ECLI:EU:C:2021:470), sobre la normativa eslovaca, la STJUE de 22 de abril de 2021 (ECLI:EU:C:2021:313) o la STJUE de 9 de julio de 2020 (ECLI:EU:C:2020:537) sobre la normativa rumana. Esta última resolución ha sido objeto de comentario y comparación con la situación judicial española por CAMACHO PEREIRA, C. (2023). *Dies a quo del plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades indebidamente satisfechas como consecuencia de la nulidad de cláusulas abusivas*. En Ruda González, A. (dir.) *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: materiales del VI Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, Sepín, Madrid, 202-218.

<sup>18</sup> Vid. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (2020) *Distribución de gastos hipotecarios, comisión de apertura, plazo de prescripción de la acción restitutoria e imposición de costas judiciales: La STJUE de 16 de julio de 2020 y su incidencia en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*. *Actualidad Civil*, nº 11.

<sup>19</sup> Vid. artículo 2224 del Código Civil francés, artículo 442.1 del Código civil polaco, artículo 107.1 del Código Civil eslovaco y el artículo 8 del Decreto no 167 relativo a la prescripción extintiva de Rumanía.

<sup>20</sup> A favor de esta postura destacamos a RIBÓN SEISDEDOS, E. (2017). *Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios. Acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas*, Sepín, Madrid, 197 quien mantiene que como se trata de una consecuencia inherente a la nulidad, no hay inconveniente por el plazo de prescripción de la acción, de modo que, no hay fecha límite para la devolución de los gastos satisfechos. En contra de la sujeción a un plazo de prescripción de la acción de restitución se muestra MARÍN LÓPEZ, M.J. (2017). *La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados*. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 22, 88.

<sup>21</sup> Después de la STJUE de 25 de enero de 2024, la Audiencia de Oviedo (Sección 1ª), admite la sujeción de la acción de restitución a un plazo de prescripción, aunque no se pronuncia sobre el acontecimiento determinante para el inicio del cómputo de la acción de restitución. [Vid. SAP Oviedo (1ª), de 12 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APO:2024:913)].

<sup>22</sup> Las distintas posturas de las Audiencias Provinciales en torno a la determinación del dies a quo del plazo de prescripción de la acción de restitución derivada de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, quedan muy bien descritas en la SAP Palencia (1ª), de 19 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:APP:2019:617).

<sup>23</sup> La Audiencia Provincial de Zaragoza tiene en consideración como dies a quo para la acción de prescripción de los gastos hipotecarios, el 10 de mayo de 2013, por considerar que, a partir de ese momento, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, podía estar en posesión de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para litigar sobre la nulidad y el alcance restitutorio de la cláusula de gastos [vid. SAP Zaragoza (5ª), de 21 de diciembre de 2021].

<sup>24</sup> En contra de la utilización de este criterio, se pronuncia MARTÍNEZ GÓMEZ, S. (2021). *Se reaviva el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios tras la nota informativa del Ministerio de Consumo de 17.11.2020*. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 37, 26 y 27 aludiendo a tres razones: la primera, que la Jurisprudencia

no es fuente del ordenamiento jurídico que deba ser conocida por todos los ciudadanos, en segundo lugar, porque el Tribunal comunitario con ocasión de la cláusula suelo determinó que su pronunciamiento de 2013 no podía suponer un límite a la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad esa cláusula y, por último, porque el conocimiento que exige el artículo 1969 del Código Civil es de hechos y no de derechos.

<sup>25</sup> Este criterio puede verse, desde la SAP Barcelona (Sección 15ª), 25 de julio de 2018 (ECLI:ES:APB: 2018:8760).

<sup>26</sup> El Juzgado de Primera Instancia nº 8 de A Coruña ha planteado como cuestión prejudicial si contraviene la Directiva 93/13/CEE y el principio de equivalencia aplicar la posibilidad de disociar nulidad por abusividad y efectos restitutorios, manteniendo la imprescriptibilidad de la nulidad y al tiempo la prescriptibilidad de la acción restitutoria, cuando en el ordenamiento interno español no hay norma alguna, ni doctrina jurisprudencial que lo aplique a otras relaciones jurídicas.

<sup>27</sup> En la propia Sentencia del Tribunal Supremo (1ª), de 14 de junio de 2024 se rechaza en el Fundamento Jurídico séptimo la petición que realiza la parte demandada de plantear una nueva cuestión prejudicial al entender que, a la vista de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la cuestión constituye ya un acto aclarado.

<sup>28</sup> AGÜERO ORTIZ, A. (2024). Fin del debate sobre el plazo de prescripción de la acción de restitución de las cláusulas de gastos hipotecarios: la acción no está prescrita: Comentario a la STJUE 25-04.2024, Revista CESCO de Derecho de Consumo, 6 advierte para justificar la valoración de que la acción de restitución es imprescriptible por el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a la severidad del reproche que efectúa el Tribunal comunitario a las entidades bancarias.

<sup>29</sup> GONZÁLEZ VAQUÉ, L. (2005). La noción de consumidor en el Derecho comunitario del Consumo Estudios sobre consumo, nº 75, 32-35.

<sup>30</sup> Vid. SAP Barcelona (15ª), 14 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APB:2024:348).

<sup>31</sup> En contra del criterio mayoritario de que la cláusula de gastos hipotecarios es nula en atención al desequilibrio que genera entre las partes del contrato, son partidarias de considerar que esta cláusula adolece de falta de transparencia formal, MORENO-TORRES HERRERA, M.L. (2018). ¿Son abusivas las cláusulas que imponen al consumidor el pago de los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario? Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 765, 179 y MATE SATUÉ, L.C. (2019) Transparencia y abusividad de la cláusula de gastos en los préstamos para adquisición de vivienda. (Análisis de la situación anterior y posterior a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario) Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 772, 945. En este trabajo mantuve que procede examinar en cada caso y de forma particularizada la redacción de la cláusula de gastos hipotecarios al objeto de determinar si la misma resulta concreta y, en su caso, si con anterioridad o simultáneamente a la suscripción del contrato de préstamo hipotecario, la entidad bancaria proporcionó al consumidor información suficiente respecto a los conceptos y cuantía de los gastos que se repercuten por aplicación de la cláusula bien mediante la oferta vinculante o a través de la petición de provisión de fondos.

<sup>32</sup> En la misma línea, MARÍN LÓPEZ, M.J. (2024). Las SSTJUE de 25 de enero y 25 de abril de 2024 no exigen que el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios se inicie con la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 50, 183.

<sup>33</sup> ARROYO APARICIO, A. (2016). Abogado considerado como «consumidor»: STJUE de 3 de septiembre de 2015, Asunto C110/14, RDUNED. Revista de derecho UNED, nº 19, 82.

<sup>34</sup> AGÜERO ORTIZ, A. (2024) op. cit. 6 y 7 mantiene que, a la vista del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25-04-2024, la acción de restitución de la cláusula de gastos no está prescrita, salvo que las entidades bancarias puedan fijar otro momento en que el reclamante conocía la abusividad de la cláusula.

<sup>35</sup> En estas resoluciones la Audiencia Provincial de León considera que corresponde a quien alega la prescripción la demostración del inicio del cómputo del plazo. De modo que, a falta de otras referencias, solo se puede entender que aquél tuvo conocimiento de sus derechos en el momento en que dirigió su reclamación extrajudicial frente a la demandada, por ser este el único acto que revela su conocimiento de la abusividad de la cláusula.

<sup>36</sup> Hasta la publicación de la STJUE de 25 de abril de 2024, la postura mantenida por esta Audiencia Provincial era la de realizar una valoración conjunta de las posibles fechas de inicio del plazo de prescripción, a los efectos de declarar que la acción no estaba prescrita [vid. SAP Zaragoza (5ª), de 4 de enero de 2024 (ECLI:ES:APZ:2024:295)].

<sup>37</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J. (2024). op. cit. 127 aduce tres razones que llevarían a rechazar esta configuración: La primera consiste en que el transcurso del plazo prescriptivo debe afectarse lo menos posible y únicamente, cuando resulte imprescindible. Por otro lado, considera que hay que buscar un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor en la regulación de la prescripción, de modo que al acoger la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea debe hacerse de la manera que menos perjudique al deudor y, por último, rechaza la conveniencia de considerar el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula se trate como un caso de interrupción de la prescripción porque supone el reinicio del cómputo del plazo de prescripción.

<sup>38</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J. (2024). op. cit. 126.

<sup>39</sup> El texto se encuentra disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/areas-actuacion/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas> [última consulta: mayo de 2024].

<sup>40</sup> La Exposición de Motivos de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña, se reconoce como una novedad importante, la introducción de la suspensión de la prescripción, como medio para socorrer a la persona titular del derecho que no ha podido interrumpir la prescripción, por motivos externos y ajenos a dicha persona o por motivos personales o familiares. Se reconoce además que “esta figura, ignorada por el Código civil español y sólo con algún vestigio en el derecho catalán vigente, reclamaba una regulación como categoría general, sin perjuicio de la regulación de los casos específicos en leyes especiales, tal como hacen la mayoría de los ordenamientos extranjeros próximos al catalán”.

<sup>41</sup> GALINDO MANRÍQUEZ, D. (2020). Suspensión de la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual. Análisis dogmático y jurisprudencial. *Revista de derecho (Concepc.)*, vol.88, n° 248.

<sup>42</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J. (2024). op. cit. 124.

*Trabajo recibido el 13 de junio de 2024 y aceptado  
para su publicación el 18 de julio de 2024*



Algunas aproximaciones  
a la importancia de la dogmática civil  
en la codificación mercantil desde la  
filosofía del derecho: especial mención  
a las instituciones contractuales

*The importance of civil dogmatics  
in commercial law codification from  
the perspective of the philosophy of  
law: Special mention to contractual  
institutions*

por

JUAN PALAO UCEDA  
*PhD, Profesor Contratado Doctor  
de la Universidad Francisco de Vitoria. Dirección*

RESUMEN: El artículo trata de ser una contribución a la cuestión de la codificación mercantil y su necesaria conexión con el Derecho común o civil del que se debe partir para constituir un verdadero sistema codificado continental de *civil law*. A tal fin nos servimos de la filosofía del derecho y de la dogmática civil para corroborar como el Derecho, para preservar su estatuto de ciencia, requiere de una dogmática y de principios ordenadores. Posteriormente y sujetándonos nuevamente al carácter práctico de la Ciencia del Derecho, ponemos algunos ejemplos de instituciones contractuales para ilustrar la cuestión teórica debatida.

*ABSTRACT: The article is intended to be a contribution to the commercial codification process in Spain and its necessary connection with civil law. The civil*

*law is the necessary starting point in order to achieve a true continental codified system of civil law. To this end, we make use of both philosophy of law and civil dogmatics which tell us that organizing principles are necessary for the Law to become a Science. Finally, the practical nature of the Science of Law forces us to give some examples of the need of those civil law principles. In that regard we resort to commercial contractual institutions.*

PALABRAS CLAVE: Codificación, Mercantil, Código Mercantil, civil law, dogmática civil.

KEYWORDS: *Codification, Commercial law, Commercial code, civil law, civil dogmatic.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. I.1 OBJETIVO DEL PRESENTE TRABAJO. I.2 METODOLOGÍA.—II. LA NECESIDAD PARA CUALQUIER CIENCIA DE UNOS PRINCIPIOS O DOGMÁTICA: II.1. EL ESTATUTO DE LA CIENCIA DEL DERECHO: II.1.A. *Nacimiento histórico y experiencial del derecho.* II.1.B. *Los conceptos adherentes a toda ciencia.* II.1.C. *Derecho como ciencia práctica: Objeto formal y material.* II.2. LA DOGMÁTICA CIVIL COMO FUNDAMENTO CIENTÍFICO DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN EL DERECHO CONTINENTAL. II.2.A. *Perdurabilidad de la dogmática civil.* II.2.B. *Dogmática civil como cimiento de los ordenamientos jurídicos continentales.*—III. GÉNESIS DEL DERECHO MERCANTIL. III.1. CARÁCTER CONSUETUDINARIO DEL DERECHO MERCANTIL: OBSERVACIÓN Y CONCEPTUALIZACIÓN. III.2. LA DOGMÁTICA CIVIL COMO CIMENTACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL.—IV. HACIA UNA NUEVA CODIFICACIÓN MERCANTIL APEGADA A LA DOGMÁTICA CIVIL. IV.1. SITUACIÓN ACTUAL DE DISPERSIÓN NORMATIVA DEL DERECHO MERCANTIL Y EL MOVIMIENTO CODIFICADOR. IV.2. INSTITUCIONES CONTRACTUALES COMO EJEMPLO DE IMBRICACIÓN ENTRE LA DOGMÁTICA CIVIL Y EL DERECHO MERCANTIL. IV.2.A. *La combinación y absorción de las instituciones contractuales civiles como punto de partida de las instituciones mercantiles.* IV.2.A.a) *Algunos ejemplos de la combinación para construir instituciones mercantiles más complejas a través de instituciones más simples.* IV.2.A.b) *Un ejemplo de la absorción para construir instituciones mercantiles más complejas a través de instituciones más simples.* IV.2.B. *La analogía como medio de integración de instituciones contractuales.* IV.2.B.a) *La analogía como medio de aplicación de la dogmática civil y sus bases filosóficas.* IV.2.B.b) *Ejemplos de la analogía como contribución de la dogmática civil a la construcción del ordenamiento jurídico.*—V. ÚLTIMAS CONSIDERACIONES.—VI. CONCLUSIÓN.—VII. JURISPRUDENCIA CITA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA

## I. INTRODUCCIÓN

### I.1 OBJETIVO DEL PRESENTE TRABAJO

Como Aristóteles apuntaba la causa final es el principio y parte fundante de toda acción humana por lo que conviene dar noticia del objeto que nos convoca alrededor de este opúsculo y su temática.

Este no es otro que dar noticia del importante papel que desempeña el código civil único fundamento de los sistemas jurídicos continentales antes del advenimiento del constitucionalismo contemporáneo español (Delgado Echevarría, 2011, p. 16)—en su tarea de vertebrar, unificar y dar vigor al ordenamiento todo.

El derecho civil ofrece al ordenamiento la consistencia de cuerpo único otorgándole un común y compartido lecho por donde pueda discurrir la corriente jurídica sin desbordarse en un inabarcable casuismo (Castán Tobeñas, 1954, p. 7; García Rubio, 2014, p. 24).

Es así que en sus instituciones se encierra la quinta esencia del Derecho que ha de ser atendida por las demás ramas del Derecho, encontrando en ella el núcleo inmarcesible de la ciencia jurídica misma. De ahí que la etimología de Derecho civil venga del “*ius civile*” o derecho del ciudadano romano, norma básica de su estatuto jurídico y punto vertebrador de toda su hilvanada urdimbre jurídica.

Pues bien, este opúsculo pugna por expresar que no puede mantenerse ajena a esta verdad la vis reformadora de la codificación mercantil so pena de tornarse en un nuevo y distinto ordenamiento jurídico que, a fuer de bicefalia, hiera de muerte a la compleción, coherencia, economía y seguridad jurídicas adherentes a todo ordenamiento bien conformado.

Ciertamente, a nuestro entender, solo en un tronco de instituciones civiles básicas pueden eclosionar y extender su follaje con orden y entidad propia las distintas ramas del derecho (García Rubio, 2014, p. 21) hacia la atmósfera de la casuística real.

### I.2. METODOLOGÍA

Método viene del griego *Meta* (más allá) y *Hodos* (camino), por lo que etimológicamente puede traducirse como camino a seguir. En nuestro caso el camino que emprenderemos en nuestro intento de confirmar la tesis arriba contenida estará jalonado por tres aproximaciones complementarias.

En primer lugar, subviene este conato, tanto la Filosofía como la Filosofía del Derecho, doctrinas que por tener bajo su jurisdicción las estructuras y formas básicas en que las ciencias y los saberes se presentan, nos permitirán adquirir los “instrumentos intelectuales” necesarios como afirmara el profesor Delgado (Del-

gado Echevarría, 2011, pp. 47-48). A través de los mismos vislumbraremos la importancia de una dogmática civil consistente que sujete y oriente la aplicación de esta ciencia práctica a la casuística real.

Solo bajo estos presupuestos se puede reputar como Ciencia al Derecho.

En segundo lugar, la propia dogmática civil nos ayudará a entender cómo el Derecho Civil hace las veces de columna vertebradora del ordenamiento jurídico. Por ello nos serviremos de esta sabiduría elaborada por los mismos civilistas para apuntalar las tesis inicialmente vertida en el primer punto.

En tercer lugar, para que el constructo teórico tenga una manifestación palpable a los ojos del lector, ejemplificaremos este capital papel del derecho civil sobre algunas de las instituciones contractuales mercantiles. Ya que la Ciencia del Derecho es una ciencia práctica (Santos Román, 2023, p. 24), y no sujeta al conocer por conocer como objeto formal más propio de las ciencias teóricas o especulativas (biología, geología, etc.) es en la práctica en donde el Derecho debe perfeccionarse (Castán Tobeñas, 1954, p. 10). En las instituciones contractuales se advertirá la impronta civilista que condiciona el devenir de las mismas en su tránsito hacia el Derecho Mercantil.

## II. LA NECESIDAD PARA CUALQUIER CIENCIA DE UNOS PRINCIPIOS O DOGMÁTICA

### II.1. EL ESTATUTO DE LA CIENCIA DEL DERECHO

#### *II.1.A. Nacimiento histórico y experiencial del derecho.*

Como toda ciencia, el Derecho observa la realidad y va conformando sus instituciones y conceptos en la estricta observancia del comportamiento humano, no por la pura contemplación, sino en pos de la justicia, como bien deseado para la comunidad humana.

La génesis de las instituciones no parte del omnímodo saber del legislador que, reclinado en su bufete arbitra los caminos e institutos por los que ha de conducirse el comportamiento y la negociación humana para guardar sus quicios y sazones. Más bien parte de un proceso histórico a partir de la experiencia (Guarino, 1966, p. 5).

Es en la gleba de la historia en donde los institutos eclosionan animados por perentorias necesidades de los ciudadanos y comerciantes que se consolidan en los códigos por el legislador, el cual tan solo actúa de mediador entre las prácticas observadas y los códigos (Garrigues, 1936, p. 74).

Ponemos un ejemplo con el que ilustrar la cuestión acercándonos al nacimiento de las garantías reales en Roma. Inicialmente estaban encauzadas por



la “fiducia”, que era una compraventa del bien dado en garantía al acreedor con obligación de retroventa en el caso de pago de la deuda. Tras los innegables inconvenientes de la mentada figura se arbitran remedios meramente posesorios o “pignus” de la cosa por parte del acreedor (Buckland & McNair, 2008, p. 314), posiblemente por los abusos habidos. Finalmente, la hipoteca con Constantino ya no permitía la apropiación inicial del bien por parte del acreedor en caso de impago sino una realización del valor del bien para evitar adquisiciones injustas y abusivas del acreedor de los bienes dados en garantía (Buckland & McNair, 2008, p. 315).

De esta forma vemos como la institución de la hipoteca se fue perfeccionando para encaminar dichas relaciones hacia la justicia en contacto con la experiencia y los abusos advertidos en su implantación. Es así como se conforma el tipo básico de este contrato accesorio que ha llegado a nuestros días.

### *III.1.B. Los conceptos adherentes a toda ciencia.*

En efecto, como dice el filósofo, es requisito de toda ciencia categorizar el casuismo de la realidad en conceptos generales. Ante la ausencia de lo general no puede haber verdadera Ciencia (Aristóteles, s. f. III, 4, 999b, 1-3) pues dotamos a cada caso de una novedosa entidad e individualidad que no puede ser abarcadas por el saber precedente.

Por lo expresado, tras la labor de observación, ciertamente toda ciencia, no solo la jurídica, pugna por sintetizar y conceptualizar sus leyes y agentes fundamentales para poder abrirse paso en el torrente casuístico con que la realidad nos golpea (De Aquino, s. f. I-II, 94, a. 4; Ihering von, 1998, p. 554) creando una dogmática. No es fácil pensar claro y con perspectiva si agoniza nuestro entendimiento embotado en la profunda sima de las singularidades.

De ahí que el esplendor de la ciencia jurídica romana, inicialmente nacida de la resolución de casos particulares y categorías menos comprensivas, se produjo a partir de Quinto Mucio Scaevola o Gayo. Estos jurisconsultos en sendas obras, y siguiendo el criterio lógico de la filosofía griega de reciente incorporación al mundo romano, sistematizaron todo el saber casuístico pretorio, destilándolo y conceptualizándolo para que hubiera un mejor acceso al mismo para su aplicación y enseñanza (Aguilera Barchet, 2021, p. 111).

Por ello es necesaria una teorización previa para la obra codificadora como bien expresa Beceña (Beceña, 1928, p. 30):

*“[...] así como el soldado ni ve ni dirige la batalla, así el práctico, dominado exclusivamente por el problema concreto, prescinde del sistema que es el núcleo*

*esencial de toda obra de codificación y, a la larga, tiende a dar a su espíritu una dirección casuística que es lo más opuesto a una obra de esta naturaleza.”*

Un físico, aislando la ley de la gravedad, puede entender y anticiparse a una multitud ingente de fenómenos, en apariencia diversos, pero que se sujetan a este mismo y único patrón gravitatorio.

Para ilustrar la mentada conceptualización y estrechamiento de la casuística a principios abstractos, Ihering establece un magistral parangón (Ihering von, 1998, pp. 541-542):

*“El alfabeto es uno de los descubrimientos más grandiosos y fecundos, y sin embargo uno de los más sencillos que ha concebido jamás el espíritu humano. Veinticuatro signos aseguran el dominio de un tesoro inagotable, siendo su ordenación tan fácil y poco complicada que el reproducir la palabra por medio de signos y la clave de estos, o sea la escritura y la lectura, pueden hacerse inteligibles a un niño, quien llega a apropiárselos con toda exactitud. Sin el alfabeto, semejante dominio sobre el lenguaje no podría alcanzarse aún a costa de grandes esfuerzos y de la aplicación más atenta, y el arte de leer y escribir serían entre todos los conocimientos humanos el más difícil de lograr [...] Hay, pues, motivo para inquirir si la misma manera de resolver la cuestión no se podría aplicar también al derecho, o en otros términos, si no se podría llevar al derecho el sentido del alfabeto que descansa en el análisis y descomposición de los elementos simples y nace de la observación de que las palabras no son más que combinaciones variadas de determinados sonidos fundamentales, bastando por consiguiente descubrir esos sonidos y aplicarle su nombre para poder por su medio componer una palabra cualquiera [...] Pero felizmente todas esas creaciones son solo nuevas en una pequeña parte, porque los elementos existentes se encuentran ya en ellas en gran número y solamente parte de ellos se combinan y transforman de una manera particular”.*

La conceptualización de la que se sirve la codificación tiene dos principales beneficios muy ligados en el ámbito jurídico.

a) En primer lugar la conceptualización científica, como nos diría Ihering, permite el manejo y la aplicación de un saber a la extensa casuística que se presenta a nuestros ojos, algo que se excusaría ante una excesiva prolijidad normativa (Castán Tobeñas, 1954, p. 18).

Para no devenir en pléthora normativa, el legislador ha de acotar y economizar su positivización a lo estrictamente necesario (Pau Pedrón, 1994, p. 36). Así lo expresa Ihering (Ihering von, 1998, p. 554):

*“Si para cada relación jurídica, para cada matiz de esa misma relación, el legislador tuviera que establecer una regla más, sucumbiríamos anonadados ante la masa enorme de materiales sin dejar por ello de encontrar todos los días otros obstáculos, porque cada instante el progreso del pensamiento produce*

*palabras nuevas, y cada día también el movimiento del comercio jurídico crea relaciones o complicaciones particulares.”*

b) En segundo lugar atajar el problema la inseguridad jurídica al ser imposible manejar un incontable masa de resoluciones y reglamentos particulares sin sistematizar. De hecho, la obra codificadora fue iniciada por Napoleón en Francia al albur de su famosa expresión: “Hay tantas leyes que nadie está seguro de no ser colgado”.

Ciertamente Ganivet ve en la excesiva profusión normativa o polinomia un mal que inevitablemente lleva al desconocimiento y a la contradicción normativa (Pau Pedrón, 1994, p. 43). Con razón en la antigua Grecia las leyes se compendieron en XII tablas expuestas en un lugar público para fácil acceso y conocimiento de los ciudadanos o vemos como todo el Código de Hamurabi cabía en una estela. De hecho la palabra ley es probable que venga del latín *lego, legere*, que quiere decir leer ya que está llamada a ser leída y conocida por todos.

### *II.1.C. Derecho como ciencia práctica: Objeto formal y material*

Sin embargo, a diferencia de las ciencias teóricas o especulativas, las ciencias prácticas tienen una vocación de aplicación.

Observemos el caso de las ciencias físicas. Éstas tienen como objeto material u objeto de estudio la realidad material y su objeto formal o punto de vista al que atienden, es el de las modificaciones y cambios que esta materia experimenta. Es decir, es una ciencia especulativa que solo pugna por conocer esa realidad en sus cambios pero sin ningún fin práctico concreto. Lo referido difiere de la ciencia práctica del derecho.

La ciencia del derecho estudia las relaciones humanas (objeto material) desde el punto de vista de la justicia (objeto formal), para encaminarlas a esta justicia tan anhelada. Por tanto el objeto formal de la ciencia del derecho no es meramente conocer, como la ciencia física teórica, sino implementar esa justicia en las relaciones humanas (Santos Román, 2023, p. 23 y ss) (Castán Tobeñas, 1954, p. 10).

Pero para ello necesita instituciones regulares que, viendo de qué defectos adolecen las relaciones de un género concreto previamente conceptualizado, obstaculice la injusticia y el agravio. Esto mismo es lo que aconteció a través del tiempo en el referido caso de la institución de la hipoteca, creando un núcleo de pensamiento intemporal.

De ahí que la ciencia del derecho descansa en dos pilares férreamente comunicados: La conceptualización, abrazando las categorías similares o análogas

y su diseño al amparo de la aspiración de la justicia en mérito a la experiencia habida.

Si a fuer de las diferencias accidentales de dos casos creamos dos instituciones diferenciadas, cuando tienen identidad de razón sustancial, estaremos impidiendo al Derecho que revista un estatuto de ciencia, estorbando igualmente su finalidad, esto es, dirigir las relaciones hacia la justicia a través del empleo de la experiencia histórica cuajada en sus institutos.

De ahí la necesidad que un cuerpo básico, de una sólida dogmática, que vertebralos ordenamientos en sus partes más elementales.

## II.2. LA DOGMÁTICA CIVIL COMO FUNDAMENTO CIENTÍFICO DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN EL DERECHO CONTINENTAL

### *II.2.A. Perdurabilidad de la dogmática civil*

El Derecho civil, como Derecho Común, es el que permite la vida de un Ordenamiento Jurídico con sus instituciones, al tratar materias necesarias como aquellas que tocan al estatuto de la persona, protección del menor y el discapacitado, matrimonio, el negocio jurídico, contratos básicos, etc. cuyas mudanzas han sido mucho menores que otras ramas del ordenamiento mostrando su mayor perdurabilidad (Garrigues, 1959, p. 98).

Ciertamente ya el Derecho romano conocía las cuatro instituciones básicas que han pervivido hasta nuestros días, pues cumplen un papel capital en la vida del hombre tales como el contrato de sociedad, el contrato de mandato, el contrato de arrendamiento y el contrato de compraventa (Buckland & McNair, 2008, pp. 279-280). También convivían con el préstamo y el depósito, la garantía real como la personal (Buckland & McNair, 2008, p. 314).

La inveterada existencia de estas instituciones civiles nos alecciona acerca del importante papel que desempeñan para la vida civil del hombre. A pesar de que éstas han podido ser objeto de pequeños aditamentos y modificaciones, su forma sustancial sigue latiendo en el corazón mismo de cada una de ellas.

Incluso Kirchmann, que emplea una suerte de argumentos para justificar la mutabilidad actual del Derecho y poder negar a la jurisprudencia la categoría de un saber científico, nos confirma involuntariamente este aserto. Afirma que el Estado, la familia y la propiedad (Kirchmann von, 1973, p. 14) han sufrido en el devenir histórico incontables modificaciones.

Sin embargo en sus propios argumentos se descubre un innegable contraargumento a su lógica. No cabe duda de que la comunidad política, la familia y la propiedad han convivido ininterrumpidamente con nosotros desde la fundación de las civilizaciones humanas.

Estas son pues instituciones inveteradas en la historia del hombre pues son los naturales e irrenunciables cimientos sobre que descansa su desarrollo y su existencia. Quizá podría añadirse que su configuración ha variado, pero estos institutos han mantenido su ser fundamental a través del proceloso mar de los tiempos.

Lo referido es la más locuaz defensa del Derecho como Ciencia. De otro modo, cada cierto tiempo y a cada cambio político deberíamos mudar los códigos y las instituciones creadas, privándonos de un núcleo inmarcesible que trascienda la volubilidad del tiempo, apuntada por Kirchmann en su conocida sentencia, “[d]rei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur. (Tres palabras rectificadores del legislador arruinan bibliotecas enteras de Derecho)” (Kirchmann von, 1973, p. 25).

El jurista, entonces, se tornaría en un profesional errabundo entre constantes hecatombes y eclosiones de formulismos jurídicos en el tiempo, con un depósito incierto de ciencia del que tiene que desprenderse de tiempo en tiempo por ser un incómodo lastre para una inteligencia de las relaciones humanas presentes. La realidad de las relaciones humanas y sus concretas necesidades no estarían, por tanto, reflejadas en las instituciones jurídicas.

El nuevo partido político en el poder derrumbaría la urdimbre normativa para hacer la suya propia en una alternancia y mutabilidad cíclica, desterrando del horizonte jurídico todo atisbo del saber antecedente (Kirchmann von, 1973, p. 20).

Esto no se confirma con la centenaria vida del código civil creando un ámbito de certidumbre en donde edificar el ordenamiento.

## *II.2.B. Dogmática civil como cimiento de los ordenamientos jurídicos continentales.*

Cuando hablamos de una dogmática o dogmas civiles, estamos hablando como dice Chesterton, no de la ausencia de pensamiento sino del resultado de un luengo y fino pensamiento (Chesterton, 2018, p. 118). En efecto, solo nace una dogmática cuando ha pasado la prueba del tiempo (Chesterton, 2018, p. 119) demostrando su provechoso influjo.

Es evidente la existencia de esta dogmática civil como fundamento de los ordenamientos jurídicos continentales la cual ha cuajado en el Código civil. Allí se recogen los conceptos fundamentales que luego emplean las diversas ramas del Derecho (García Rubio, 2014, p. 21; Petit, 2019, p. 109). De ahí la nomenclatura de estos sistemas de *Civil Law* (Martínez-Echevarría y García de Dueñas, 2015, p. 52) por descansar dicho ordenamiento en el Código civil frente a los

sistemas de *Common Law* cuyo núcleo está confiado a las resoluciones judiciales particulares.

V.gr. el Derecho Administrativo en su contratación está sujeto a la “teoría del negocio jurídico”, el Derecho mercantil asume el concepto civil de “obligación” (Garrigues, 1960, p. 2) o “compraventa” (Vérgez, 2009, p. 149), el derecho penal hace suyo el concepto “indemnizatorio civil” (Simental Franco & Castro Flores, 2014, p. 131), la ley de competencia desleal emplea la “buena fe” del art. 7.1. Código civil (en adelante Cc) (STS Sala 1ª de 29 de Octubre de 1999), el Derecho civil establece los conceptos de arrendador y arrendatario (Ballarín Hernández & Más Badía, 2009, p. 66), etc.

Vemos como el Código civil sujeta a los agentes jurídicos a unos anclajes unitarios que gobiernan el ordenamiento aportando homogeneidad, seguridad y unidad (Castán Tobebñas, 1954, p. 11, 18) en su interpretación y en su conocimiento frente al proceloso y voluble mar del casuismo. Esto evita los prolisos glosarios de definiciones al comienzo de cada uno de los contratos para evitar polisemias e inseguridades más propios del *Common Law*.

Como decimos, y siguiendo la imagen de Ihering, en los sistemas de Civil Law la mayor parte de ese alfabeto se encuentra confiado al Código civil. En sus instituciones básicas, encontramos los átomos del cosmos jurídico que permiten reducir al mínimo los casos difíciles (Delgado Echevarría, 2011, pp. 52-53).

Solo estableciendo los principios es posible que el ulterior desarrollo del cuerpo legal sea armonioso y no termine contrahecho por remiendos casuísticos, excepcionales y heterogéneos que deforman y descomponen la armonía de su cuerpo todo. A cada excepción debe anteceder una cumplida justificación de la misma y no tornarse en recurso constante (Rams Albesa, 2011, p. 150).

En efecto, la coherencia previene contradicciones entre las diversas ramas del Derecho en cuestiones comunes ya consolidadas y suficientemente estudiadas en el Derecho común civil.

De todo lo referido extraemos dos principales conclusiones.

- a) Solo cuando el saber jurídico esta convenientemente estructurado y sistematizado podemos elevarlo a la categoría de ciencia (Castán Tobebñas, 1954, p. 11), en nuestro caso del Derecho. Todo saber que no conceptualiza de forma conjunta o multiplica innecesariamente los entes, puede descender en los grados del saber, reputándose de mera técnica legal.
- b) Por otro lado, solo cuando un sistema jurídico apoyado en los códigos brinde coherencia y compleción (Balaguer Callejón, 1991, p. 141), éste se puede nominar verdadero ordenamiento jurídico y aportar un sólido fundamento sobre el cual discurran los agentes jurídicos y económicos de una forma más predecible, ágil y segura. Pero esto demanda una jerarquía de fuentes en donde se integren las diversas normas para minimizar

las reiteraciones, contradicciones y lagunas (Balaguer Callejón, 1991, p. 34). A este respecto la presencia ordenadora de un dogmática civil es capital.

### III. GÉNESIS DEL DERECHO MERCANTIL

#### III.1. CARÁCTER CONSUETUDINARIO DEL DERECHO MERCANTIL: OBSERVACIÓN Y CONCEPTUALIZACIÓN

El mentado patrón de toda ciencia de observar y reproducir las leyes que rigen la realidad se muestra de forma palmaria en el Derecho Mercantil, un derecho nacido en la práctica (Garrigues, 1936, p. 89).

Un ejemplo sencillo y asequible a todos puede ilustrar esta tesis. Observando tanto la puerta de Madrid en el municipio de Alcalá de Henares que marcaba el antiguo camino hacia Madrid como la puerta de Alcalá en el municipio de Madrid que señalaba el punto de salida hacia Alcalá de Henares, nos preguntamos quién fue el verdadero artífice de ese camino de unión de ambas ciudades.

Instintivamente entendemos que los que transitaban esas dos ciudades. Es decir, trazaron su ruta aquellos que buscaron el camino más corto, con menos esesuras (causa de inseguridad) y con menos pendientes. Por muchas indicaciones que la autoridad antepusiera para divertir el tránsito por otra vía, poco o ningún efecto tendría si no contaba con las mentadas características, tan acomodadas a las verdaderas necesidades de los comerciantes o viajeros, máxime si consideramos los medios de transporte de antaño.

Solo con posterioridad, consolidada ya la vía de conexión entre ambos núcleos urbanos, fue la autoridad la que sancionó con sendos y monumentales arcos la elección práctica favoreciendo entre los ciudadanos una más pronta identificación y seguimiento.

Un proceso parecido experimentó el Derecho Mercantil. Un Derecho vivo en la práctica llamado a regir las cambiantes y diversas necesidades del tráfico con la adaptabilidad como uno de sus principios fundantes.

Por ello han sido los usos y las costumbres de los comerciantes los que han ejercido un imperio indiviso en esta rama del derecho desde su fundación misma, deviniendo su legislación en constante compilación de los usos de los comerciantes y nunca la acabada obra de un legislador omnisciente atrincherado tras su escritorio (Garrigues, 1936, p. 88).

De hecho muchas instituciones creadas por la práctica todavía permanecen en la atipicidad pendientes de la anunciada nueva codificación mercantil (Contrato de distribución, suministro, Factoring, etc.)

Es la realidad misma la que, en mérito a sus necesidades, construyó los institutos que el legislador debía depurar y positivizar para conocimiento de todos. De ahí que el profesor Garrigues afirme que la fuente de Derecho Mercantil solo exterioriza y no crea el derecho (Garrigues, 1936, p. 74). Igualmente se lamenta de la postergación actual del uso en la génesis y creación del derecho (Garrigues, 1959, p. 93):

*<<La codificación moderna ha producido un fenómeno de inversión en la jerarquía de las fuentes, pasando la ley a ocupar rango preferente sobre la costumbre, la cual, aun siendo manifestación más directa y espontánea del sentido jurídico popular, tiene que agradecer a la ley el reconocimiento de su existencia.>>*

Si la codificación futura no tiene en cuenta esta importancia del uso, podría anteponer construcciones artificiosas positivas a la realidad comercial más en contacto con la necesidad de los operadores.

### III.2. LA DOGMÁTICA CIVIL COMO CIMENTACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

Pero esta construcción del Derecho Mercantil se realizó considerando unos sólidos firmamentos previos creados por la dogmática civil. La obra mercantil requería pues de un armazón previo y no pudo hacerse sino dentro de un sistema legal.

El maestro de los juristas aseveró que “[l]os conceptos para el Derecho civil son puntos de llegada, para el Derecho mercantil son puntos de partida” (Garrigues, 1960, p. 35).

Y ¿a qué misteriosas circunstancias entonces obedece que haya una distinción y separación entre ambos órdenes según este mismo e intemporal autor? Al hecho de que el dinamismo pujante de la realidad económica y empresarial —con sus notas de contratación en masa y economía de escala— mal se aviene a las excesivos rigorismos y garantías otorgadas por el Derecho civil que tanto ralentizan y dificultan el dinamismo del tráfico económico (Garrigues, 1960, p. 4). De ahí que su singular fisonomía demande fueros y leyes cuantitativamente diversas.

Nuevamente el comportamiento humano en lo que toca a la justicia del mismo va informando nuevas instituciones que, partiendo de los conceptos y los institutos nucleares civiles (García Rubio, 2014, p. 22), genera nuevas realidades acomodadas a la palpitante mecánica económica.

Así se explica v.gr.

- a) Que el suministro haya sido concebido en el orden mercantil por gran parte de la doctrina como compraventas concatenadas oriundas éstas úl-



timas del Código Civil (Bercovitz, 2009, p. 544; Natera Hidalgo, 2012, p. 187). De ahí que la propuesta de anteproyecto de código mercantil de 2018 (en adelante PACM) indique que la regulación subsidiaria al contrato de suministro debe ser el régimen de la compraventa de cosas muebles (art. 513-9). Incluso la corriente doctrinal y jurisprudencial que pugna por independizar el contrato de suministro de la compraventa civil, no se desentiende de las afinidades de ambas instituciones (Sánchez Calero & Sánchez-Calero Guilarte, 2015, p. 287). De hecho a la hora de dar al suministro un tratamiento fiscal no se puede independizar de la institución de la compraventa (Natera Hidalgo, 2012, p. 187).

- b) También que la acción civil de rescisión por lesividad se ofrecía insuficiente y escasa en el ámbito mercantil. La realidad comercial mucho más prolija en transacciones requería de especialidades rescisorias en caso de lesividad de los acreedores (Silvetti, 2004, p. 552; Vila Florensa, 2004, p. 873). Se trata de poner coto y límite al daño a estos de múltiples operaciones en los umbrales del concurso de acreedores incluso excluyendo la prueba del fraude (art. 226 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal) para facilitar su prosperabilidad.
- c) Que el préstamo civil deviniera, de la mano de los operadores mercantiles, en instituciones más flexibles y útiles para el empresario como el leasing, la apertura de crédito en cuenta que la permite hacer disposiciones y devoluciones continuadas, etc. (Monge Gil, 2009, p. 1260).

Por las causas arriba enumeradas y ante la dificultad de manejar una ingente madeja de institutos diferenciados, casi rayana en casuística, es necesaria:

- a) la economía de un Derecho Común que, no solo supla a la ley especial cuando esta no aborde con suficiente extensión alguna materia sino, igualmente,
- b) conforme la cimentación necesaria para que el régimen mercantil tan solo tenga que añadir las notas a las instituciones civiles que requiera el tráfico en masa mercantil sin tener que reiterar todo lo expresado previamente por la ley civil y su dilatada aplicación (García Rubio, 2014, p. 11).

A este fin y para lograr una mayor unidad y una coherencia más acusada en el Derecho Privado es constante la proposición, como alternativa a dos órdenes diferenciados, aprobar un único Código de obligaciones y contratos que encerrara tanto la disciplina civil como mercantil o un Derecho Patrimonial común para ambas ramas (Castán Tobeñas, 1954, p. 122; García Rubio, 2015, p. 25; Garrigues, 1978, p. 129).

#### IV. HACIA UNA NUEVA CODIFICACIÓN MERCANTIL APEGADA A LA DOGMÁTICA CIVIL

##### IV.1. SITUACIÓN ACTUAL DE DISPERSIÓN NORMATIVA DEL DERECHO MERCANTIL Y EL MOVIMIENTO CODIFICADOR.

En pocos y sucintos principios condensa Garrigues el carácter de este derecho sectorial entre ellos la adaptabilidad (Garrigues, 1936, p. 11; Polo, 1956, p. 1178).

Como dijimos, a diferencia del Derecho Civil, la dinámica corriente de la realidad mercantil experimenta continuas mudanzas a cada paso en su campo regulatorio por aparición de nuevos usos de comercio atendiendo a las nuevas necesidades negociales.

Esto ha producido esencialmente dos consecuencias:

- a) Se ha modificado la regulación mercantil despojando al Código de Comercio de muchas de las instituciones que encerraba en su seno para ser confiadas a leyes especiales (Garrigues, 1959, p. 98).

Como bien sabemos, las leyes específicas descodifican y pueden provocar una falta de armonización y compleción de este orden legal (Sánchez Calero & Sánchez-Calero Guilarte, 2015, p. 68) y, pues es necesario para todo acto de fisiología legal combinar una pluralidad de artículos y principios, esta tarea deviene asaz de ardua y compleja cuando diversos preceptos otorgan soluciones divergentes a un mismo caso.

- b) En segundo lugar, se han creado nuevas figuras que no han podido traspasar en el código y permanecen en la atipicidad rigiéndose por el uso, como quedó expuesto más atrás.

Por ambas razones surgió el deseo re-codificador cursado a la comisión de “codificación”, para acabar con la dispersión normativa y la posible multiplicidad de soluciones adherente a la misma.

Expresada ya la importancia de sistematizar y ordenar el caudal del saber jurídico en base a unos principios, se entienden con más veras los conocidos fines que postula toda codificación como son el logro de la compleción y la coherencia conformando así un verdadero ordenamiento jurídico (García Rubio, 2014, p. 24; Sánchez Calero & Sánchez-Calero Guilarte, 2015, p. 67; Siems, 2020, p. 52), es decir (Falcón y Tella, 2010, p. 60):

*“Con la técnica codificadora se procedía a ordenar y sistematizar las normas jurídicas de las distintas ramas del Derecho privado en los Códigos — conjuntos orgánicos de normas con una estructura lógica interna, frente a la «recopilación», mero agregado yuxtapuesto de ellas, dotando al Derecho de estabilidad, unidad, coherencia —ausencia de antinomias— y plenitud —ausencia de lagunas.”*

A la inalcanzable aspiración del legislador ilustrado de construir un sistema legal perfecto, permanente, completo, claro y libre de contradicciones (García Rubio, 2014, p. 22), le siguió, como menor pero nada desdeñable logro, el ordenamiento jurídico codificado que representaba un verdadero esfuerzo conceptualizador y sistematizador del saber jurídico hasta la fecha.

Los Códigos representan pues un verdadero hito y efeméride en el devenir de los sistemas jurídicos, cuyos innegables beneficios no pueden ser oscurecidos por sus insoslayables deficiencias. De ahí que sea necesaria llevar a buen término este impulso codificador mercantil.

#### IV.2. INSTITUCIONES CONTRACTUALES COMO EJEMPLO DE IMBRICACIÓN ENTRE LA DOGMÁTICA CIVIL Y EL DERECHO MERCANTIL.

El término institución<sup>1</sup> nos remite a creaciones que tienen un fin concreto con un carácter de perdurabilidad. En las mismas se encierran una pluralidad de conceptos jurídicos frutos de la observación.

La economía regulatoria antes mencionada nos obliga a recoger únicamente las instituciones jurídicas con diferencias sustanciales para que luego puedan ser empleadas con facilidad. Se evita así regulaciones prolijas y enumeraciones excesivamente casuísticas basadas tan solo en rasgos accidentales de las instituciones que dificultan el conocimiento y aplicación del derecho.

De ahí que la PACM de 2018 rectificara frente a su antecesora y afirmara que con carácter supletorio a la normativa se aplicará “el Derecho Civil del Estado, que constituye la normativa básica en la materia” (art. 411-1).

De hecho en la formación del contrato se remite enteramente al código civil añadiendo, sin embargo algunas matizaciones (arts. 412-1 y ss PACM de 2018).

Por tanto nos serviremos de las instituciones contractuales civiles para ejemplificar el modo en el que la dogmática civil nutre la rama del Derecho Mercantil y como sería fútil y confuso reproducir en el Código Mercantil todas las instituciones negociales cuando estas ya están reguladas y estudiadas en la dogmática civil. Más bien se trataría tan solo de introducir aquellas especialidades propias del Derecho Mercantil sobre los contratos civiles, manteniendo la economía regulatoria. Así se ha expresado por el Consejo de Estado ante el primer Anteproyecto de Código Mercantil (Consejo de Estado, 2015):

*“El Consejo de Estado comparte este parecer, por lo que quiere insistir en la necesidad de mantener una regulación general común de la contratación privada —lo más amplia posible— en el Código Civil, de forma que el Código Mercantil se limite a precisar aquellas reglas concretas en que el tratamiento mercantil haya de ser necesariamente diferente y, en su caso, con una remisión*

*a las bases de las obligaciones contractuales del Código Civil (adviértase que sólo las bases de las obligaciones contractuales serán necesariamente uniformes, mientras que pueden existir divergencias autonómicas fuera de esas bases, lo que obligaría a una especial atención en las remisiones que al Derecho Civil se hicieran desde el Código Mercantil). [...] En definitiva, el Derecho privado común en materia de obligaciones y contratos debe ubicarse en el Código Civil, mientras que el Código Mercantil debe recoger sólo las reglas especiales que se considere pertinente mantener para el ámbito mercantil. Sin embargo, entiende el correcta técnica normativa y, sobre todo, una adecuada planificación del ejercicio de la iniciativa legislativa que al Gobierno corresponde debe ubicar en el lugar que le es propio —el Código Civil— el conjunto de normas generales que, en materia de obligaciones y contratos, se consideren comunes a los ámbitos civil y mercantil; y limitar al Código Mercantil aquellas disposiciones que deban recoger soluciones diferentes o previsiones específicas para el ámbito mercantil.”.*

*IV.2.A. La combinación y absorción de las instituciones contractuales civiles como punto de partida de las instituciones mercantiles.*

La arquitectura usa de ladrillos, piedras, baldosas, metal, etc. para sus composiciones pues estos son el principio de estructuras más complejas como suelos, muros, arcos, cúpulas o pilares. Así mismo los últimos subvienen las necesidades estructurales de las distintas estancias y espacios creados, conformando todo ello finalmente el cuerpo del edificio.

Del mismo modo los ordenamientos jurídicos se componen de pequeños elementos de construcción o conceptos jurídicos simples tales como la nulidad, el consentimiento, el vicio, el deber jurídico, la buena fe, la posesión, etc., que aprovechan para la conformación de otras instituciones más elaboradas tales como la prescripción adquisitiva, el mandato, la compraventa, etc.

Así mismo, como veremos, estas últimas también pueden ser principios de otras instituciones mercantiles más complejas tales como el contrato de cheque, el contrato de comisión, el contrato de agencia, etc. hasta tejer la extensa urdimbre del ordenamiento jurídico.

De lo mentado se colige que en el conjunto del ordenamiento, al igual que en un edificio, están plenamente integradas las partes con el todo. Los cimientos comunes sustentan a las ramas y cualquier deficiencia de las partes redundan en una vulnerabilidad para el conjunto. Un vicio en los pilares o los ladrillos puede debilitar e incluso llevar al derrumbe a un arco, cúpula, pilar o muro, arrastrando en su declive incluso otras estructuras con espantosa ruina.

Por ello abandonar la solidez de los elaborados conceptos fundamentales, podría suponer un peligro para todo el ordenamiento. De ahí que se les deba un cuidado, preferencial y adecuado asiento en los textos. Así, v.gr., sin la prescripción se formaría un verdadero caos en la realidad jurídica (Mucius Scaevola, 1904, p. 497) o no sería completa la institución de la compraventa sin la evicción (Mucius Scaevola, 1904, p. 489), etc.

Respecto a las instituciones contractuales, la doctrina ha interpretado ante la presencia de varios institutos negociales en una relación que, o bien conviven ambos contratos con su autonomía a través de la llamada teoría de la combinación o uno de los contratos es el predominante por el fin buscado formulándose la teoría de la absorción (Díez-Picazo, 1996, pp. 391-392; Díez-Picazo & Gullón, 2016, p. 27) (Castán Tobeñas, 1993, p. 19).

De nuevo es el caudal civilista el que nutre e inspira esos “nuevos” tipos contractuales, ya que es difícil que un contrato innominado o atípico sea totalmente novedoso y no participe o sea recombinación mínimamente de contratos típicos anteriores (Díez-Picazo & Gullón, 2016, p. 27).

#### IV.2.A.a) Algunos ejemplos de la combinación para construir instituciones mercantiles más complejas a través de instituciones más simples.

Dividir un problema para entenderlo así como descomponer lo complejo en partes simples más comprensibles, ofrece un vado o camino allanado hacia su cabal inteligencia, así los institutos contractuales más complejos.

El empleo de la dogmática civil en la exégesis de la realidad jurídica, nos eleva hacia una inteligencia más exacta de las instituciones contractuales a la par que a una taxonomía más acertada, extrayendo el tuétano de las figuras para descubrir sus similitudes maguer sus elementos accidentales las distancien ante nuestros ojos.

Pongamos ejemplos de la combinación contractual resultado de la adaptación negocial a la realidad del tráfico.

- a) Contrato de Factoring: Como sabemos se trata de una institución contractual por medio de la cual una persona entrega sus créditos frente a terceros correspondiéndole la entidad bancaria con un importe ligeramente reducido de los mismos.

Descomponiendo este contrato, la ciencia jurídica encuentra so esa nomenclatura dos especies distintas de instituciones contractuales.

So la regulación factoring con recurso, tras el impago final de los créditos por los deudores, el cliente tiene que devolver los importes anticipados por el banco o factor. So el factoring sin recurso es el factor el

que asume el riesgo de pérdida si no se cobran finalmente las deudas del cliente.

En el primer caso (Factoring con recurso) entendemos que nos encontramos con una verdadera combinación de instituciones contractuales. Así podríamos hablar de un mandato de cobro<sup>2</sup> (art. 1.709 Cc) acompañado de un préstamo (art. 1.740 Cc) por el anticipo de los fondos —como considera parte de la doctrina (Natera Hidalgo, 2012, p. 605) y la STS de 2 de febrero de 2001—, así como un contrato de cuenta corriente que arrojará un saldo a favor o en contra del factor o una compensación (art. 1.156 Cc) de los créditos en función del cobro o de la deuda del cliente. En el segundo caso estaríamos ante una cesión definitiva (art. 1.526 Cc) (compraventa) de los derechos de crédito a la entidad financiera (García-Cruces González, 2009, p. 1335; Natera Hidalgo, 2012; Sánchez Calero & Sánchez-Calero Guilarte, 2015, p. 602) de suerte que esta última asuma el riesgo de insolvencia del deudor al convertirse en el nuevo acreedor<sup>3</sup>.

Así, la taxonomía del Derecho común, penetra en la naturaleza del contrato para ponderar sus verdaderas consecuencias arrojando dos figuras jurídicamente distintas aunque nominalmente a los ojos del common law tengan una misma e indiferenciada nomenclatura.

b) El contrato de Joint Venture. La complejidad que los juristas pertenecientes al Derecho continental experimentamos al abordar esta figura anglosajona (Martínez-Echevarría y García de Dueñas & Del Castillo Ionov, 2017, p. 331) radica en que, para un sistema codificado, la nomenclatura de Joint Venture no aporta nada acerca de su naturaleza comercial ya que puede abarcar un amplio abanico de acuerdos conforme a nuestro sistema (Martínez-Echevarría y García de Dueñas & Del Castillo Ionov, 2017, p. 331; Vicent Chuliá, 2003, p. 20).

Un contrato de sociedad (art. 1.665 y ss Cc) constituido por los integrantes de esa “Joint Venture”, un contrato de suministro estratégico (compraventa del art. 1.460 Cc.) entre dichas partes, un contrato de cesión de derechos de propiedad industrial entre ambas, etc. o una suma de varios de estos institutos contractuales (Martínez-Echevarría y García de Dueñas & Del Castillo Ionov, 2017, p. 337)<sup>4</sup> a través de esa combinación.

c) El contrato de Renting. Nos encontraríamos en un contrato de arrendamiento de bienes muebles al que se le añade un servicio de mantenimiento y conservación (Moreno Serrano, 2017, p. 239). Si bien este último servicio entraría dentro de los cometidos del arrendador de mantener el bien en el correcto estado para su funcionalidad salvo los de desgaste por su uso (art. 1.554 Cc). De tratarse también de un contrato de asegu-

miento incluiríamos dentro de este un contrato aleatorio o de suerte (art. 1790 Cc.) ante las posibles contingencias que pueda sufrir el bien.

- e) El contrato de distribución selectiva: Por la exclusividad del producto acompañan a esta específica compraventa, infinidad de pactos de pago aplazado o financiación en la adquisición de los productos del fabricante, arrendamiento de servicios del fabricante o proveedor para la formación del personal del distribuidor, cesión de derechos propiedad industrial (marca, patente, modelo de utilidad, etc.) para hacer promoción de los productos en los establecimientos o emplear determinadas técnicas, etc. (Carbajo Cascón, 2009, p. 823).
- f) Contrato de aparcamiento de vehículos: A la tradicional visión del contrato de aparcamiento como un contrato de depósito regular (1.758 Cc y ss) deducible del art. 3 de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos (en adelante LCAV), se suma el arrendamiento de un específico servicio de vigilancia y custodia del vehículo (art. 1.544 Cc) (Arroyo Aparicio, 2009, p. 1081). Sin embargo, por la naturaleza del bien que se deposita, este deber de restitución del depósito es singular ya que no incluyen todos los elementos extraíbles u otros enseres depositados en el vehículo (art. 3.1.c) LCAV.
- g) Contrato de descuento. Este instituto contiene un préstamo de la entidad financiera al cliente (art. 1.753 y ss.) unido a un mandato de cobro de un crédito que se cede temporalmente a ese fin. La unión de ambos contratos le da una diferenciada fisionomía en tanto el prestamista no puede reclamar el montante del préstamo mientras no haya intentado el cobro del crédito descontado (López Cereceda, 2009, p. 1146). Su naturaleza jurídica lo acerca pues a la figura del factoring con recurso como declara parte de la jurisprudencia (STS de 2 de febrero de 2001).
- h) Contrato de tarjeta de crédito. En este contrato confluyen la figura del contrato de depósito (art. 1770 Cc), arrendamiento del servicio de caja (art. 1.544 Cc) y servicio cuenta corriente (Boquera Matarredona, 2009, p. 1440) para llevar una anotación de saldos.
- i) Contrato de Leasing mobiliario. En el Leasing operativo al arrendamiento de un objeto (1543 Cc) se suma, la opción de compra final (1.445 Cc) ya el valor del bien y su vida útil, por su uso, ha menguado considerablemente (González-Meneses, 2004, p. 238).

Los ejemplos antes enunciados permiten trazar como la riqueza combinatoria de las figuras existentes dan vado a un enriquecimiento y ajuste negocial en función de las necesidades añadidas del tráfico comercial.

Sin esta disciplina previa civil acerca de las instituciones contractuales básicas en manera alguna diseccionar su íntima entraña, evitando interminables

reiteraciones casuísticas, para discriminar e identificar sus partes constituyentes de manera homogénea.

IV.2.A.b) Un ejemplo de la absorción para construir instituciones mercantiles más complejas a través de instituciones más simples.

La absorción también se erige como una alternativa al nutrirnos de la sabia dogmática civil para la proliferación de la floresta mercantil. Para venir en conocimiento de cuál es la figura hegemónica debemos remitirnos a la prevalente causa del contrato, el móvil que impulso a las partes a contratar (Messineo, 1986, p. 393).

A continuación relacionamos el ejemplo del Leasing inmobiliario.

Podemos entender que el leasing mobiliario (leasing operativo) responde a la combinación contractual antes mentada en tanto se alquila un bien para, una vez minorado su valor por el desgaste adherente a su uso, se le de la alternativa al arrendatario de su compra por el correspondiente precio residual (González-Meneses, 2004, p. 246).

Sin embargo, en materia inmobiliaria esto cambia. Aunque el uso del inmueble puede suponer una cierta amortización del mismo, la experiencia nos muestra como este valor residual es contrarrestado sin parangón por el natural incremento valorativo adherente a los bienes raíces (González-Meneses, 2004, p. 246).

Según este esquema, vemos que la opción de compra siempre se ejercita pues el valor de la misma es insignificante frente al valor remanente del inmueble (González-Meneses, 2004, p. 248).

Se confirmaría así que las compañías o empresarios que recurren a este género de leasing lo hacen al albur de la desgravación fiscal que la condición de gasto de ese arrendamiento procuraba o por un aplazamiento del precio. Finalmente, con la opción de compra, se consigue el bien habiéndose deducido gran parte del precio de ese inmueble como si se tratase de un gasto en lugar de lo que realmente era, el pago aplazado del precio.

En este sentido la compra absorbe a la figura del arrendamiento que se instrumentaliza solo por motivos fiscales o financieros, descubriéndose en su fisonomía más íntima una simple compraventa con precio aplazado con un contrato accesorio de garantía encubierto bajo una presunta propiedad del arrendador (González-Meneses, 2004, p. 248).

En el leasing inmobiliario, por tanto, la institución contractual de la compraventa —que como decimos deja de ser una opción— adquiere singular relevancia frente un epidérmico e insustancial arrendamiento antepuesto. Solo hay que considerar como el peso de las obligaciones del arrendatario equivalen, en



muchos casos, a los de un verdadero propietario (pago de IBI, gastos de comunidad, seguro, ect.) (González-Meneses, 2004, p. 243).

La presente absorción determina fatalmente su exégesis y aplicación. Sus fueros son pues los de la compraventa con precio aplazado, acompañada de una garantía real.

Por tanto el incumplimiento del contrato por parte del arrendatario no puede llevar a la resolución del vínculo como si se tratase de un arrendamiento sin necesidad de devolver mensualidad alguna (González-Meneses, 2004, p. 247).

Igualmente no se le debe conceder al arrendador financiero el estatuto de propietario pues sería un caso de injusticia material que los derechos del arrendador financiero fueran mayores que los de un acreedor hipotecario en caso de quiebra del arrendatario (González-Meneses, 2004, p. 247).

Por todo ello Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal otorga un privilegio especial a los créditos de los arrendamientos financieros asimilándolos a una compraventa con precio aplazado (art. 270. 4º) y no un derecho a la separación de bienes de propiedad ajena (art. 239) como si el arrendador financiero fuera el verdadero propietario:

*“Son créditos con privilegio especial: 4.º Los créditos por contratos de arrendamiento financiero o de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago como la propia ley concursal establece.”*

Vemos en este ejemplo como una sólida dogmática civil, preservando la función y el propósito de sus instituciones contractuales básicas (compraventa y contratos de garantía), permite dispersar la penumbra nominalista de algunos institutos atípicos mercantiles determinando el régimen más ajustado a su verdadera fisonomía<sup>5</sup>.

#### *IV.2.B. La analogía como medio de integración de instituciones contractuales.*

##### **IV.2.B.a) La analogía como medio de aplicación de la dogmática civil y sus bases filosóficas.**

Pero no podemos reducir el ordenamiento jurídico a una sencilla unión de elementos simples por el vasto casuismo que abraza y en el que se extiende. En efecto, como hemos visto, el uso mercantil en ocasiones consolida figuras aparentemente nuevas que parecen distanciarse considerablemente de las instituciones contractuales básicas.

El Aquinate afirma que “lo múltiple por la especie es uno por el género” (De Aquino, I-I, c.11, a.1.), es decir que los géneros (v.gr. can) aportan los rasgos comunes a las especies (pastor alemán, perro salchicha, etc.) Estos rasgos generales son importantes para la inteligencia de los seres.

Así el género animal solípedo, o poseedor de un solo dedo con uña, se particulariza en las especies de burros, asnos y caballos, cada uno acomodado a un tipo de utilidad y servicio para el hombre, no totalmente compatible pero común en cuanto a ciertas características comunes como capacidad de transporte.

¿Acaso no es así con algunas instituciones contractuales de reciente cuño? (De Nova, 1974, pp. 14-15). Se podría decir que los géneros contractuales clasifican las figuras de suerte que, constantes ciertos atributos comunes y extrapolables, cada uno dispense una utilidad y función particular al hombre según sus especies.

Esto nos explica las indubitadas diferencias existentes en cada una de las instituciones mercantiles maguer estar enraizadas en un tipo genérico. De esta forma habrá ciertas especies que se parezcan unas a otras por pertenecer a un mismo género, siendo su particularización distinta a pesar de que su idiosincrasia tenga un compartido cimiento y base.

Intimidado por esta precedente realidad civil debe el legislador mercantil remitirse a estas figuras básicas, tratadas ya en extensión y en profundidad tanto por la jurisprudencia como por la doctrina (Castán Tobeñas, 1954, p. 18)<sup>6</sup> y tan solo añadir los necesarios matices y los aditamentos que la viva realidad mercantil encomienda al legislador en sus particulares necesidades (Castán Tobeñas, 1954, p. 124).

Con esta economía legislativa no solo se consigue una taxonomía esclarecida a efectos de búsqueda y aplicación del derecho (Castán Tobeñas, 1954, p. 7), sino también excusar la reiteración de la normativa que podría separarse en exceso de la columna vertebral civil creando al cuerpo legal deformidades y protuberancias indeseadas que adulteren su armonía y proporción.

En el propio sistema de *Common Law* estadounidense los precedentes desligados de principios generales han causado tan inabarcable masa de casuismo que los juristas se inclinan en ocasiones por un pensamiento jurídico y jurisprudencia más afín al sistema francés o al alemán (Buckland & McNair, 2008, p. 9).

#### IV.2.B.b) Ejemplos de la analogía como contribución de la dogmática civil a la construcción del ordenamiento jurídico.

1) Contrato de permuta: El primer caso de analogía que nos encontramos es la de una institución civil remitiéndose a otra institución civil. Se trata del

contrato de permuta. La similitud que encierra el contrato de permuta con el de compraventa aconseja que no sea menester duplicar toda su regulación en el Código Civil sino más bien remitirla a esta última figura (Gutiérrez Rizaldos, 2017, p. 126) y apuntar tan solo sus especialidades.

El PACM del 2018 también lo confirma al remitirse en la institución de la permuta mercantil a las reglas de la compraventa mercantil (art. 514-2) y por ende a la compraventa civil.

En la misma línea las regulaciones en materia adquisición de moneda también vienen a ser nutridas por estas dos instituciones civiles analógicamente. Cuando cambiamos moneda nacional por moneda nacional o moneda extranjera por esa misma moneda extranjera se puede hablar también de permuta. Sin embargo, cuando el cambio de moneda nacional se produce por moneda extranjera hablamos de un contrato de compraventa (Albadalejo, 2011, p. 571), al entenderse que la moneda extranjera que adquiere es un bien.

2) El Mandato: La figura embrionaria y genérica del mandato es origen de toda una pléyade de instituciones mercantiles lo cual permite su aplicación analógica ante lagunas habidas en estas figuras más complejas.

Aquí podríamos hablar de la teoría analógica para la exégesis contractual (Diez-Picazo & Gullón, 2016, p. 28) como forma de establecer una legislación supletoria al contrato atípico o con escasa regulación positivizada en las leyes. El tratamiento analógico se podría dar, por ejemplo, entre el contrato de Comisión y el de Mediación o corretaje (Natera Hidalgo, 2012, p. 1179; Villa Vega, 2009, p. 363 y SSTS de 5 de febrero de 1996 y 30 de marzo de 2007), como figuras de la familia o género del mandato.

Este tratamiento analógico solo es subsidiario y en situaciones que guarden identidad de razón. La particularidad de la función económica de las instituciones contractuales específicas también suele elevar encrespados muros en determinados aspectos que impiden su total extrapolación, de ahí la razón de su coexistencia.

En el mentado supuesto nos es conocido que en la Comisión la ejecución de la compra y la venta son comúnmente exigidas al mandatario al tiempo que en el contrato de mediación, al tratarse de objetos venales complejos (compañías, buques, etc.), simplemente se le exige normalmente buscar la persona con interés en el negocio (SSTS de 21 de octubre de 1965, de 3 de marzo de 1967, de 1 de marzo de 1988 y STS 26 de marzo de 1992).

Las instituciones contractuales comprendidas dentro del género del mandato son las siguientes:

- a) El cheque (art. 106. 2º Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque) y la letra de cambio (art. 1. 2º Ley 19/1985, de 16 de julio,

Cambiaría y del Cheque) en donde encontramos sendos mandatos de pago dados a una entidad bancaria o sujeto particular.

- b) La comisión como mandato de compra-venta de mercaderías (Mucius Scaevola, 1949, p. 226) tal como también afirma el artículo 244 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (en adelante CCo).
- c) La mediación o corretaje en calidad de mandato de localización de un interesado en un negocio jurídico (Mucius Scaevola, 1949, p. 466).
- d) Los apoderados o mandatarios singulares o generales del empresario (Mucius Scaevola, 1949, p. 548) tal y como afirma el art. 281 CCo.
- e) Los Viajantes de comercio (Mucius Scaevola, 1949, p. 566).
- f) Los capitanes de buque (Mucius Scaevola, 1949, p. 576).
- g) Incluso las figuras de Agente Comercial (Mucius Scaevola, 1949, p. 568) como mandatario independiente<sup>7</sup> y procurador mismo (Mucius Scaevola, 1949, p. 596) caen bajo órbita de esa figura.

Como vemos la materialización del mandato en la vida comercial concreta ha dotado a la forma genérica del mandato de especificidades más acomodadas a concretas necesidades del tráfico, no obstante conservar, un compartido género.

3) Contrato de Suministro. Tal y como el PACM de 2018 advena en su artículo 513-9 las normas de la compraventa de bienes muebles han de conformar la idiosincrasia legal de forma supletoria del contrato de suministro por sus marcadas similitudes.

Por todo ello concluimos que el cimiento de la dogmática civil y mercantil podrá seguir empleándose para la inteligencia y aplicación de ulteriores figuras innominadas aparentemente diversas que adolezcan de especificidades o modificaciones frente a las precedentes.

## V. ÚLTIMAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL NUEVO PACM DE 2018

Habiendo expuesto el grueso de la materia alrededor de la cual este opúsculo nos convocaba, resta decir que el PACM de 2018 hizo modificaciones frente a su homónima antecesora encarrilándose nuevamente por la senda del sistema civilista por la mentada capitalidad de la dogmática civil.

Sin embargo la presente proposición de anteproyecto sigue disociada en algunas materias diacríticas del código civil por influencia de convenios y principios internacionales de Derecho Privado, lo cual entendemos constituye un error.

Ya que no es el objeto principal de este trabajo citamos de forma enunciativa una de las alteraciones más graves en materia de formación del contrato que hemos advertido.

En la perfección o nacimiento del contrato de compraventa mercantil se incluye la posibilidad de que se perfeccione el vínculo a pesar de la indefinición de términos esenciales (412-6 PAC de 2018)<sup>8</sup>. Tampoco la ausencia de precio constituye una rémora al perfeccionamiento del negocio (412-8 PAC de 2018)<sup>9</sup> algo que rechazaría tanto el derecho romano (Buckland & McNair, 2008, p. 280 y ss.) como nuestra dogmática civil.

Posiblemente esto se debe al fomento y agilización de la contratación mercantil antes mentada. No obstante permitir el nacimiento de relaciones jurídicas heridas de muerte, esto es, con importantes deficiencias en la definición de sus obligaciones y alcance puede abocar a las partes a una litigiosidad o a un uso torticero de las mismas. A nuestro juicio sería más adecuado que no hubiera “casamiento” contractual hasta que las condiciones y términos esenciales del contrato estuvieran ya abordados en sus partes básicas.

## VI. CONCLUSIONES

- I. Como ciencia práctica, el derecho considera las relaciones humanas desde su justicia para poder acompañarlas hacia ella. Esta ciencia está nutrida por la sabia experiencia que, a fuer de reales y sucesivos hechos acaecidos, ha ido esculpiendo perdurables instituciones como la garantía real, oriunda del mismo Derecho Romano.
- II. También es propio de toda ciencia la conceptualización de su saber para una cabal inteligencia del objeto de su estudio y la ordenación de su estructura. En el ámbito jurídico esta conceptualización y sistematización aprovecha en una mayor seguridad jurídica así como en un más ágil y fácil manejo de sus verdades e instituciones a los casos prácticos. Ihering lo llama alfabeto jurídico. Como sistema de civil law, frente a los sistemas de Common Law, nuestro Derecho continental ha confiado estos conceptos e institutos nucleares a nuestro Código civil, de los que beben todas las demás áreas del derecho (García Rubio, 2014, p. 21).
- III. La urdimbre institucional entretejida por la dogmática civil ha mostrado su valía en su vetustez centenaria (y en ocasiones milenaria). Ciertamente el dogma no es la ausencia de pensamiento, sino el resultado de un largo y fino razonamiento fruto del cual nacen verdades que superan la prueba del tiempo.
- IV. Por su parte la razón de ser de un Derecho Mercantil parte de la contratación en masa propia del ámbito empresarial, menesterosa ésta de fórmulas mucho más flexibles y dinámicas que las civiles, pero soste-

nidas sobre la sabiduría y guía civilista, sin las cuales se encontraría expuesta y sin cimentación.

El Derecho Común tiene, pues, que proveer el utillaje al Derecho Mercantil para permitirle desarrollar sus especiales instituciones en todo aquello en que la dogmática civil se expresa con cortedad e insuficiencia ante las relaciones empresariales.

V. Ya que Derecho Mercantil es un Derecho basado en el uso y la costumbre, es decir, en las necesidades reales de los operadores mercantiles, corre el riesgo de constituir una rémora para la realidad económica una codificación despegada de la comprobada doctrina civilista acrisolada a lo largo del tiempo.

VI. Como ciencia práctica, el Derecho ha de probar todas estas verdades en la palestra de las relaciones prácticas y su implementación. Por ello ejemplificamos el arrimo provisto por la dogmática civil a la mercantil a través de la teoría de la absorción, la combinación y la analogía de aplicación a las instituciones contractuales

En ellas observamos como la dogmática civil subviene no solo la coherencia e integridad de las instituciones contractuales mercantiles, sino igualmente su inteligencia misma.

VII. Por las razones mentadas, la nueva proposición de anteproyecto de código mercantil ha vuelto al camino de la doctrina civilista. Sin embargo, es forzoso que hagamos alguna referencia a ciertas partes de esta nueva PACM en las cuales se disocia de la dogmática civil, a nuestro juicio, con relativo desacierto.

A título meramente ejemplificador, mencionamos la mutación propuesta en lo tocante a la formación del contrato de compraventa. Según su literal para la perfección del mismo no sería necesario haber fijado un precio o los elementos básicos del objeto.

VIII. En resumen todo sistema codificado está cosido con una hilaza más o menos perfecta que une sus elementos para que todo mandato y disposición deba ser integrado con el todo e interpretado de forma orgánica. Así en cualquier acto de fisiología legal asisten un conjunto de disposiciones que enmarcan, contextualizan y ultiman la aplicación normativa.

La creación de compartimentos estancos e independientes en el ordenamiento puede llevarnos al precipicio de las excepcionalidades y exclusividades, tornando inabarcable al conocimiento y su aplicación. Lo referido desemboca en más inseguridad e incertidumbre, privándole finalmente del merecido Estatuto de Ciencia práctica al Derecho.

## VII. JURISPRUDENCIA CITADA

- STS de 30 de marzo de 2007
- STS de 11 de febrero de 2003
- STS de 2 de febrero de 2001
- STS de 29 de Octubre de 1999
- SSTS de 5 de febrero de 1996
- STS 26 de marzo de 1992
- STS de 1 de marzo de 1988
- STS de 3 de marzo de 1967
- STS de 21 de octubre de 1965
- STS de 22 de noviembre de 1944
- STS 15 de enero de 1940
- STS 29 de enero de 1940
- STS de 18 de octubre de 1940

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA BARCHET, B. (2021). *Tratado de Derecho pop.* Thomson Reuters Aranzadi.
- ALBADALEJO, M. (2011). *Derecho de obligaciones: Vol. II* (Edisofer).
- ARISTÓTELES. (s. f.). *Metafísica*.
- ARROYO APARICIO, A. (2009). Contrato de aparcamiento de vehículos. En A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), *Contratos Mercantiles: Vol. I*. Thomson Reuters Aranzadi.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (1991). *Fuentes del Derecho. Principios del ordenamiento constitucional*. Editorial Tecnos.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., & MÁS BADÍA, M. D. (2009). Contratos de Organización de la Empresa. En A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), *Contratos Mercantiles: Vol. I*. Thomson Reuters Aranzadi.
- BECEÑA, F. (1928). *Magistratura y Justicia: Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial* (Librería General de Victoriano Suarez).
- BERCOVITZ, R. (2009). El contrato de Suministro. En A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), *Contratos Mercantiles: Vol. I*. Thomson Reuters Aranzadi.
- BOQUERA MATARREDONA, J. (2009). Contrato de tarjeta de crédito. En A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), *Contratos Mercantiles: Vol. I*. Thomson Reuters Aranzadi.
- BUCKLAND, W., & MCNAIR, A. (2008). *Roman Law and Common Law. A comparison in outline*. Cambridge University Press.
- CARBAJO CASCÓN, F. (2009). El contrato de distribución selectiva. En A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), *Contratos Mercantiles: Vol. I*. Thomson Reuters Aranzadi.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1954). *La ordenación sistemática del Derecho Civil*. Instituto Editorial Reus.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1993). *Derecho Civil español común y foral. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias.: Vol. IV* (15a). Reus, S.A.

- CHESTERTON, G. K. (2018). *Un buen puñado de ideas* (E. García-Máiquez & L. D. González, Eds.; 1a). Editorial Renacimiento.
- CONSEJO DE ESTADO. (2015). *Dictamen del Consejo de Estado 837/2014. Consideraciones del Consejo de Estado al Anteproyecto de Código Mercantil*.
- DE AQUINO, S. T. (s. f.). *Suma Teológica*.
- DE NOVA, G. (1974). *Il tipo contrattuale*. CEDAM.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J. (2011). Retos de la dogmática civil española en el primer tercio del siglo XXI. En J. Delgado Echevarría & J. Rams Albesa (Eds.), *Retos de la Dogmática civil española* (pp. 13-120). Fundación Coloquio Europeo.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: Vol. I* (5a). Editorial Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L., & GULLÓN, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil: Vol. II* (11a). Editorial Tecnos.
- FALCÓN Y TELLA, M. J. (2010). *La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental*. Marcial Pons.
- GARCÍA RUBIO, M. P. (2014). Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código Mercantil. *Revista de Derecho Civil*, 1(1), 7-27.
- GARCÍA RUBIO, M. P. (2015). La mercantilización del Derecho Civil. A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil en materia de obligaciones y contratos. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 69(2178).
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (2009). El contrato de factoring. En A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), *Contratos Mercantiles: Vol. I*. Thomson Reuters Aranzadi.
- GARRIGUES, J. (1936). *Curso de Derecho Mercantil: Vol. I*. Silverio Aguirre Torre.
- GARRIGUES, J. (1959). *Curso de Derecho Mercantil: Vol. I*. Silverio Aguirre Torre.
- GARRIGUES, J. (1960). *Curso de Derecho Mercantil: Vol. II*. Silverio Aguirre Torre.
- GARRIGUES, J. (1978). *Temas de Derecho vivo*. Tecnos.
- GONZÁLEZ-MENESES, M. (2004). *Leasing inmobiliario como garantía real anómala. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 25 de abril de 2002. XLII*, 215-249.
- GUARINO, A. (1966). *Diritto Privato Romano* (3a). Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene.
- GUTIÉRREZ RIZALDOS, F. (2017). El contrato de permuta. En *Los contratos mercantiles y su aplicación práctica*. Wolters Kluwer España, S.A.
- IHERING VON, R. (1998). *El espíritu del Derecho Romano*. Editorial Comares, S.L.
- KIRCHMANN VON, J. (1973). *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- LÓPEZ CERECEDA, E. (2009). Contrato de Descuento. En A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), *Contratos Mercantiles: Vol. I*. Thomson Reuters Aranzadi.
- MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (2015). La defensa del interés social y la titularidad del patrimonio social como elementos determinantes del gobierno corporativo. En A. Martínez-Echevarría y García de Dueñas (Ed.), *Gobierno corporativo: La estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los administradores*. Thomson Reuters Aranzadi.



- MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DE DUEÑAS, A., & DEL CASTILLO IONOV, R. (2017). El contrato de Joint Venture. En *Los contratos mercantiles y su aplicación práctica*. Wolters Kluwer España, S.A.
- MESSINEO, F. (1986). *Doctrina General del Contrato: Vol. I*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- MONGE GIL, Á. L. (2009). Apertura de crédito ordinario de cuenta corriente. En A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), *Contratos Mercantiles: Vol. I*. Thomson Reuters Aranzadi.
- MORENO SERRANO, E. (2017). El contrato de renting. En *Los contratos mercantiles y su aplicación práctica*. Wolters Kluwer España, S.A.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q. (1904). *Comentarios al Código Civil: Vol. XX*. Sociedad Editorial Española.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q. (1949). *Comentarios al Código Civil. El contrato de mandato: Vol. XXVI-I*. Instituto Editorial Reus.
- NATERA HIDALGO, R. (2012). *Fiscalidad de los contratos civiles y mercantiles*. Grupo Wolters Kluwer.
- PAU PEDRÓN, A. (1994). *Clarín, Ganivet, Azaña. Pensamiento y vivencia del Derecho*. Editorial Tecnos.
- PETIT, C. (2019). *Un código civil perfecto y bien calculado: El proyecto de 1821 en la historia de la codificación*. Dykinson.
- POLO, A. (1956). El concepto y los Problemas del Derecho Mercantil en la Legislación y la Jurisprudencia Españolas. *Revista de Derecho Privado*.
- RAMS ALBESA, J. (2011). Meditación sobre qué cambiar para la construcción de una nueva dogmática para el derecho civil o para un derecho privado general. En J. Delgado Echevarría & J. Rams Albesa (Eds.), *Retos de la Dogmática civil española* (pp. 121-220). Fundación Coloquio Europeo.
- SÁNCHEZ CALERO, F., & SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2015). *Instituciones de Derecho Mercantil* (37a). Thomson Reuters Aranzadi.
- SANTOS ROMÁN, J. M. (2023). Conceptos Clave para repensar el Derecho. En *Claves para repensar la ciencia del derecho a la luz de la doctrina de M. Villey*. Dykinson.
- SIEMS, M. (2020). *Comparative Law* (3a). Cambridge University Press.
- SILVETTI, E. (2004). Comentarios a la ley concursal. En F. Córdón Moreno (Ed.), *Comentarios a la ley Concursal: Vol. I*. Thomson Reuters Aranzadi.
- SIMENTAL FRANCO, V., & CASTRO FLORES, M. A. (2014). *Derecho de Obligaciones*. Limusa.
- VÉRGEZ, M. (2009). Compraventa mercantil y contrato de permuta. En A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), *Contratos Mercantiles*. Thomson Reuters Aranzadi.
- VICENT CHULIÁ, F. (2003). Prólogo. En Christine Pauleau, *El régimen jurídico de las Joint Ventures*. Tirant lo Blanch.
- VILA FLORENSA, M. (2004). *Comentarios a la ley concursal con concordancias, Jurisprudencia y Formularios: Vol. I* (J. M. Sagrera Tizón, A. Sala Reixachs, & A. Ferrer Barriendos, Eds.). Bosch, S.A.
- VILLA VEGA, E. (2009). El contrato de corretaje o mediación. En A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), *Contratos Mercantiles: Vol. I*. Thomson Reuters Aranzadi.

## NOTAS

<sup>1</sup> In (hacia) y sto, stare, statum (erigir o establecer) nos remiten a algo erigido hacia un fin concreto como puede ser la institución de la familia o la creación que permite la educación y protección de los hijos.

<sup>2</sup> La doctrina consideró la opción del mandato mucho más simple, pero en bastantes casos se interpreta como una cesión de créditos con características especiales (cf. J. A. García-Cruces González, El contrato de factoring, en A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), Contratos Mercantiles, vol. I, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2009: 1330. La STS de 11 de febrero de 2003 entiende que en todos los casos hay cesión de la propiedad de los créditos a la entidad bancaria.

<sup>3</sup> La jurisprudencia no es pacífica al entender en ocasiones la traslación de la propiedad de los créditos en todos los casos (STS de 11 de Febrero de 2003) o, como nosotros defendemos, solo en el caso del factoring sin recurso (STS de 2 de febrero de 2001).

<sup>4</sup> Los autores se limitan a dividir esta figura en contratos de sociedad y de vinculación contractual.

<sup>5</sup> Por desgracia en este caso también se ha incluido el arrendamiento financiero de bienes muebles que, como decimos, hubiera merecido un tratamiento de verdadero arrendamiento.

<sup>6</sup> Castán Tobeñas habla del abordaje de las lagunas a través de una elaboración integradora que de vado a una aplicación analógica de las instituciones y de los principios generales. La unión del sistema por tanto nos permite economizar en intentos interpretativos cuando instituciones previas ya muestran identidad de razón con la institución que nos interpela en el caso concreto.

<sup>7</sup> También las SSTS 15 y 29 de enero, 18 de octubre de 1940 y 22 de noviembre de 1944, avalan la inclusión de esta especie de contrato en el género de los mandatos.

<sup>8</sup> Por influencia de regulaciones internacionales como el art. 2.1.14 de los Principios Unidroit del 2016, etc.

<sup>9</sup> Por influencia de regulaciones internacionales como el art. 5.1.7 de los Principios Unidroit del 2016, art. 55 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, etc.

*Trabajo recibido el 30 de abril de 2024 y aceptado  
para su publicación el 20 de mayo de 2024*

# ESTUDIO LEGISLATIVO



Contratación con inteligencia  
artificial y contratos algorítmicos:  
repensando el Derecho civil ante  
el informe español de la legislación  
de consumo y mercantil para  
la Comisión Europea

*AI Contracting and Algorithmic  
Contracts: Rethinking Private Law  
in the light of the Spanish Report on  
B2C and B2B Regulation for  
the European Commission*

por

CRISTINA ARGELICH COMELLES  
*Profesora Ayudante Doctor de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid*

RESUMEN: El presente trabajo detalla las modificaciones necesarias en el Derecho español en materia de contratación con inteligencia artificial —*AI contracting*— y contratos algorítmicos —*algorithmic contracts*—, a la luz del Informe nacional de España sobre la legislación de consumo y mercantil, emitido en autoría individual para la Comisión Europea, que fue cerrado el 10 de abril de 2024 para el estudio “*Novel forms of contracting in the digital economy*”. Se formulan unas precisiones terminológicas iniciales, para abordar posteriormente todas las adaptaciones en el Derecho español de contratos en materia de debe-

res precontractuales, formación y ejecución del contrato, incluyendo la fuerza mayor, el cambio de circunstancias, los remedios frente al incumplimiento, la representación y la responsabilidad civil. Al hilo del análisis, se incide en las modificaciones en el Derecho civil común, que podrían adaptar a su vez los legisladores autonómicos de Cataluña y Navarra, considerando oportunamente la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2023 de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación.

*ABSTRACT: This paper argues the regulatory amendments on Spanish Law in the light of the recommendations proposed in the Spanish national report—in individual authorship—for the European Commission on B2C and B2B AI contracting and algorithmic contracts, of 10 April 2024, in the study ‘Novel forms of contracting in the digital economy’. Terminological clarifications are made to address legal modifications in pre-contractual duties, formation, and performance of the contract, including force majeure, hardship, remedies, representation, and civil liability. In line with the report, the amendments in Spanish Contract Law are discussed, with due analysis of the 2023 Proposal for Modernization of the Spanish Civil Code in Obligations and Contracts, of the Civil Law Section in the Spanish Law Commission.*

**PALABRAS CLAVE:** contratación con inteligencia artificial, contratos algorítmicos, contratos inteligentes, remedios, responsabilidad civil.

**KEYWORDS:** *AI contracting, algorithmic contracts, smart contracts, remedies, civil liability.*

**SUMARIO:** I. CONTRATACIÓN AUTOMATIZADA Y CONTRATACIÓN CON INTELIGENCIA ARTIFICIAL AUTÓNOMA O ASISTIDA: DE LOS *SMART CONTRACTS* Y *M2M CONTRACTS* AL *AI CONTRACTING* Y LOS *ALGORITHMIC CONTRACTS*. I.1. SISTEMA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL: INTELIGENCIA ARTIFICIAL DETERMINISTA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL NO DETERMINISTA. I.2. CONTRATACIÓN AUTOMATIZADA: CONTRATACIÓN AUTOMATIZADA SIN INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y CONTRATACIÓN AUTOMATIZADA CON INTELIGENCIA ARTIFICIAL. I.3. CONTRATACIÓN CON INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y GENERACIÓN DE OFERTAS CON INTELIGENCIA ARTIFICIAL. I.4. FORMACIÓN DEL CONTRATO POR INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y CONTRATO FACILITADO POR INTELIGENCIA ARTIFICIAL. I.5. EJECUCIÓN DEL CONTRATO MEDIANTE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO POR INTELIGENCIA ARTIFICIAL. I.6. INTERVENCIÓN HUMANA, TOMA DE DECISIONES ALGORÍTMICA, ASISTENTES DIGITALES Y CONTRATOS ALGORÍTMICOS.—II. LA ADAPTACIÓN DIGITAL DEL DERECHO ESPAÑOL DE CONTRATOS: UNA GUÍA PARA REPENSAR EL DERECHO CIVIL COMÚN Y LOS DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS DE CATALUÑA Y NAVARRA. II.1. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA APLICABLE A LOS CONTRATOS INTELIGENTES,

A LA CONTRATACIÓN CON INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y A LOS ENTORNOS CONTROLADOS DE PRUEBAS O *sandboxes* REGULATORIOS. II.2. ETAPA PRECONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO Y MERCANTIL. II.2.A. *Deber de información y manipulación del precio en los contratos de consumo*. II.2.B. *Contratos algorítmicos, protección del consumidor por el uso de asistentes digitales y buena fe contractual*. II.3. FORMACIÓN DEL CONTRATO. II.3.A. *Consentimiento e identidad de las partes contratantes*. II.3.B. *Forma*. II.3.C. *Requisitos de validez en la formación del contrato por inteligencia artificial*. II.3.D. *Anulabilidad del contrato por error en el consentimiento e implicaciones de la inteligencia artificial*. II.3.E. *Tratamiento legal de la oferta generada por inteligencia artificial*. II.3.F. *Interpretación del contrato*. II.4. EJECUCIÓN DEL CONTRATO. II.4.A. *Fuerza mayor*. II.4.B. *Adaptación del contrato por cambio de circunstancias*. II.4.C. *Extinción del contrato y remedios frente al incumplimiento*. II.4.D. *Representación*. II.4.E. *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*.—III. CONCLUSIONES.—IV. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. CONTRATACIÓN AUTOMATIZADA Y CONTRATACIÓN CON INTELIGENCIA ARTIFICIAL AUTÓNOMA O ASISTIDA: DE LOS *SMART CONTRACTS* Y *M2M CONTRACTS* AL *AI CONTRACTING* Y LOS *ALGORITHMIC CONTRACTS*<sup>1</sup>

Los *smart contracts*, como contratos inteligentes o automatizados, han sido objeto de diversos trabajos de investigación, así como propuestas *de lege ferenda*, debiendo destacar la formulada por diversos académicos europeos del *European Law Institute* —en adelante, ELI— en los “*ELI Principles on Blockchain Technology, Smart Contracts and Consumer Protection*” (EUROPEAN LAW INSTITUTE, 2023). Los estudios doctrinales abordan tanto la autoejecución de las prestaciones contractuales como lo que podría considerarse el embrión del *AI contracting* o la contratación con inteligencia artificial, en adelante, IA: los *machine-to-machine contracts* o *M2M contracts*. Este último contrato obtiene del consentimiento en una obligación principal la base para la perfección automatizada de un contrato que, necesariamente, debe considerarse una obligación accesoria, por las apreciaciones aplicables en materia de consentimiento tanto a los contratos inteligentes como a la contratación con inteligencia artificial<sup>2</sup>. Algunos autores habían advertido que los *smart contracts* en realidad eran robóticos —“is robotic not smart” (MCJOHN, 2016, 2-23)—, y que el Derecho de contratos debía desarrollar reglas específicas para el *robot contracting* y el tratamiento legal de la responsabilidad civil (MICHALSKI, 2018, 1021-1071). Por ello, cabía intuir que los *M2M contracts* (ARGELICH COMELLES, 2020,

1-41) eran el preludio del *AI contracting*, más recientemente desarrollado por la doctrina científica vinculada a la ingeniería (TILLET, 2021, 1-159; JIANG, ZHANG, 2024, 1436-1452). Estas denominaciones apuntan a la idea nuclear del *AI contracting*: la contratación autónoma con IA o la contratación asistida por IA —mediante asistentes digitales—, que ya se producía parcialmente en los *M2M contracts*. El *AI contracting* ha llamado la atención de la Comisión Europea, a los efectos de la encomienda en autoría individual del Informe nacional de España sobre la adaptación de la legislación de consumo y mercantil a este nuevo paradigma, que fue cerrado el 10 de abril de 2024 para el estudio “*Novel forms of contracting in the digital economy*”. Aunque el objeto del Informe es principalmente el *AI contracting*, se realizarán referencias oportunas a los *smart contracts* a lo largo de este trabajo.

Por lo que respecta al marco regulatorio en materia de inteligencia artificial, este viene establecido en el Reglamento 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos nº 300/2008, nº 167/2013, nº 168/2013, 2018/858, 2018/1139 y 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, 2016/797 y 2020/1828<sup>3</sup> o *Artificial Intelligence Act*. Como es sabido, el tratamiento legal de este Reglamento se centra en los sistemas de IA de alto riesgo, sometidos a determinados requisitos y a una evaluación de conformidad *ex ante*, permitiendo a su vez los sistemas de IA regulares sujetos a determinados requisitos de transparencia. Complementariamente y en materia de responsabilidad civil<sup>4</sup>, indicamos también que el Parlamento Europeo aprobó la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos el 12 de marzo de 2024, y que se encuentra en tramitación la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (MARTÍN CASALS, 2023, 55-100). La regulación contractual corresponde a cada Estado miembro de la Unión, debiendo matizar la armonización europea en materia de protección del consumidor y comercio electrónico. No obstante, la utilización de la IA en la contratación necesita un análisis acerca de la “aceptabilidad” y la “seguridad jurídica” respecto de los diversos sistemas legales de los Estados miembros, debiendo identificar si las normas nacionales aplicables a la contratación automatizada y al *AI contracting* constituyen obstáculos para la adopción de dicha contratación en el mercado interior de la Unión. En otras palabras, muy probablemente la finalidad última de la encomienda de estos informes nacionales por parte de la Comisión Europea sea la armonización mediante una Directiva de la legislación de consumo y comercio electrónico en materia de contratación con inteligencia artificial y contratos algorítmicos.

Con carácter previo a la adaptación de la legislación española en materia de contratación automatizada y contratación con IA en los contratos de consu-



mo y entre empresarios, es necesario realizar algunas precisiones respecto de la terminología utilizada. Estas se indicarán sistemáticamente a continuación, y se referirán en contraste cuando proceda.

#### I.1. SISTEMA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL: INTELIGENCIA ARTIFICIAL DETERMINISTA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL NO DETERMINISTA

En primer lugar, un *AI system* o sistema de IA es aquel diseñado para operar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar adaptabilidad, en el sentido de generar resultados tales como predicciones, contenido, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales, partiendo de elementos explícitos o implícitos, de conformidad con el art. 3 de la *Artificial Intelligence Act*.

En este sentido, encontramos el *deterministic AI* o la IA determinista, como un sistema de IA que opera mediante instrucciones algorítmicas codificadas, que no pueden adaptarse, es decir, que su ejecución es fija. Un algoritmo determinista es aquel que, en atención a una premisa concreta, siempre producirá la misma consecuencia, es decir, que la programación siempre ejecuta la misma secuencia de estados. Por ello, en este ámbito, la autoejecución del contrato está predefinida, pues sigue un conjunto predefinido de reglas cuyo resultado debería ser parejo. En este sentido, es necesario mencionar que los sistemas expertos —como los utilizados en los *smart contracts*— suelen ser deterministas, que la contratación con IA determinista implica un grado de inteligencia mediante el aprendizaje, el razonamiento y la resolución de problemas dentro de un conjunto de reglas programadas —a diferencia de los *smart contracts*—, puesto que la contratación automatizada implica una ejecución del contrato rígida o sin ningún tipo de razonamiento. Por lo que respecta al *non-deterministic AI* o la IA no determinista, está diseñada para aprender de los datos y adaptarse a nuevas situaciones, a los efectos de ejecutar una variedad de prestaciones con una autonomía superior a la de la IA determinista. En este sentido, existe un riesgo más elevado de resultados inadecuados y de aleatoriedad en la IA no determinista, quedando circunscritos los errores de programación a la IA determinista.

#### I.2. CONTRATACIÓN AUTOMATIZADA: CONTRATACIÓN AUTOMATIZADA SIN INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y CONTRATACIÓN AUTOMATIZADA CON INTELIGENCIA ARTIFICIAL

El *automated contracting* o contratación automatizada es un proceso de contratación en el que cualquier fase contractual, como la generación de la oferta, la formación de contrato, o la ejecución del contrato se realiza mediante un código

informático que automatiza su ejecución. El término “automatización” puede incluir la contratación automatizada sin IA, así como la contratación automatizada con IA. El *non-AI automated contracting* o la contratación automatizada sin IA se refiere al proceso de contratación automatizado, pero estrictamente programado, como los *smart contracts*, pues las partes definen estrictamente en un código informático su autoejecución. En materia de contratos automatizados, existe el riesgo de los errores de programación, para cuya solución es necesario reprogramar el contrato dentro de la cadena de bloques desde el *hash* anterior al *bug* que contiene el error. Por el contrario, en la contratación automatizada sin IA no existe riesgo de error respecto del *software* en la toma de decisiones basadas en el *self-learning* o autoaprendizaje, pues ello concierne al *AI contracting*. Aunque el objeto del estudio no es la contratación automatizada solamente, el marco legal existente que rige la contratación automatizada sin IA —como los requisitos de validez del contrato— se aplican a la contratación con IA y, por tanto, estas reglas son relevantes.

### I.3. CONTRATACIÓN CON INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y GENERACIÓN DE OFERTAS CON INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Por otra parte, el *AI contracting* o la contratación con IA es una subcategoría de contratación automatizada cuya característica definitoria es que el proceso de contratación se basa —al menos parcialmente— en la IA. En otras palabras, una o más de las etapas del proceso de contratación está determinada o facilitada mediante la IA, en concreto, la negociación, la información, la generación de ofertas, la formación del contrato y su ejecución, incluida la extinción. Pese a la amplitud del concepto, la contratación con IA no implica que la IA intervenga desde la formación a la extinción del contrato. El *AI offer generation* o la generación de ofertas con IA, referida a la etapa precontractual, es aquella predicción o recomendación de una oferta realizada por la IA, que también puede incluir la creación de una oferta, ante la cual el usuario humano tomará una decisión, concretada en rechazar dicha oferta o aceptarla y formalizar un contrato. Sin embargo, las ofertas generadas por un sistema de IA pueden limitar la elección del usuario humano, como sucede en la priorización de unas ofertas en detrimento de otras, por lo que es oportuno indicar que los sistemas de prelación de ofertas en las plataformas en línea se regulan en el Reglamento 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea<sup>5</sup>.

#### I.4. FORMACIÓN DEL CONTRATO POR INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y CONTRATO FACILITADO POR INTELIGENCIA ARTIFICIAL

En cuanto al *AI contract formation* o formación del contrato por IA, permite la formación o celebración autónoma de contratos por parte de un sistema de IA. Ello se concreta en que el usuario humano no decide la perfección de un contrato, pero ha definido previamente unos parámetros mediante los que delega la decisión concreta a la IA, que procederá a la celebración del contrato conforme a estos y sin intervención humana, cuya eficacia vinculante será para el usuario humano. Los requisitos de validez del contrato varían en función de los sistemas legales, abordando en este trabajo los relativos al Derecho español de contratos<sup>6</sup>, pudiéndose referir a una comunicación entre diversos sistemas de IA, los acuerdos *clickwrap* y *browsewrap* o la aceptación del usuario, y los sistemas de firma electrónica e identidad digital junto con la confirmación adicional de la celebración del contrato. En contraste, en el *contract facilitated by AI* o contrato facilitado por IA, la formación del contrato depende de la intervención humana.

#### I.5. EJECUCIÓN DEL CONTRATO MEDIANTE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO POR INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Por lo que respecta al *AI-supported contract performance* o la ejecución del contrato mediante la IA, el sistema de IA no puede ejecutar autónomamente las acciones requeridas, como la necesaria revisión humana de un calendario para la entrega del objeto del contrato propuesto por un sistema de IA. Para dicha propuesta o recomendación, el sistema de IA se basa en el contrato para su análisis, pero el usuario humano tiene que revisarlo, proporcionar la información necesaria, así como ejecutar las prestaciones por sí mismo, por lo que en estos contratos es necesaria la intervención humana. En suma, el sistema de IA solo entregará una recomendación al usuario humano, mediante una aplicación vinculada, pero corresponde al usuario humano la toma de decisiones. En cuanto al *autonomous AI contract performance* o ejecución del contrato por IA, el sistema de IA ejecutará autónomamente las acciones requeridas respecto de las prestaciones sin intervención humana, como en la automatización del pago del precio cuando se cumplan determinados hechos jurídicos o eventos informáticos que, una vez detectados, inicien la autoejecución. En otras palabras, el sistema de IA decidirá de forma autónoma si se cumplen los requisitos relativos, por ejemplo, a la recepción del objeto del contrato, y ejecutará el pago del precio habiendo realizado un análisis autónomo del contrato. La decisión autónoma del sistema de IA también puede consistir en adaptar la ejecución del contrato ante eventos de apreciación subjetiva no programables, como la falta de conformidad, a diferencia de la tecnología de re-

gistro electrónico, ya sea centralizado o distribuido —como *blockchain*—, que no puede proceder a dicha adaptación. Existe intervención humana mediante el *AI-supported contract performance* cuando el sistema de IA solo proporciona una recomendación que no autoejecuta, así como cuando se producen recomendaciones acerca de la prórroga contractual. En suma, el *AI-supported contract performance* recomienda una decisión al usuario humano, mientras que, en el *autonomous AI contract performance*, el sistema de IA toma autónomamente decisiones.

#### I.6. INTERVENCIÓN HUMANA, TOMA DE DECISIONES ALGORÍTMICA, ASISTENTES DIGITALES Y CONTRATOS ALGORÍTMICOS

En cuanto al *human intervention* o la intervención humana, el control humano en materia de contratación implica aceptar o rechazar una decisión, actuar positiva o negativamente según una recomendación planteada por el sistema de IA, así como, en fase de ejecución del contrato, decidir sobre su interrupción, anulación o reversión de la ejecución propuesta por el sistema de IA. Por ello, la supervisión humana debe reservarse para el control ejercido antes o después del inicio de la autoejecución del contrato. El *automated decision-making* —en adelante, ADM— o toma de decisiones algorítmica es un proceso computacional que incluye técnicas de IA alimentadas por entradas y datos recibidos o recopilados del entorno que, a su vez, pueden generar con base en un conjunto de objetivos predefinidos unos resultados concretos en una amplia variedad de formas, tales como sobre contenido, calificaciones, recomendaciones, decisiones, predicciones, entre otros. Este proceso computacional se considera autónomo si no implica intervención humana, por lo que la supervisión humana es potestativa en el control de la ejecución, o si el humano debe intervenir de acuerdo con ciertas reglas. En el ADM es donde se incardina el uso de *digital assistants* o asistentes digitales en los *algorithmic contracts* o contratos algorítmicos, entendidos como aquellos contratos en los que las partes utilizan un asistente digital para automatizar cualquier acción o decisión respecto de la celebración o la ejecución del contrato. En este sentido, es conveniente mencionar que el ELI está elaborando unas reglas para adaptar el tratamiento legal formulado en materia de ADM a los contratos algorítmicos de consumo, titulado “*Guiding Principles and Model Rules on Algorithmic Consumer Contracts*”.

## II. LA ADAPTACIÓN DIGITAL DEL DERECHO ESPAÑOL DE CONTRATOS: UNA GUÍA PARA REPENSAR EL DERECHO CIVIL COMÚN Y LOS DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS DE CATALUÑA Y NAVARRA

Partiendo de las Propuestas de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos elaboradas por la Sección Primera de la Comisión

General de Codificación, correspondiendo la última al año 2023 (MINISTERIO DE JUSTICIA, 2023), así como de la legislación vigente, es momento de abordar la adaptación en materia de Derecho digital respecto de la formación y ejecución de los contratos de consumo y entre empresarios, con la finalidad de repensar el Derecho español de contratos con carácter general. Aunque el objeto del Informe nacional de España emitido para la Comisión Europea sean los contratos B2B y B2C —habida cuenta de la necesaria armonización normativa en la Unión—, la adaptación en materia digital deberá concernir el Derecho civil español, en este caso, como regulación común en materia de contratos civiles, así como los Derechos civiles autonómicos. Sirvan las modificaciones sugeridas en este trabajo respecto del Derecho civil común como inspiración a los legisladores autonómicos de Cataluña y Navarra, en el ámbito de sus competencias, habida cuenta de la desatención reiterada del legislador estatal de las propuestas de modernización en materia contractual formuladas hasta la fecha.

## II.1. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA APLICABLE A LOS CONTRATOS INTELIGENTES, A LA CONTRATACIÓN CON INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y A LOS ENTORNOS CONTROLADOS DE PRUEBAS O *SANDBOXES* REGULATORIOS

Por lo que respecta a la legislación española, no existe una regulación específica sobre contratación automatizada ni contratación con IA. Por tanto, la legislación española en materia de contratos se aplicará a los contratos automatizados y al *AI contracting*<sup>7</sup>. Asimismo, la legislación española de consumo es aplicable a la contratación automatizada y a la contratación con IA, y se corresponde con la normativa a la que nos remitimos<sup>8</sup>. Complementariamente, aunque no se abordará en este estudio —pero ha sido referida en su totalidad en el Informe nacional para la Comisión Europea—, encontramos la regulación autonómica en materia de protección al consumidor y métodos alternativos de solución de conflictos de consumo, debiendo destacar los recientes Estatutos del Consumidor dispuestos en el País Vasco<sup>9</sup>, Navarra<sup>10</sup>, la Comunitat Valenciana<sup>11</sup>, Castilla-La Mancha<sup>12</sup>, Extremadura<sup>13</sup>, y Castilla y León<sup>14</sup>, junto con el Código del Consumo de Cataluña<sup>15</sup>.

En cuanto a la legislación aplicable a la contratación con IA, la legislación española mencionada anteriormente se aplica a los contratos de consumo y entre empresarios tanto en la contratación automatizada como en la contratación con IA, considerando el comercio electrónico como un sector específico regulado en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico<sup>16</sup>. A los efectos de proporcionar un tratamiento legal para el *AI contracting* en la legislación española de consumo, habida cuenta de

su armonización europea, nos referiremos oportunamente a las propuestas del Informe Provisional del ELI “*EU Consumer Law and Automated Decision-Making (ADM): Is EU Consumer Law Ready for ADM?*” (EUROPEAN LAW INSTITUTE, 2023).

La legislación española sobre el uso de la IA en sectores específicos aborda los entornos controlados de pruebas o *sandboxes* regulatorios, así como la autoridad nacional de supervisión de la IA. Por una parte, se dispone el Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial<sup>17</sup>. El *sandbox* regulatorio español posibilita la cooperación entre usuarios, referidos a personas jurídicas y proveedores de IA, además de tener como objetivo la aproximación entre las empresas de desarrollo de IA y la Administración pública española. Este *sandbox* regulatorio contará con un procedimiento de selección y admisión para proveedores y usuarios de sistemas de IA, así como un Consejo Asesor de Expertos. Por otra parte, se encuentra el Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial<sup>18</sup>. La Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial tiene la función de supervisar, asesorar, sancionar, sensibilizar y formar a organismos públicos y privados en esta materia, en aras de la correcta implementación de la normativa española y europea sobre el uso adecuado y desarrollo de los sistemas de IA.

## II.2. ETAPA PRECONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO Y MERCANTIL

Por lo que se refiere al *B2B AI contracting*, los deberes precontractuales aplicables a la contratación con IA entre empresarios son el deber de información precontractual y el deber de confidencialidad<sup>19</sup>. El remedio privado para la ruptura injustificada de las negociaciones precontractuales, que permite preservar la libertad de contratar, es la indemnización por daños y perjuicios (RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, 2015, 1801-1820). El contrato celebrado con error en el consentimiento es anulable, como en los supuestos de incumplimiento del deber de información precontractual o por inobservancia de la buena fe contractual (MORALES MORENO, 1988, 1-400; PANTALEÓN PRIETO, 2011, 897-929; GÓMEZ CALLE, 1994, 1-148). La nulidad del contrato es el remedio aplicable en el caso de infracción de los deberes precontractuales que afectan al objeto o a la ejecución del contrato, según los arts. 1300 y 1301 CC (MORALES MORENO, 2010, 1-192). Respecto de los acuerdos de confidencialidad y de conformidad con lo propuesto en el art. 2:302 de los Principios de Derecho

Contractual Europeo, la doctrina civilista española sostiene que el derecho a la indemnización íntegra se asimila a la restitución por enriquecimiento injusto, lo que permite su aplicación en ausencia de daño (DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS, MORALES MORENO, 2002, 199; GARCÍA RUBIO, OTERO CRESPO, 2010, 41-42). El cumplimiento del deber de información precontractual y del deber de confidencialidad previstos en la legislación española no plantean problemas ni en la contratación automatizada ni en la contratación con IA entre empresarios, por su incorporación en las cláusulas contractuales, así como en los términos y condiciones de uso de las plataformas en línea. En cuanto al deber de confidencialidad, podría cumplirse con este si se considera incluido en el contrato, de conformidad con el art. 2.1.16 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (VOGENAUER, KLEINHEISTERKAMP, 2009, 307-309).

Respecto de los requisitos de validez del negocio jurídico dispuestos en el art. 1262 CC, la nulidad del contrato se produciría en relación con la falta de consentimiento y objeto, considerando también como elemento esencial del contrato en Derecho español la causa como base del negocio jurídico, mientras este requisito no sea modificado para armonizarlo con el Derecho privado europeo, en el sentido del proyectado art. 1221 de la Propuesta elaborada por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación (MINISTERIO DE JUSTICIA, 2023; MORALES MORENO, 2011, 455-476). En cuanto a la anulabilidad del contrato prevista en el art. 1265 CC, esta se produciría por la existencia de un vicio del consentimiento. Con respecto a la protección de consumidor, los controles de incorporación y de contenido se aplican a las condiciones generales de la contratación, mientras que el control de transparencia se refiere a las cláusulas no negociadas individualmente, tanto en los contratos automatizados como en la contratación con IA (CÁMARA LAPUENTE, 2006, 1-205).

### *III.2.A. Deber de información y manipulación del precio en los contratos de consumo*

Por lo que respecta al *B2C AI contracting* según los académicos europeos (GROCHOWSKI, JABLONOWSKA, LAGIOIA, SARTOR, 2021, 43-63; BUSCH, 2016, 1-11), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, y teniendo en cuenta el *Principle 3: Pre-Contractual Information Duties Continue to Apply* del Informe del ELI “*EU Consumer Law and Automated Decision-Making (ADM): Is EU Consumer Law Ready for ADM?*”, el requisito de proporcionar información precontractual en los contratos de consumo se aplica igualmente cuando el consumidor utilice un asistente digital, con independencia

del conocimiento real del consumidor y de la capacidad de los asistentes digitales, en aras de una adecuada simetría negocial. En cuanto al conocimiento real del consumidor, convendría revisar la jurisprudencia española sobre la doctrina del “consumidor experto”, para proteger al consumidor con independencia de su profesión u otros criterios utilizados para apreciar el error<sup>20</sup>, en aras de situarlo en la línea del *average consumer* o consumidor medio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión.

Por lo que se refiere al Derecho español de consumo, los arts. 60, 97-101 del 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<sup>21</sup> —en adelante, TRLGDCU— establecen deberes precontractuales sobre las principales características del bien o servicio y la identidad del empresario, el acceso a las cláusulas contractuales y la transparencia en los precios, así como el formato accesible y con carácter previo a la celebración del contrato, incluidas las condiciones generales de la contratación previstas en el art. 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación<sup>22</sup>, en adelante, LCGC. El *Principle 4: Non-Discrimination Principle and ‘No Barrier’ Principle Regarding the use of Digital Assistants* del Informe del ELI “*EU Consumer Law and Automated Decision-Making (ADM): Is EU Consumer Law Ready for ADM?*” establece que la información precontractual debe facilitarse en *machine-readable manner* o en formato comprensible automatizado. Estos deberes precontractuales garantizan al consumidor el control de transparencia formal y material, tanto en la contratación automatizada como en la contratación con IA. La intervención humana no es relevante en la contratación de consumo con IA respecto de los deberes precontractuales, porque estos ya pueden programarse en la contratación totalmente automatizada como elementos de apreciación objetiva.

El sesgo de comportamiento para prevenir a los consumidores de la colusión y discriminación algorítmicas ha sido parcialmente abordado por el art. 97.1 f) TRLGDCU, en el sentido de establecer el deber de información al consumidor acerca de la modificación de precios basada en la toma de decisiones automatizada en el comercio electrónico, lo que se denomina *pricing*. En relación con los *dynamic pricing algorithms*, o aquellos algoritmos que para modificar los precios utilizan la IA, y la manipulación de precios (CALVANO, CALZOLARI, DENICOLÒ, PASTORELLO, 2020, 3267-3297; SCHWALBE, 2018, 568-607), deben modificarse el art. 60.1 c), y el art. 97.1 e) y f) TRLGDCU en el sentido de impedir que, si el precio no puede calcularse razonablemente con antelación, sea posible determinarlo después de la celebración del contrato, como en la redacción actual se permite. Conviene reforzar las exigencias del deber de información precontractual previstas en los arts. 60 y 97-101 TRLGDCU para prevenir la



influencia o la manipulación de la IA, estableciendo la obligatoria inmutabilidad de estos elementos con anterioridad a la celebración del contrato.

## II.2.B. *Contratos algorítmicos, protección del consumidor por el uso de asistentes digitales y buena fe contractual*

El *Principle 2: Application of Consumer Law to Algorithmic Contracts* del Informe del ELI “*EU Consumer Law and Automated Decision-Making (ADM): Is EU Consumer Law Ready for ADM?*” determina que la legislación de consumo es igualmente aplicable a los contratos B2C celebrados mediante un asistente digital. Asimismo, y de conformidad con este Principio, el uso del ADM en la prestación de servicios de la sociedad de la información no afecta a la aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior<sup>23</sup>, en adelante, DCE. El asistente digital es un servicio de intermediación y está sujeto a lo dispuesto en los arts. 12-14 DCE, así como al régimen de responsabilidad civil y exenciones previsto en el Reglamento 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE<sup>24</sup>, en adelante, DSA. Generalmente, un asistente digital suele ser un servicio distinto de la mera transmisión, la memoria caché y el alojamiento de datos, como supuestos de exoneración de responsabilidad del proveedor de servicios de la plataforma en línea por la ausencia de relación de causalidad *ex arts.* 4-6 DSA. Cualquier información que se proporcione en virtud de la DCE debe estar contenida en un formato comprensible automatizado. En el art. 11 bis apartado 6 de la Directiva 2023/2673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE<sup>25</sup>, se dispone que los empresarios deben garantizar que el consumidor pueda desistir de un contrato mediante una interfaz gráfica de usuario adecuada, lo que concreta la denominada *protection by design* o protección por el diseño<sup>26</sup>.

Los requisitos relativos a la validez y eficacia de los contratos son aplicables a aquellos celebrados mediante ADM<sup>27</sup>. En consecuencia, las obligaciones precontractuales en los contratos de consumo se aplican en el contexto de las soluciones de IA utilizadas para comprar bienes o servicios de manera automatizada, así como la contratación de consumo con IA —*B2C AI contracting*— y la contratación automatizada de consumo. Si la información precontractual de los arts. 60 y 97-101 TRLGDCU no se proporciona, el responsable es el empre-

sario. En el supuesto de que la información precontractual se proporcione, pero solamente se evalúe por el sistema de IA, el empresario también es responsable en relación con la infracción de la accesibilidad a la información. Finalmente, en caso de que el consumidor acepte los riesgos, este puede renunciar a sus derechos salvo en los supuestos de renuncia previa y de nulidad, de conformidad con el art. 10 TRLGDCU y el Principio 2 del Informe del ELI “*EU Consumer Law and Automated Decision-Making (ADM): Is EU Consumer Law Ready for ADM?*”.

La buena fe en los contratos de consumo, prevista en el art. 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>28</sup> —en adelante, Directiva 93/13— y a la luz del Informe del ELI “*EU Consumer Law and Automated Decision-Making (ADM): Is EU Consumer Law Ready for ADM?*” (EUROPEAN LAW INSTITUTE, 2023, 33), resulta flexible al considerar que una cláusula contractual negociada por un asistente digital es relevante en relación con la equidad. Por lo que respecta a la legislación española, en el supuesto de un contrato de servicios relativo a la prestación de un asistente digital, el proveedor del asistente digital es responsable cuando de la negociación de un plazo por parte del asistente digital se hayan causado daños al consumidor, así como por una protección inferior del consumidor respecto al plazo originario, considerando la buena fe prevista para las cláusulas contractuales en el art. 80 TRLGDCU.

### II.3. FORMACIÓN DEL CONTRATO

Los requisitos de validez del contrato están previstos en el art. 1261 CC, y también se aplican a la contratación automatizada y a la contratación con IA, que incluye los *smart contracts*, los *M2M contracts*, el *AI contracting* y los *algorithmic contracts* (ARGELICH COMELLES, 2022, 215-234). Los elementos esenciales del contrato o requisitos de validez son el consentimiento, el objeto y la causa. El consentimiento se abordará en el siguiente subapartado, adelantando que debe ser manifestado por un ser humano considerado como persona, tanto en la contratación automatizada como en la contratación con IA. En el caso de los *M2M contracts*, el consentimiento de esta obligación accesoria se obtiene del consentimiento del *smart contract* originario como obligación principal. La validez del *M2M contract* está sujeta a la correcta prestación del deber de información precontractual del *smart contract* originario, especialmente relevante en los contratos de consumo para apreciar el cumplimiento del control de transparencia. La oferta del empresario es vinculante, tanto en los contratos entre empresarios como en los contratos de consumo. El acuerdo de voluntades es necesario en las obligaciones bilaterales para iniciar la autoejecución del contrato, mientras

que en las obligaciones unilaterales es necesaria la aceptación del deudor a estos efectos.

En cuanto al objeto del contrato, este es previo y conocido por las partes, de manera que se determina con anterioridad a la ejecución del contrato tanto en la contratación automatizada como en la contratación con IA. El objeto debe ser lícito, posible y determinado o determinable, según los arts. 1271, 1272, 1273 y 1255 CC. En relación con la causa —recordando la falta de armonización europea de este elemento—, está determinada por la naturaleza de la prestación, distinguiendo entre contratos abstractos —o contratos sin causa— y contratos causales. La voluntad de las partes y el principio de buena fe son los criterios para apreciar la simulación del contrato y la causa. Tanto en la contratación automatizada como en la contratación con IA, la simulación contractual se puede solucionar con una correcta programación de las prestaciones —en el sentido de evitar inexactitudes en su ejecución— y de las consecuencias jurídicas aparejadas a la recepción externa de los datos administrativos, bancarios, fiscales y judiciales.

En los contratos B2B y B2C rige el principio de libertad de forma, tal y como establece con carácter general el art. 1278 CC. Los contratos que exigen su formalización en escritura pública, *ex art.* 1280 CC, son la donación de bienes inmuebles y el préstamo hipotecario, a cuyo análisis detallado en cuanto a la forma nos remitimos<sup>29</sup>. Respecto de la forma y la publicidad del préstamo hipotecario, la inscripción registral es constitutiva y, en cuanto a su formalización en escritura pública, una vez que el *smart contract* sea vinculante, la programación deberá suspender su autoejecución hasta que las partes lo eleven a escritura pública y promuevan su inscripción registral. El art. 23 de la Ley 34/2002 establece que tanto la forma escrita como la forma electrónica son equivalentes.

En cuanto a la anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento, que se analizará más adelante<sup>30</sup>, el principal vicio del consentimiento que puede existir es el error *ex arts.* 1265 y 1266 CC, y será difícil mitigar sus efectos en la codificación porque utilizar la reprogramación o la IA implica una adaptación del contrato que es contraria a las consecuencias de su anulabilidad. En cuanto a la ejecución del contrato, la voluntad de las partes interviene inmediatamente en la formación del contrato (DUROVIC, JANSSEN, 2018, 753-771), por la implementación de las prestaciones, y mediatamente en su autoejecución. En los contratos de tracto sucesivo, la ejecución de las prestaciones se automatiza mediante un único acuerdo en la formación del contrato. Finalmente, también es posible remitirse al consentimiento en la formación del contrato para la ejecución de prestaciones accesorias.

### *II.3.A. Consentimiento e identidad de las partes contratantes*

En cuanto al consentimiento en los contratos automatizados y la contratación con IA, y de conformidad con el art. 1262 CC, solo un ser humano puede prestar consentimiento contractual válido, y la persona podrá estar representada mediante una clave criptográfica, así como por un tercero mediante una *proof of identity* o prueba de identidad (WERBACH, CORNELL, 2017, 313-382). Según la regulación del consentimiento en el art. 1262 CC, tanto la oferta como su aceptación son necesarias, ya sea verbalmente o por escrito y, en el consentimiento prestado por medios electrónicos, se considera prestado con la aceptación de la oferta, como son ejemplos el *I agree button*, junto con los acuerdos *clickwrap* y *browsewrap*. La programación es un medio electrónico de prestación del consentimiento; esto puede suponer que la existencia de un vicio en el consentimiento en una obligación principal, a falta de la prestación de un nuevo consentimiento, se extienda a un *M2M contract* como obligación accesoria. Las partes contratantes expresan su consentimiento en el *front-end*, o la parte visible para el usuario de la plataforma donde se almacene el contrato, a los efectos de que el *back-end* procese el consentimiento y los datos proporcionados para iniciar su autoejecución, tanto en la contratación automatizada como en la contratación con IA. Con respecto al consentimiento humano en el contexto de la formación de contratos por IA, este consentimiento no se puede presumir ni reemplazar, y, en los *M2M contracts*, este consentimiento está contenido en el *smart contract* originario como obligación principal. En la contratación con IA, es necesario un *co-pilot* o verificación humana en relación con el consentimiento, considerando el acuerdo de voluntades o mutuo consentimiento, el consentimiento individual, así como los acuerdos *clickwrap* y *browsewrap* en las plataformas en línea, en aras de garantizar que el consentimiento sea voluntario, auténtico y carente de vicios en su prestación.

De conformidad con el art. 1262 CC, el consentimiento humano puede expresarse de forma verbal, escrita o por medios electrónicos. Estos medios electrónicos son los siguientes: la firma electrónica, según el Reglamento 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE o Reglamento eIDAS<sup>31</sup>; la identidad digital, regulada y en fase de implementación conforme al Reglamento 2024/1183 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, por el que se modifica el Reglamento 910/2014 en lo que respecta al establecimiento del marco europeo de identidad digital<sup>32</sup>, en adelante, Reglamento eIDAS2; y los acuerdos *clickwrap* y *browsewrap* de las plataformas en línea. La firma electrónica y la identidad digital permiten identificar al titular

de esta, mientras que no existe trazabilidad ni identificación cuando no se utilizan otros medios electrónicos, como la mera aceptación en las plataformas en línea. No obstante, ninguna firma electrónica ni cualquier otro tipo de firma digital es exigible para la celebración de un contrato válido. El consentimiento prestado por medios electrónicos, junto con el resto de los requisitos necesarios para la validez del contrato, producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, como permite en la contratación electrónica el art. 23 de la Ley 34/2002. Por ello, el consentimiento prestado por medios electrónicos que reúna los requisitos de validez producirá los mismos efectos que el consentimiento prestado personalmente.

Por lo que respecta a la identidad de las partes, es necesario abordar diversos extremos. El art. 1257 CC dispone que los contratos tienen efectos entre las partes contratantes y sus herederos. En este último caso, un contrato es eficaz para los herederos tras la aceptación de la herencia, debiendo expresar que la identidad del heredero no depende del testamento, según el art. 773 CC. Para la validez del contrato entre las partes, en relación con el consentimiento y su eficacia, deberá establecerse su identidad. La falta de identidad de las partes —incluyendo el error sobre las mismas— y la falta de capacidad para contratar —como el supuesto de los menores de edad *ex art.* 1263 CC— son causas de nulidad radical del contrato por falta de consentimiento, de conformidad con el art. 1261 CC. Para evitar la nulidad en la contratación automatizada y en la contratación con IA por falta de identidad de las partes o por falta de capacidad para contratar, especialmente en el comercio electrónico con menores de edad, sería necesario implementar la obligatoriedad de la identidad digital en el Reglamento eIDAS2. La falta de identidad para identificar al responsable también podría conllevar problemas en materia de responsabilidad civil contractual.

### *II.3.B. Forma*

Como se ha mencionado anteriormente, en los contratos civiles y mercantiles rige el principio de libertad de forma, según el art. 1278 CC y el art. 51 CCom, y es aplicable tanto a la contratación automatizada como a la contratación con IA, al no ser, con carácter general, un elemento esencial para la validez del contrato, salvo disposición en sentido contrario. De conformidad con el art. 23 de la Ley 34/2002, son equivalentes tanto la forma escrita como la forma electrónica. En cuanto a la forma en el comercio electrónico, según el art. 28 de la Ley 34/2002, tanto en los contratos de consumo como en los contratos entre empresarios deberá aportarse la confirmación o copia del contrato en el caso de aceptación de una oferta vinculante, salvo en el supuesto de celebración del contrato por correo

electrónico o con consentimiento mutuo. En la celebración del contrato mediante correo electrónico, en el ámbito de la contratación con IA de consumo —*B2C AI contracting*—, sería necesario facilitar al consumidor una copia del contrato para evitar cualquier manipulación de la IA.

Por lo que se refiere a los contratos civiles y de conformidad con el art. 1280 CC, la donación de bienes inmuebles *ex art.* 633 CC y el préstamo hipotecario según el art. 145 LH deben formalizarse en escritura pública como forma sustancial. En el caso del préstamo hipotecario, y como excepción a nuestro sistema registral declarativo, es necesaria la formalización del contrato en escritura pública y la inscripción registral del título para la válida celebración del contrato y la constitución de la garantía real. Se advierte que cuando el objeto del contrato se encuentre tokenizado, es decir, que mediante la tecnología *blockchain* disponga de un token que identifique el activo real —como sucede en la Tokenización de bienes—, el legislador español debería regular en el futuro la obligatoriedad de la transcripción en la escritura pública de dicho código informático en los supuestos de forma sustancial, resultando de utilidad tras la inscripción registral del título la publicidad del token. En el supuesto de la forma sustancial y respecto de la contratación automatizada, una vez que el *smart contract* es vinculante, la programación debe suspender su autoejecución hasta que las partes eleven el contrato a escritura pública y promuevan su inscripción registral, una suspensión que sería más automatizable mediante el *AI contracting*. En cuanto a la contratación con IA en el ámbito de los préstamos hipotecarios, en el contexto del *Land Registry Interconnection* de la Unión<sup>33</sup> y la presentación telemática de títulos en nuestro Registro de la Propiedad —tras la aprobación de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos<sup>34</sup>—, puede ser posible en el futuro para los sistemas de IA, tras la elevación del contrato a escritura pública y la autorización de las partes contratantes —que podría ser verificada mediante el actual sistema de firma electrónica o, cuando se haya implementado, mediante la identidad digital—, la aportación de la escritura pública correspondiente en el sistema de presentación telemática de títulos.

En el ámbito de la contratación entre empresarios, el art. 51 CCom establece la libertad de forma, debiendo precisar que la mayor parte de los contratos mercantiles son contratos atípicos. El art. 52 CCom contiene dos excepciones a este principio: en primer lugar, los contratos B2B deberán formalizarse por escrito cuando así lo exija el Código de Comercio u otras normas para su eficacia; y, en segundo lugar, los contratos mercantiles deberán constar por escrito cuando así

lo requiera para su eficacia la normativa del Estado donde se hayan celebrado, sin tener en cuenta las exigencias contractuales de la legislación española.

En aras de prevenir el blanqueo de capitales en las transacciones financieras dentro de la Unión, se ha dispuesto la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios fue transpuesto a la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva<sup>35</sup>. Su art. 16 prevé la celebración de un contrato por escrito cuando un tercero informe a los inversores de las órdenes de suscripción, de recompra, de reembolso y las posteriores órdenes de pago. El contrato para la constitución de fondos de capital riesgo deberá formalizarse por escrito, admitiéndose tanto contratos privados como escrituras públicas, según lo previsto en la modificación operada por el art. 32 de la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva<sup>36</sup>.

### *II.3.C. Requisitos de validez en la formación del contrato por inteligencia artificial*

Partiendo del *Principle 6: Protection of Digital Assistant from Manipulation* del Informe del ELI “*EU Consumer Law and Automated Decision-Making (ADM): Is EU Consumer Law Ready for ADM?*”, la legislación de consumo pretende evitar que el consumidor sea manipulado por la IA. A los efectos de evitar la manipulación del consumidor en la formación del contrato, conviene mencionar como buena práctica que la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de la Generalitat de Cataluña exige información pública sobre los algoritmos utilizados por la Administración para el tratamiento de datos personales, incluida la programación de los algoritmos, en virtud del deber de información del tratamiento de los datos personales para la toma de decisiones *ex arts.* 13.2 y 14.2 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<sup>37</sup> (SORIANO ARNAZ, 2021, 1-316; ARGELICH COMELLES, 2023, 193-198). Cabe mencionar que Cataluña es la única autonomía que informa sobre la programación del algoritmo, y esta práctica podría implementarse en cualquier otra región.

Como se ha mencionado, el art. 1261 CC establece los requisitos para la formación del contrato, y el art. 1262 se refiere a su validez. El consentimiento

puede expresarse verbalmente, por escrito o por medios electrónicos, como la firma electrónica y la identidad digital, así como otros medios para acreditar la identidad, pero estos no sustituyen ni presumen el consentimiento humano, tal y como establece el art. 23 de la Ley 34/2002. En la formación del contrato por IA, el consentimiento humano no se puede presumir ni reemplazar, y dicho consentimiento es necesario para el consentimiento mutuo, el consentimiento individual en la aceptación de una oferta, así como en los acuerdos *clickwrap* y *browsewrap*.

Para la celebración *válida* del contrato y su eficacia, así como para la ineficacia en sentido estricto —sin incumplimiento—, se necesita el consentimiento humano, como en el derecho de desistimiento en los contratos B2C. En el ámbito de los *M2M contracts*, cualquier vicio del consentimiento en el contrato inteligente, como el error, debido a la ausencia de prestación de un nuevo consentimiento, se extiende al *M2M contract*. Por lo que se refiere a la prórroga del contrato —sin denuncia de las partes—, el consentimiento se produce en la celebración del contrato puesto que es el mismo contrato el que se ejecuta, de manera que el consentimiento no se presume.

En cuanto a la contratación entre empresarios, la ejecución de prestaciones accesorias podría remitirse a una planificación voluntaria de contratos, sin que ello suponga la automatización de la formación del contrato, como en el caso de las Organizaciones Autónomas Descentralizadas —en adelante, DAOs— o las *joint ventures*, según se prevé con carácter general en los arts. 239-243 CCom. Las DAOs y las *joint ventures* celebran contratos sucesivos para la prestación de determinados servicios. La contratación automatizada se está aplicando en las DAOs para evitar la manipulación del *smart contract* en la fase de ejecución. En cuanto a la legislación española, no se encuentra ninguna norma imperativa o impedimento para la contratación con IA en el ámbito de las DAOs con respecto a la formación del contrato.

En el ámbito de las DAOs y las *joint ventures*, las partes pueden acordar en el *partnership contract*, como contrato asociativo, la celebración de contratos de tracto sucesivo. En el Derecho español, al no estar reguladas expresamente las DAOs, y al constituirse las *joint ventures* mediante el contrato de consorcio del art. 445 CCom, no existe requisito de forma, aunque es recomendable para la prueba del contrato. En este ámbito, el contrato se puede anular por incumplimiento del deber de confidencialidad. La legislación española en materia de celebración de contratos es aplicable a la contratación con IA en este ámbito, considerando las ventajas que proporciona la IA a los efectos de evitar errores y sesgos humanos en la ejecución del contrato, unas consideraciones útiles en los contratos de tracto sucesivo.



Por lo que se refiere a la jurisprudencia española en materia de contratos inteligentes, no existe jurisprudencia civil ni mercantil relevante. Complementariamente, en el ámbito del Derecho penal, es oportuno reportar un supuesto de blanqueo de capitales y fraude mediante la utilización de *smart contracts* en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de octubre de 2023<sup>38</sup>, donde un contrato inteligente malicioso había sido insertado en diversas páginas web que suplantaban a las verificadas.

Tanto en los contratos de consumo como entre empresarios, si una cláusula contractual es abusiva, la nulidad parcial afecta a esa cláusula del contrato, como también se produce en las condiciones generales de la contratación *ex art.* 8.1 LCGC. En la contratación B2C, también se consideran cláusulas contractuales abusivas aquellas que no están sujetas a una negociación individual, según el art. 83 TRLGDCU (MIQUEL GONZÁLEZ, 2007, 193-223). El resto de las cláusulas contractuales en los contratos B2B y B2C que no sean abusivas son válidas y eficaces, como dispone con carácter general el art. 1284 CC, que también se aplica a la contratación automatizada y a la contratación con IA. Por tanto, no es necesario programar en el *smart contract* ninguna cláusula contractual expresa para la ejecución del resto de las cláusulas contractuales válidas.

De acuerdo con el art. 1303 CC, la existencia de una cláusula contractual abusiva implica la restitución de cualquier prestación respecto de esa cláusula inválida, tanto en los contratos B2B como en los B2C, considerándose para los contratos B2C la excepción prevista en el art. 6.1 de la Directiva 93/13, en aras de evitar perjuicios al consumidor (CAÑIZARES LASO, 2016, 103-123). Esta excepción se refiere al supuesto en el que, sin esta cláusula, el contrato no pueda ejecutarse —según el art. 10.1 LCGC—, previendo para estos casos que la cláusula abusiva del contrato sea integrada judicialmente, como permite el art. 1258 CC.

### *II.3.D. Anulabilidad del contrato por error en el consentimiento e implicaciones de la inteligencia artificial*

El error vicio del consentimiento se encuentra previsto como causa de resolución de los contratos en los arts. 1265 y 1266 CC, cuyo plazo de prescripción es de cuatro años tras la celebración del contrato, según el art. 1301 (JEREZ DELGADO, 2011, 1-324). El error podrá ser confirmado por el deudor según el art. 1309 CC, pero en los contratos B2C esta confirmación no puede ser tácita ni implícita<sup>39</sup>. El error obstativo solo supone la nulidad del contrato cuando no pueda interpretarse respecto a su validez. El error vicio, según los arts. 1265 y 1266 CC, debe ser esencial y sobre las partes contractuales o el objeto, como en

la comercialización indebida de instrumentos financieros a consumidores, en lugar de a inversores. En la jurisprudencia española, el error debe ser excusable, a los efectos del deber de diligencia del deudor, del incumplimiento de los deberes de información precontractual y de la comercialización indebida de instrumentos financieros a los consumidores<sup>40</sup>. Como se ha mencionado anteriormente, la doctrina del “consumidor experto” para apreciar el error debería modificarse en la jurisprudencia española, ya que la protección del consumidor depende de la buena fe y de la comercialización del contrato observando la legislación, en lugar de atender a la experiencia del consumidor o sus conocimientos.

La anulación del contrato por error, en el ámbito de la contratación automatizada y la contratación con IA, se referirá a los errores de programación y a la falta de cumplimiento de los deberes de información precontractual, tanto en los contratos de consumo como entre empresarios. Los sistemas de IA podrían estar tan sesgados como los humanos con respecto al consentimiento, en atención a la programación inicial previa al *self-learning* o autoaprendizaje, de manera que el tratamiento legal del error debería ser equivalente tanto en la contratación automatizada como en la contratación con IA. En cuanto a la IA determinista y no determinista, se debe reforzar la responsabilidad civil contractual de la IA no determinista, con especial atención al autoaprendizaje y la aleatoriedad, como en el *pricing* de las plataformas en línea, tanto en los contratos B2B como B2C. Según el Principio 2 del Informe del ELI “*EU Consumer Law and Automated Decision-Making (ADM): Is EU Consumer Law Ready for ADM?*”, el consumidor debe estar protegido incluso en el supuesto de que haya desarrollado su propio sistema de IA personalizado. Por el contrario, si un empresario ha desarrollado un sistema de IA, es responsable de los resultados inadecuados a este respecto, como la falta de conformidad. Si una parte invoca un error del que se le puede considerar responsable, no goza de protección porque el error debe ser excusable según la jurisprudencia española, como se ha mencionado. La responsabilidad civil contractual en este ámbito puede incluir el desarrollo de *software* y la programación incontrolada de los resultados de la ejecución del contrato.

### *II.3.E. Tratamiento legal de la oferta generada por inteligencia artificial*

El tratamiento legal de la oferta vinculante diverge en los contratos de consumo y entre empresarios, y resulta aplicable a la oferta generada por IA. El art. 1262 CC no dispone la eficacia vinculante de la oferta, pero es oportuno indicar que su regulación expresa ha sido propuesta por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación<sup>41</sup> (MINISTERIO DE JUSTICIA, 2023). La jurisprudencia española considera que la oferta puede ser revocada antes de la

aceptación<sup>42</sup>, y la doctrina civilista aprecia que la oferta de contrato es revocable porque el oferente no está sujeto a ninguna obligación (DÍEZ-PICAZO, 2007, 341). La eficacia vinculante de la oferta es excepcional y deriva de su contenido, una observación aplicable a la contratación con IA. La parte que propone una oferta generada por IA no puede acreditar una voluntad diferente a la manifestada en la oferta, salvo en el supuesto de error en el precio en los contratos B2B, en cuyo caso el precio puede modificarse. En los contratos entre empresarios, la oferta vinculante puede corresponder al cumplimiento de una obligación contractual del oferente, según los arts. 244-280 CCom, una previsión que no se dispone en el Código Civil. Respecto del contrato de compraventa a prueba o ensayo, la oferta no puede revocarse mientras se prueba o ensaya el objeto del contrato, de conformidad con el art. 1453 CC y el art. 328 CCom. La responsabilidad civil contractual del oferente por la revocación de una oferta vinculante puede dar lugar a una indemnización por daños y perjuicios *ex art.* 1107.1 CC. En los contratos entre empresarios, la oferta no es vinculante con carácter general, y ello es aplicable a la oferta generada por IA.

La integración de la oferta, la promoción y la publicidad de bienes o servicios de consumo deberá corresponder a su naturaleza, según el art. 61 TRLGDCU. El contenido de la oferta será exigible por parte de los consumidores, incluso en el supuesto de que no esté incluido en el contrato, y la oferta es vinculante con respecto a la conformidad, unas consideraciones aplicables a la oferta generada por IA según el Principio 2 del Informe del ELI “*EU Consumer Law and Automated Decision-Making (ADM): Is EU Consumer Law Ready for ADM?*”. En el caso de que el contrato contenga cláusulas que sean más beneficiosas que la oferta, la promoción o la publicidad, las cláusulas contractuales deben prevalecer. En cuanto a la oferta en los contratos de consumo, no es posible acreditar que la oferta no se corresponda con la voluntad declarada cuando está generada por IA. En los contratos de consumo con IA —*B2C AI contracting*—, las reclamaciones de los consumidores se aceptan porque una oferta generada por IA es vinculante y se considera incorporada a las cláusulas del contrato, debiendo matizar que el borrador de dicha oferta ya no es vinculante.

La voluntad declarada corresponde a la voluntad real del oferente, tanto en los contratos de consumo como en los contratos entre empresarios, una apreciación aplicable a la oferta generada por IA, salvo el error en el precio en los contratos B2B. En relación con la doctrina de los actos propios o *legitimate confidence in the created appearance*, la doctrina civilista española ha rechazado que la oferta vinculante pueda considerarse una voluntad unilateral como fuente de obligaciones, puesto que sus efectos vinculantes dependen de la aceptación (DÍEZ-PICAZO, 2014, 1-997; ROCA-SASTRE, 1948, 200-204). En los supuestos de una propuesta de contrato celebrada por IA y de una solución de IA que

accepte la oferta, el tratamiento legal debería ser el siguiente: en la contratación B2B, la oferta no es vinculante salvo que exista un error en el precio; en la contratación B2C, la legislación de consumo protege al consumidor de cualquier error en la oferta. Si un contrato de consumo celebrado por IA crea un resultado inadecuado, pero, como es posible que sea la intención del oferente, una solución de IA acepta la oferta, el consumidor debe estar protegido de acuerdo con el Principio 2 del Informe del ELI “*EU Consumer Law and Automated Decision-Making (ADM): Is EU Consumer Law Ready for ADM?*” y según lo previsto en la responsabilidad civil contractual por falta de conformidad del art. 117 TRLGDCU. En este sentido, los resultados inadecuados en los contratos entre empresarios se remediarían estableciendo una responsabilidad civil objetiva del programador.

### *II.3.F. Interpretación del contrato*

Respecto de los contratos de consumo y entre empresarios, las reglas de interpretación se encuentran previstas en los arts. 1281-1289 CC. La intención o voluntad humana es el criterio aplicable en el caso de que las cláusulas contractuales sean ambiguas, siendo la literalidad de las disposiciones el primer elemento de interpretación. El art. 1281.2 CC establece que, si las cláusulas del contrato son contrarias a la intención evidente de las partes, prevalecerá la voluntad humana, valorándose el comportamiento de las partes en la celebración del contrato y en su ejecución *ex art.* 1282 CC. En el supuesto de que las reglas previstas en los arts. 1281-1288 CC no fueran suficientes para la interpretación del contrato, el art. 1289 permite la validez de los contratos onerosos en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Por el contrario, la validez de los contratos gratuitos se referirá a la menor transmisión de derechos e intereses, derivando para este la nulidad del contrato en el caso de interpretación errónea del objeto según la voluntad de las partes. Estas reglas de interpretación de los contratos deben aplicarse a la contratación B2C, considerando específicamente la buena fe, la libre competencia y la legislación de consumo.

En la contratación con IA y en la formación de contratos por IA, tanto en la IA determinista como en la no determinista, la intención humana se referirá a los actos de los contratantes en la celebración del contrato y en su ejecución, tal y como exige el art. 1282 CC. Un sistema de IA solo puede facilitar la prestación del consentimiento humano, pero no puede reemplazarlo, porque las personas deben confirmar el consentimiento propuesto por el sistema de IA. Por lo que respecta a la ejecución del contrato, el sistema de IA extrae el consentimiento humano de la celebración del contrato, como en los *M2M contracts*, de manera que

el lenguaje humano natural debe prevalecer sobre cualquier lenguaje informático. Por tanto, la interpretación del consentimiento humano en la contratación con IA de consumo y entre empresarios debe seguir los mismos criterios referidos. En el supuesto de resultados inadecuados en la contratación con IA, el programador debería ser responsable, como se ha indicado anteriormente.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de interpretación de los contratos<sup>43</sup>, dicha interpretación corresponde al juez de primera instancia, y esta interpretación debe prevalecer salvo que sea contraria a la ley, o sea manifiestamente ilógica, irracional o arbitraria. En consecuencia, no es posible revisar la interpretación del contrato ante el Tribunal Supremo, según lo dispuesto en los arts. 1281-1289 CC y en el art. 57 CCom. Por lo que respecta a la jurisprudencia española en materia de contratación, la interpretación del contrato depende de las declaraciones y acciones individuales de las partes en la celebración de los contratos y en su ejecución, como se ha indicado anteriormente, y ello resulta aplicable a la contratación con IA, así como en los *hybrid automated contracts* o contratos híbridos automatizados, refiriéndose al lenguaje humano natural. En la jurisprudencia española, no existe ninguna interpretación del lenguaje de programación. No obstante, es oportuno referir que el proyecto “Lynx”, financiado por la Unión Europea, consiste en la transformación del lenguaje de programación al lenguaje natural, a los efectos de que pueda admitirse como prueba documental conforme al art. 265 LEC<sup>44</sup> (MORENO SCHNEIDER, REHM, MONTIEL-PONSODA, RODRÍGUEZ-DONCEL, 2022, 1-18).

#### II.4. EJECUCIÓN DEL CONTRATO

En cuanto a los contratos habilitados por IA —*AI-enabled contracts*—, las prestaciones autoimplementadas en la formación del contrato desencadenan mediante la IA su autoejecución. En la autoejecución del *smart contract* en cualquier sistema legal, las cláusulas contractuales y los remedios deben programarse, como los referidos al cambio de circunstancias o la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>45</sup> (MINISTERIO DE JUSTICIA, 2023; SALVADOR CODERCH, 2009, 1-60; GÓMEZ POMAR, ALTI SÁNCHEZ-AGUILERA, 2021, 502-577; PARRA LUCÁN, 2021, 25-37), la excesiva onerosidad del contrato o *hardship*, la cláusula penal, la desvinculación o resolución por incumplimiento, así como la restitución por enriquecimiento injusto. Asimismo, la programación debe permitir la retroactividad o el deber de mitigación del daño en la ejecución del contrato, cuando una ejecución rígida de la programación resulte errónea, impráctica o esté influida por un cambio de circunstancias.

Los contratos inteligentes siempre están sujetos a la producción de hechos jurídicos externos —denominados en programación como “eventos”— que activen la autoejecución de las prestaciones. La contratación automatizada resulta, por tanto, útil para prestaciones cuyo cumplimiento pueda encomendarse exclusivamente a la programación, por ser de carácter objetivo. Por tanto, los requisitos de validez del contrato previstos en el art. 1262 CC son totalmente codificables, pero es difícil programar la ineficacia en sentido estricto, ya que se trata de hechos imprevisibles y de apreciación subjetiva. Debido a la importancia de verificar estos eventos, los oráculos o terceros deben participar en la autoejecución de las prestaciones en la contratación automatizada. En la contratación con IA, los sistemas de IA pueden reintroducir elementos externos en el código informático una vez que se han verificado (CALDARELLI, 2020, 1-19). En los contratos aleatorios, previstos en el art. 1798 CC, la programación debe acceder a fuentes externas, a los efectos de comprobar si se ha cumplido el hecho jurídico o evento que desencadena la autoejecución de la prestación. La contratación con IA facilita la autoejecución de los remedios ante la falta de conformidad, prevista para los contratos de consumo en el art. 117 TRLGDCU, porque la calidad en el cumplimiento de la prestación es un elemento de apreciación subjetiva no codificable en el ámbito de los contratos automatizados.

Por lo que respecta a la tutela jurisdiccional de los contratos inteligentes, considerando que la autoejecución no depende de la voluntad de las partes y que una ejecución rígida de la programación puede conllevar resultados inadecuados, estos contratos deben considerarse un título autoejecutable. Esto supone una diferencia importante con respecto a los títulos ejecutivos previstos en el art. 517 LEC ya que, respecto de los contratos, pueden acceder a la jurisdicción mediante una escritura pública. Tanto los contratos inteligentes como la contratación con IA son exigibles fuera de jurisdicción, puesto que las prestaciones y los remedios frente al incumplimiento son autoejecutables y no permiten la defensa u oposición por parte del ejecutado. Si la programación del contrato inteligente es adecuada, deberá permitir el consentimiento humano, la autoejecución de las prestaciones, así como la incorporación de hechos externos. No obstante, cuando la forma del contrato en escritura pública sea un requisito *ad solemnitatem*, según lo previsto en el art. 267 LEC, la información precontractual y la formalización de un *M2M contract* deben automatizarse. La legislación española tendría que modificarse para incluir una cláusula de desvinculación, especialmente en los contratos B2C, en el caso de que la ejecución del contrato tenga consecuencias irreversibles, como la pérdida del objeto del contrato cuando afecte a necesidades básicas, así como cuando su ejecución implique la excesiva onerosidad del contrato o la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

#### II.4.A. Fuerza mayor

De conformidad con el art. 1105 CC, la fuerza mayor es causa de extinción de las obligaciones y exonera de responsabilidad civil contractual al deudor en el supuesto de que no haya vencido el plazo para el cumplimiento de la obligación, por lo que cuando el deudor está en mora no procede la aplicación de su exoneración por fuerza mayor (GÓMEZ POMAR, 2007, 1-49; GÓMEZ CALLE, 2012, 30-102). En materia de responsabilidad contractual, el deudor respondería de la falta de diligencia debida en el cumplimiento según la naturaleza de la obligación, conforme al art. 1104 CC. Los errores en los algoritmos deben considerarse como errores de programación respecto de la responsabilidad civil del programador, por lo que deben excluirse de los supuestos de fuerza mayor. Con carácter general, el retraso en el cumplimiento de la obligación no implica la resolución del contrato, pero si la obligación está constituida con término esencial, esta demora supone su incumplimiento total y la correspondiente resolución contractual. Respecto de la buena fe contractual, el acreedor no puede estar obligado a una vinculación indefinida en virtud de un contrato<sup>46</sup>.

Si la ejecución del contrato no se produce debido a un error en el *software* de gestión de contratos por IA —*AI-powered contract management software*— dentro del plazo de cumplimiento de la obligación, debe aplicarse la fuerza mayor y el deudor queda exonerado de responsabilidad. La fuerza mayor solo resulta procedente para los errores en los algoritmos dentro del plazo de cumplimiento de la obligación, tanto en la contratación con IA como en la contratación automatizada. Con respecto a los resultados inadecuados de los algoritmos, el programador del algoritmo debe ser responsable y, a estos efectos, el establecimiento de una responsabilidad objetiva en este ámbito evitaría la alegación o la aplicación de la fuerza mayor.

#### II.4.B. Adaptación del contrato por cambio de circunstancias

El cambio de circunstancias en virtud de la cláusula *rebus sic stantibus* y la excesiva onerosidad del contrato<sup>47</sup> (MINISTERIO DE JUSTICIA, 2023), referidas a la atribución de este cambio a una de las partes y a la apreciación de la excesiva onerosidad respecto del equilibrio contractual, son elementos que requieren un cierto grado de intervención humana para su apreciación. En la jurisprudencia española<sup>48</sup>, la cláusula *rebus sic stantibus* no puede aplicarse cuando el riesgo ha sido asumido expresa o implícitamente en el contrato por una de las partes. Sin embargo, en la contratación con IA, el contrato puede modificarse mediante la incorporación por el sistema de IA de los remedios y las disposiciones legales aplicables en materia de adaptación del contrato, como el Real Decreto-ley

11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19<sup>49</sup> (GARCÍA RUBIO, 2020, 15-46).

Como se ha mencionado anteriormente, el cambio de circunstancias y la excesiva onerosidad del contrato no se encuentran específicamente dispuestas en el Código Civil (GÓMEZ POMAR, ALTI SÁNCHEZ-AGUILERA, 2021, 502-577), pero las partes pueden adaptar el contrato de acuerdo con las exigencias de la cláusula *rebus sic stantibus* establecidas en la jurisprudencia española: la atribución de este cambio de circunstancias a una de las partes, y la existencia de excesiva onerosidad en relación con el equilibrio contractual. En el contexto de la contratación automatizada bajo un sistema rígido de IA —*rigid AI system*—, no es posible modificar la programación del contrato porque el código informático autoejecuta las prestaciones, sin permitir ni la intervención humana ni modificaciones por la IA.

#### *II.4.C. Extinción del contrato y remedios frente al incumplimiento*

Los remedios frente al incumplimiento de los contratos, conforme a la legislación española, corresponden al cumplimiento forzoso de la obligación, la aplicación de una cláusula penal, así como la resolución del contrato por incumplimiento y su indemnización (GÓMEZ POMAR, 2007, 1-49; GÓMEZ CALLE, 2012, 30-102). En la contratación automatizada bajo un sistema rígido de IA, las partes no pueden modificar la programación y la autoejecución de las prestaciones del *smart contract*, pero la jurisdicción puede adaptarlas o moderarlas. Los remedios pueden depender de la producción de hechos jurídicos o eventos informáticos externos al contrato. Por ello, es necesaria su recepción en el registro electrónico del contrato a través de los oráculos, como terceros que pueden reintroducir elementos externos en la codificación una vez que hayan sido verificados (CALDARELLI, 2020, 1-19), como sucede en las DAOs respecto de *blockchain* como registro electrónico descentralizado.

En el caso de la resolución contractual por incumplimiento, la jurisdicción tiene que determinar la indemnización del interés contractual positivo o *expectation damages*, según el art. 1124 CC, dentro de los límites relativos al incumplimiento del contrato y la previsibilidad *ex art.* 1107. La cláusula penal y su cuantía pueden codificarse en el contrato. Los límites de la programación de los remedios en la contratación automatizada, según el Derecho español, se refieren a aquellos elementos de apreciación subjetiva respecto del incumplimiento contractual, que quedan reservados al control humano o a la jurisdicción, como la diligencia debida o el principio de buena fe, previsto en el art. 7.1 CC. El retraso desleal en



el ejercicio de derechos contenido en la jurisprudencia española<sup>50</sup>, que sigue los mismos requisitos que la doctrina alemana de la *Verwirkung*, podría programarse en el contrato parcialmente mediante el establecimiento de un plazo concreto anterior al plazo de prescripción de la acción, pero reservando a la jurisdicción la valoración sobre dicho retraso.

En el Derecho español, la adaptación del contrato puede implicar la suspensión de la ejecución del contrato, así como la sustitución y reparación del objeto, considerando como supuestos para dicha adaptación el incumplimiento del contrato y la falta de conformidad. La falta de ejecución o cumplimiento del contrato podría programarse mediante un sistema rígido de IA, al tratarse de una prestación de apreciación objetiva, como la falta de entrega del objeto y la devolución del precio. Como se ha mencionado anteriormente, la programación de la falta de conformidad en la contratación con IA es posible, pero en la contratación automatizada a través de un sistema rígido de IA no es viable su codificación porque el contrato se ejecuta con base en elementos de apreciación objetiva.

En los contratos de duración indefinida, según la jurisprudencia española<sup>51</sup>, las partes deben comunicar la resolución del contrato, pero no es necesario prever un plazo de preaviso determinado para dicha comunicación, en cuyo caso la resolución debe ser indemnizada para evitar el abuso de derecho. Excluyendo los supuestos de incumplimiento de contrato, cualquier resolución de un contrato automatizado de duración indefinida necesita intervención humana a los efectos de tomar la decisión y, como se ha referido, cualquier sistema rígido de IA requiere oráculos para reintroducir hechos jurídicos o eventos externos en la codificación del contrato inteligente.

La resolución del contrato depende de la intervención humana, de conformidad con el consentimiento humano en la fase de formación del contrato previsto en el art. 1262 CC. El consentimiento humano en la resolución del contrato podría interpretarse como una intervención humana directa en la ejecución del contrato, así como una supervisión humana en la programación en el ámbito de la contratación con IA. Un contrato ejecutado por un sistema de IA puede decidir autónomamente la resolución del contrato con respecto a las instrucciones proporcionadas por las partes en la formación del contrato, como las consecuencias en caso de falta de entrega del objeto. En este sentido, el consentimiento humano está contenido en el contrato, y la intervención humana en su autoejecución se encuentra en la supervisión humana en la programación del contrato.

En cuanto a las disposiciones imperativas aplicables a la extinción de las obligaciones en el ámbito de la contratación con IA —como la extinción del contrato por fuerza mayor del art. 1105 CC—, así como a las referidas a la contratación con IA entre empresarios, es necesario que un *self-learning AI* o una IA de autoaprendizaje incorpore en la programación las reglas necesarias para la

autoejecución de cualquier prestación obligatoria, de remedios frente al incumplimiento o de la resolución contractual. Un ejemplo de lo expuesto lo encontramos en el derecho de desistimiento del art. 102 TRLGDCU y, en este supuesto, la IA incorporaría cualquier modificación legislativa en el plazo para el ejercicio de este derecho.

#### *II.4.D. Representación*

En cuanto a la representación en los contratos civiles, el art. 1709 CC regula el contrato de mandato. Por lo que se refiere a la contratación mercantil, el contrato de comisión mercantil está previsto con carácter general en el art. 244 CCom, y el contrato de agencia representativo está regulado en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia<sup>52</sup>. Tanto en el contrato de mandato civil como en el contrato de comisión mercantil no se exige una forma sustancial para la validez del contrato, pero, en el contrato de comisión mercantil, el mandatario debe expresar la representación verbalmente o por escrito. Complementariamente, la forma escrita es necesaria para la validez de la representación y de la retribución conforme al art. 19 de la Ley 12/1992, así como el art. 22 permite a las partes exigir el contrato de agencia representativo por escrito.

El agente no puede ser sustituido por un sistema de IA, porque el agente debe prestar su consentimiento de acuerdo con el art. 1262 CC, de forma verbal, escrita o por medios electrónicos, recomendando su acreditación mediante la firma electrónica o la identidad digital. Sin embargo, el agente debe tener personalidad jurídica y ejercicio de la capacidad jurídica, por lo que el agente puede ser asistido por un sistema de IA, con posibilidad de supervisión humana —*co-pilot*—, tanto para la celebración del contrato como para la supervisión de su autoejecución. El agente es el responsable civil contractual, y las causas de extinción del contrato se refieren al consentimiento humano respecto de la revocabilidad, al incumplimiento del contrato, a la extinción de la personalidad jurídica, así como a la limitación del ejercicio de la capacidad jurídica prevista en el art. 1732 CC.

#### *II.4 E. Responsabilidad civil contractual y extracontractual*

Considerando la responsabilidad civil por el uso de un sistema de IA proporcionado por un tercero para la contratación (MARTÍN CASALS, 2023, 55-100; YZQUIERDO TOLSADA, 2001, 1-545; PANTALEÓN PRIETO, 1991, 1019-1092), la responsabilidad contractual atañe al acuerdo mediante una licencia o servicio *ex art.* 1107 CC, que incluye la responsabilidad civil del proveedor de la IA por los errores causados por la IA en la contratación, y la responsabilidad

extracontractual concierne al proveedor de la IA integrada en un determinado sistema, según el art. 1902 CC.

Con respecto a la responsabilidad contractual por el uso de un sistema de IA en la contratación, tal y como recomiendan los Principios 2 y 6 del Informe del ELI “*EU Consumer Law and Automated Decision-Making (ADM): Is EU Consumer Law Ready for ADM?*”, se debe proteger al consumidor por el uso de un asistente digital, considerando también la responsabilidad civil por falta de conformidad prevista en el art. 117 TRLGDCU. En este sentido, cabe mencionar que la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por productos defectuosos<sup>53</sup> protegerá a las personas físicas, incluidos los consumidores según los arts. 135 y 137 TRLGDCU, por los daños físicos y materiales causados por un sistema de IA, independientemente de si se proporciona dicho sistema en virtud de un contrato.

El tratamiento legal de la responsabilidad extracontractual de la IA integrada en un determinado sistema debe remitirse a la responsabilidad civil subjetiva o por hecho propio del art. 1902 CC, al no estar regulada en el ámbito de la responsabilidad por hecho ajeno prevista en los arts. 1903-1910 CC, ni en la legislación especial respecto de la responsabilidad objetiva. Por lo que respecta al requisito de la relación de causalidad del art. 1902 CC, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial<sup>54</sup> contiene una presunción *iuris tantum* de relación de causalidad en la responsabilidad civil subjetiva, prevista en el art. 4, de manera que el proveedor de un sistema de IA podría ser considerado responsable. En cuanto a la negligencia del contratante que utiliza la IA, la legislación española podría adaptarse para mantener la inversión de la carga de la prueba en el contexto de la responsabilidad civil subjetiva o por hecho propio, e incluso establecer un régimen de responsabilidad objetiva del proveedor de la IA.

#### IV. CONCLUSIONES

- I. La contratación automatizada, la contratación con IA y los contratos algorítmicos exigen unos cambios regulatorios que, para los contratos B2B y B2C, han sido abordados en el Informe nacional de España para la Comisión Europea “*Novel forms of contracting in the digital economy*”. Estas modificaciones legislativas deberían incorporarse y adaptarse al Derecho español de contratos, respecto del Derecho civil común y los Derechos civiles autonómicos de Cataluña y Navarra, en atención a sus competencias en esta materia.

- II. Aunque las adaptaciones legislativas de Derecho digital en materia de contratos de consumo y entre empresarios se aborden de manera armonizada en toda la Unión, mediante la modificación indirecta de las legislaciones nacionales en virtud de una Directiva —pues, en caso contrario, carece de sentido práctico el encargo de informes nacionales—, no es menos necesario que el legislador español proceda a realizarlas en el ámbito de la contratación civil, cuyos desajustes han sido indicados en este trabajo. En este sentido, hemos asistido —tras la pandemia de COVID-19— a las consecuencias de la ausencia de una regulación expresa en el Código Civil de la cláusula *rebus sic stantibus*, habida cuenta de la desatención reiterada de la “modernización” contractual del Derecho civil común por parte del legislador estatal.
- III. Ante el Derecho digital y sus implicaciones en el Derecho español de contratos y en materia de derechos reales —pues los cambios necesarios en materia de Tokenización de bienes y de activos digitales patrimoniales tendrán que abordarse—, resulta plausible que acontezcan dos fenómenos de los que es necesario advertir: a nivel interno, que los legisladores autonómicos compelidos a estos cambios —los de Cataluña y Navarra— actualicen sus legislaciones civiles adelantándose al legislador estatal; y, a nivel europeo, que la legislación de consumo y mercantil se encuentre adaptada en virtud de una Directiva de necesaria transposición al Derecho interno, mientras que el Código Civil español reste inalterado, a diferencia de la mayor parte de los Códigos Civiles de otros Estados europeos.

## V. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 8 de marzo de 2023, ECLI:ES:TS:2023:1097.
- STS de 18 de mayo de 2021, ECLI:ES:TS:2021:1934.
- STS de 21 de junio de 2018, ECLI:ES:TS:2018:2385.
- STS de 21 de marzo de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1046.
- STS de 18 de enero de 2018, ECLI:ES:TS:2018:52.
- STS de 2 de marzo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:794.
- STS de 16 de noviembre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:5103.
- STS de 19 de julio de 2016, ECLI:ES:TS:2016:3842.
- STS de 25 de mayo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:2292.
- STS de 10 de marzo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:970.
- STS de 3 de febrero de 2016, ECLI:ES:TS:2016:319.

- STS de 30 de junio de 2015, ECLI:ES:TS:2015:3002.
- STS de 30 de abril de 2015, ECLI:ES: TS:2015:1923.
- STS de 23 de abril de 2015, ECLI:ES:TS:2015:1732.
- STS de 22 de diciembre de 2014, ECLI:ES:TS:2014:5772.
- STS de 18 de abril de 2013, ECLI:ES:TS:2013:2589.
- STS de 15 de marzo de 2011, ECLI:ES:TS:2011:1236.
- STS de 16 de diciembre de 2005, ECLI:ES: TS:2005:7430.
- STS de 28 de enero de 2000, ECLI:ES:TS:2000:493.
- SAP Barcelona de 20 de octubre de 2023, ECLI:ES: APB:2023:10502A.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARGELICH COMELLES, C. (2020). “*Smart contracts o Code is Law: soluciones legales para la robotización contractual*”, *InDret*, 2, [En línea], disponible en <https://indret.com/smart-contracts-o-code-is-law-soluciones-legales-para-la-robotizacion-contractual/>, pp. 1-41.
- ARGELICH COMELLES, C. (2022). “Smart Property and Smart Contracts under Spanish Law in the European Context”, *European Review of Private Law*, vol. 30, 2, [En línea], disponible en <https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/European+Review+of+Private+Law/30.2/ERPL2022011>, pp. 215-234.
- ARGELICH COMELLES, C. (2023). “Towards a European Regulation on the Liability of Online Platforms for Algorithmic Discrimination in Consumer Contracts”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 12, 5, [En línea], disponible en <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/12.2/EuCML2023038>, pp. 193-198.
- BUSCH, C. (2016). “The Future of Pre-Contractual Information Duties: From Behavioral Insights to Big Data”. En: Christian Twigg-Flesner (ed.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham, Elgar, [En línea], disponible en <https://ssrn.com/abstract=2728315>, pp. 1-11.
- CALDARELLI, G. (2020). “Understanding the Blockchain Oracle Problem: A Call for Action”, *Información*, vol. 11, 11, [En línea], disponible en <https://doi.org/10.3390/info11110509>, pp. 1-19.
- CALVANO, E., CALZOLARI, G., DENICOLÒ, V., PASTORELLO, S. (2020). “Artificial Intelligence, Algorithmic Pricing, and Collusion”, *American Economic Review*, vol. 110, 10, [En línea], disponible en <https://ssrn.com/abstract=3304991>, pp. 3267-3297.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2006). *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.
- CAÑIZARES LASO, A. (2016). “Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, 4, [En línea], disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/242/184>, pp. 103-123.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I*. Madrid, Civitas.

- DÍEZ-PICAZO, L. (2014). *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., MORALES MORENO, A. M. (2002). *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas.
- DUROVIC, M., JANSSEN, A. (2018). “The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law”, *European Review of Private Law*, vol. 26, 6, [En línea], disponible en <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Review+of+Private+Law/26.6/ERPL2018053>, pp. 753-771.
- EUROPEAN LAW INSTITUTE. (2023). *ELI Principles on Blockchain Technology, Smart Contracts and Consumer Protection* [En línea], disponible en [https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Principles\\_on\\_Blockchain\\_Technology\\_Smart\\_Contracts\\_and\\_Consumer\\_Protection.pdf](https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_on_Blockchain_Technology_Smart_Contracts_and_Consumer_Protection.pdf).
- EUROPEAN LAW INSTITUTE. (2023). *EU Consumer Law and Automated Decision-Making (ADM): Is EU Consumer Law Ready for ADM?* [En línea], disponible en [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Interim\\_Report\\_on\\_EU\\_Consumer\\_Law\\_and\\_Automated\\_Decision-Making.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Interim_Report_on_EU_Consumer_Law_and_Automated_Decision-Making.pdf).
- GARCÍA RUBIO, M. P. (2020). “Medidas en materia de contratos por el COVID-19 en España”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 7, 2, [En línea], disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/551>, pp. 15-46.
- GARCÍA RUBIO, M. P., OTERO CRESPO, M. (2010). “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, *Indret*, 2, [En línea], disponible en [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/731\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/731_es.pdf), pp. 1-62.
- GÓMEZ CALLE, E. (1994). *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, La Ley.
- GÓMEZ CALLE, E. (2012). “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 65, Fascículo 1, [En línea], disponible en <https://revistas.mjjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/3692/3692>, pp. 30-102.
- GÓMEZ POMAR, F. (2007). “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *Indret*, 3, [En línea], disponible en [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/466\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/466_es.pdf), pp. 1-49.
- GÓMEZ POMAR, F., ALTI SÁNCHEZ-AGUILERA, J. (2021). “Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español”, *Indret*, 1, [En línea], disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2021/01/1611.pdf>, pp. 502-577.
- GROCHOWSKI, M., JABLONOWSKA, A., LAGIOIA, F., SARTOR, G. (2021). “Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection: Unwrapping the Regulatory Premises”, *Critical Analysis of Law*, vol. 8, 43, [En línea], disponible en <https://ssrn.com/abstract=3826415>, pp. 43-63.
- JEREZ DELGADO, C. (2011). *La anulación del contrato*, Madrid, Civitas.
- JIANG, Z., ZHANG, K. (2024). “Force analysis of a soft-rigid hybrid pneumatic actuator and its application in a bipedal inchworm robot”, *Robotica*, 42, [En línea], dis-

- ponible en <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/593C DFA62566FC78B77C00948A377295/S0263574724000298a.pdf/force-analysis-of-a-soft-rigid-hybrid-pneumatic-actuator-and-its-application-in-a-bipedal-inchworm-robot.pdf>, pp. 1436-1452.
- MARTÍN CASALS, M. (2023). “Las Propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial”, *InDret*, 3, [En línea], disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2023/07/1806.pdf>, pp. 55-100.
- MCJOHN, S. M., MCJOHN, I. (2016). “The Commercial Law of Bitcoin and Blockchain Transactions”, *Uniform Commercial Code Law Journal*, 16-13, pp. 1-23.
- MICHALSKI, R. (2018). “How to Sue a Robot”, *Utah Law Review*, 5, [En línea], disponible en <https://dc.law.utah.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1189&context=ulr>, pp. 1021-1071,
- MINISTERIO DE JUSTICIA. (2023). *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*. [En línea], disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/GabineteComunicacion/Documents/Propuesta%20de%20modernizaci%C3%B3n%20del%20C%C3%B3digo%20Civil%20en%20materia%20de%20obligaciones%20y%20contratos.pdf>.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2007). “La nulidad de las condiciones generales”. En: J. Delgado Echeverría (dir.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 193-223.
- MORALES MORENO, A. M. (1988). *El error en los contratos*. Madrid, Ceura.
- MORALES MORENO, A. M. (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Madrid, Civitas.
- MORALES MORENO, A. M. (2011). “Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos”, *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, 41, pp. 455-476.
- MORENO SCHNEIDER, J., REHM, G., MONTIEL-PONSODA, E., RODRÍGUEZ-DONCEL, V., et. al., (2022) “Lynx: Una plataforma de servicios de IA basada en el conocimiento para el procesamiento, enriquecimiento y análisis de contenidos para el ámbito legal”, *Information Systems*, 106, [En línea], disponible en <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0306437921001563>, pp. 1-18.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1991). “El sistema de responsabilidad contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, 3, [En línea], disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-1991-30101901092](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1991-30101901092), pp. 1019-1092.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (2011). “Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 64, Fasc. 3, [En línea], disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/3676/3676>, pp. 897-929.
- PARRA LUCÁN, M. A. (2021). “La cláusula “rebus sic stantibus” en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Extra 2, pp. 25-37.

- ROCA-SASTRE, R. M., PUIG BRUTAU, J. (1948). “La voluntad unilateral como fuente de obligaciones”. En: *Estudios de Derecho Privado*, I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. (2015). “La etapa precontractual en la contratación mercantil”. En: M. J. Morillas Jarillo, M. P. Perales Viscasillas, L. J. Porfirio Carpio, M. Sánchez Ruiz (dirs.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 1801-1820.
- SALVADOR CODERCH, P. (2009). “Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos” *InDret*, 4, [En línea], disponible en [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/687\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/687_es.pdf), pp. 1-60.
- SCHWALBE, U. (2018). “Algorithms, machine learning and collusion”, *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 14, 4, [En línea], disponible en <https://ssrn.com/abstract=3232631>, pp. 568-607.
- SORIANO ARNANZ, A. (2021). *Data Protection for the Prevention of Algorithmic Discrimination: Protecting from Discrimination and Other Harms Caused by Algorithms Through Privacy in the EU and US: Possibilities, Shortcomings and Proposals*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.
- TILLET, J., (2021). *Safe Location and Control of a Towed Sensor*, École nationale supérieure de techniques avancées Bretagne, [En línea], disponible en [https://theses.hal.science/tel-03901141/file/2021\\_Joris\\_Tillet.pdf](https://theses.hal.science/tel-03901141/file/2021_Joris_Tillet.pdf).
- VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J. (eds.). (2009). *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford, Oxford University Press.
- WERBACH, K., CORNELL, N. (2017). “Contracts *ex machina*”, *Duke Law Journal*, 67, [En línea], disponible en <https://school.law.duke.edu/dlj/vol67/iss2/2>, pp. 313-382.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson.



## NOTAS

<sup>1</sup> Miembro del Consultative Committee del Proyecto “Guiding Principles and Model Rules on Algorithmic Contracts” del European Law Institute, y autora individual del Informe nacional de España en el estudio para la Comisión Europea “Novel forms of contracting in the digital economy”. Este trabajo es resultado de una estancia de investigación postdoctoral realizada en la Sapienza Università di Roma de 1 de febrero a 30 de abril de 2024. Este artículo se enmarca en las actividades del Proyecto de I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación “Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma”, PID2020-112876GB-C31, IP: Prof. Dr. Sergio Nasarre Aznar, al que pertenezco como miembro del equipo de investigación.

<sup>2</sup> Véase *infra* apartado II.3.A.

<sup>3</sup> DOUE de 12 de julio de 2024.

<sup>4</sup> Véase *infra* apartado II.4.E.

<sup>5</sup> DOUE de 11 de julio de 2019.

<sup>6</sup> Véase *infra* apartado II.3.

<sup>7</sup> Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, BOE de 16 de octubre de 1885. Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, BOE de 15 de julio de 2015. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE de 4 de julio de 2007. Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, BOE de 30 de diciembre de 2004. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE de 12 de julio de 2002. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación, BOE de 14 de abril de 1998. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, BOE de 11 de enero de 1991. Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, BOE de 15 de noviembre de 1988. Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, BOE de 29 de mayo de 1992. Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, BOE de 17 de enero de 1996. Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto reemplazado de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, BOE de 5 de noviembre de 2004. Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, BOE de 17 de octubre de 1980. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE de 25 de julio de 1889.

<sup>8</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto reemplazado de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, BOE de 30 de noviembre de 2007. Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia consumo, BOE de 4 de noviembre de 2017. Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, BOE de 7 de julio de 2012. Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, BOE de 25 de junio de 2011. Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, BOE de 12 de julio de 2007. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE de 12 de julio de 2002. Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, BOE de 14 de julio de 1998. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, BOE de 14 de abril de 1998. Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, BOE de 17 de enero de 1996. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, BOE de 11 de enero

de 1991. Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, BOE de 15 de noviembre de 1988. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE de 25 de julio de 1889.

<sup>9</sup> Ley 4/2023, de 27 de abril, del Estatuto de las personas consumidoras y usuarias, BOE de 7 de junio de 2023.

<sup>10</sup> Ley Foral 34/2022, de 12 de diciembre, reguladora del Estatuto de las personas consumidoras y usuarias, BOE de 7 de enero de 2023.

<sup>11</sup> Decreto Legislativo 1/2019, de 13 de diciembre, del Consell, de aprobación del texto reembolsado de la Ley del Estatuto de las personas consumidoras y usuarias de la Comunitat Valenciana, BOE de 24 de diciembre de 2019.

<sup>12</sup> Ley 3/2019, de 22 de marzo, del Estatuto de las Personas Consumidoras en Castilla-La Mancha, BOE de 8 de mayo de 2019.

<sup>13</sup> Ley 6/2019, de 20 de febrero, del Estatuto de las personas consumidoras de Extremadura, BOE de 12 de marzo de 2019.

<sup>14</sup> Ley 2/2015, de 4 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto del Consumidor de Castilla y León, BOE de 27 de marzo de 2015.

<sup>15</sup> Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, BOE de 13 de agosto de 2010.

<sup>16</sup> BOE de 12 de julio de 2002.

<sup>17</sup> BOE de 9 de noviembre de 2023.

<sup>18</sup> BOE de 2 de septiembre de 2023.

<sup>19</sup> SSTs de 18 de enero de 2018, ECLI:ES:TS:2018:52, de 21 de junio de 2018, ECLI:ES:TS:2018:2385, y de 22 de diciembre de 2014, ECLI:ES:TS:2014:5772.

<sup>20</sup> SSTs de 8 de marzo de 2023, ECLI:ES:TS:2023:1097, de 23 de abril de 2015, ECLI:ES:TS:2015:1732, de 30 de junio de 2015, ECLI:ES:TS:2015:3002, y de 18 de mayo de 2021, ECLI:ES:TS:2021:1934.

<sup>21</sup> BOE de 1 de diciembre de 2007.

<sup>22</sup> BOE de 14 de abril de 1998.

<sup>23</sup> DOCE de 17 de julio de 2000.

<sup>24</sup> DOUE de 27 de octubre de 2022.

<sup>25</sup> DOUE de 28 de noviembre de 2023.

<sup>26</sup> Informe del ELI “EU Consumer Law and Automated Decision-Making (ADM): Is EU Consumer Law Ready for ADM?”, p. 44: “Art. 11 a(6): The trader shall ensure that the online interface is designed in such a way that the exercise of withdrawal is possible by a digital assistant deployed by a consumer”.

<sup>27</sup> Informe del ELI “EU Consumer Law and Automated Decision-Making (ADM): Is EU Consumer Law Ready for ADM?”, p. 38: “consider redrafting Article 9(1) ECD in the following way: Member States shall ensure that their legal system allows contracts to be concluded by automated means. Member States shall in particular ensure that the legal requirements applicable to the contractual process neither create obstacles for the use of algorithmic contracts nor result in such contracts being deprived of legal effectiveness and validity solely on account of having been concluded by automated means”.

<sup>28</sup> DOCE de 21 de abril de 1993.

<sup>29</sup> Véase infra apartado II.3.B.

<sup>30</sup> Véase infra apartado II.3.D.

<sup>31</sup> DOUE de 28 de agosto de 2014.

<sup>32</sup> DOUE de 30 de abril de 2024.

<sup>33</sup> Land Registry Interconnection, disponible en <https://www.elra.eu/statement-on-land-registry-interconnection-lri/>.

<sup>34</sup> BOE de 9 de mayo de 2023.

<sup>35</sup> BOE de 5 de noviembre de 2003.

<sup>36</sup> BOE de 13 de noviembre de 2014.

<sup>37</sup> DOUE de 4 de mayo de 2016.

<sup>38</sup> ECLI: ES:APB:2023:10502A.

<sup>39</sup> SSTS de 3 de febrero de 2016, ECLI:ES:TS:2016:319, y de 19 de julio de 2016, ECLI:ES:TS:2016:3842.

<sup>40</sup> STS de 18 de abril de 2013, ECLI:ES:TS:2013:2589.

<sup>41</sup> Contenido en el proyectado art. 1244 de la actual Propuesta de modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos de 2023.

<sup>42</sup> STS de 28 de enero de 2000, ECLI:ES:TS:2000:493.

<sup>43</sup> Entre otra jurisprudencia sobre interpretación de contratos, véanse las SSTS de 10 de marzo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:970, y de 21 de marzo de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1046.

<sup>44</sup> El proyecto “Lynx”, financiado con fondos europeos, se centra en la creación de un lenguaje jurídico informatizado para el procesamiento, análisis y enriquecimiento semántico de documentos.

<sup>45</sup> Contenido en el proyectado art. 1238 de la actual Propuesta de modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos de 2023, equivalente al art. 1213 de la anterior Propuesta.

<sup>46</sup> STS de 25 de mayo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:2292.

<sup>47</sup> Contenido en el proyectado art. 1238 de la actual Propuesta de modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos de 2023, equivalente al art. 1213 de la anterior Propuesta.

<sup>48</sup> STS de 30 de abril de 2015, ECLI:ES: TS:2015:1923.

<sup>49</sup> BOE de 1 de abril de 2020.

<sup>50</sup> STS de 2 de marzo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:794.

<sup>51</sup> SSTS de 16 de diciembre de 2005, ECLI:ES: TS:2005:7430, de 15 de marzo de 2011, ECLI:ES:TS:2011:1236, y de 16 de noviembre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:5103.

<sup>52</sup> BOE de 29 de mayo de 1992.

<sup>53</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por productos defectuosos, COM/2022/495 final, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0495>.

<sup>54</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial, COM/2022/496 final, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0496>.

*Trabajo recibido el 28 de junio de 2024 y aceptado  
para su publicación el 18 de julio de 2024*



# DICTÁMENES Y NOTAS



Examen de la atribución del derecho  
de uso del domicilio familiar en  
procedimientos de nulidad, divorcio  
o separación con motivo de la  
Resolución de 30 de agosto de 2023,  
de la Dirección General de Seguridad  
Jurídica y Fe Pública<sup>1</sup>

*Analysis of the attribution of the right  
to use the family home in annulment,  
divorce or separation procedures due  
to the Resolution of August 30, 2023, of  
the Spanish General Directorate  
of Legal Security and Public Faith*

por

PATRICIA VICEIRA ORTEGA  
*Profesora UGR*

---

\* El presente artículo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación UGR.22-06\_VISMUSES\_Vivienda Sostenible y Mujeres en Situación de Exclusión Social”, financiado por la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía.

RESUMEN: En este trabajo se discute la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los procedimientos de nulidad, divorcio o separación. Se centra en la diversa casuística, en los criterios jurisprudenciales vigentes, en el concepto del interés más necesitado de protección como concepto jurídico indeterminado, en la Resolución de 30 de agosto de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y en el estudio de la cuestión en la CCCat. Se destaca la importancia de considerar la perspectiva de género en este proceso, para evaluar las disparidades socioeconómicas entre hombres y mujeres. Se analizan diversos escenarios relacionados con la asignación del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial, considerando la presencia de hijos menores de edad, la situación económica de las partes, y otras circunstancias relevantes. Se menciona la importancia de la integración de la mujer en el ámbito laboral, así como la relevancia de las condiciones socioeconómicas de los cónyuges al momento de atribuir el uso de la vivienda. Además, se discute la duración de la atribución, la situación de vulnerabilidad de la mujer, y la necesidad de protección judicial.

*ABSTRACT: This work discusses the attribution of the right to use the family home in nullity, divorce, or separation procedures. It focuses on various case scenarios, current jurisprudential criteria, the concept of the most in need of protection as an indeterminate legal concept, the Resolution of August 30, 2023, from the General Directorate of Legal Security and Public Faith, and the study of the issue in the CCCat. The importance of considering the gender perspective in this process is emphasized to assess socio-economic disparities between men and women. Various scenarios related to the allocation of the use of the family home in marital crisis situations are analyzed, considering the presence of minor children, the economic situation of the parties, and other relevant circumstances. The integration of women into the workforce is mentioned, as well as the relevance of the socio-economic conditions of the spouses when assigning the use of the home. Additionally, the duration of the allocation, the vulnerability of women, and the need for judicial protection are discussed.*

*Examples of questions:*

*What factors are taken into account to determine the attribution of the right to use the family home in divorce or separation proceedings?*

*How does current jurisprudence prioritize the allocation of the family home based on the most in need of protection?*

*What are the implications of attributing the right to use the family home based solely on economic factors and how does it affect women in vulnerable situations?*



**PALABRAS CLAVE:** Vivienda. Familia. Matrimonio. Divorcio. Nulidad. Separación. Crisis matrimonial. Atribución uso de la vivienda familiar. Perspectiva de género. Plazo de atribución. Hijos menores. Factores económicos. Factores sociales. Cónyuges. Precariedad económica. Bien jurídico protegido. Concepto jurídico indeterminado. Registro de la Propiedad. Facultad dispositiva. Interés más necesitado de protección. Autoridad judicial. Techo de cristal. Desigualdad. Titularidad de la vivienda familiar. Artículo 96 del Código Civil.

**KEYWORDS:** *Housing. Family. Marriage. Divorce. Nullity. Separation. Marital crisis. Assignment of use of the family home. Gender perspective. Assignment deadline. Minor children. Economic factors. Social factors. Spouses. Economic precariousness. Protected legal interest. Indeterminate legal concept. Property Registry. Dispositive faculty. Most needy protection interest. Judicial authority. Glass ceiling. Inequality. Ownership of the family home. Article 96 of the Spanish Civil Code.*

**SUMARIO:** I. METODOLOGÍA Y CASUÍSTICA.—II. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES ACTUALES.—III. EL INTERÉS MÁS NECESITADO DE PROTECCIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO.—IV. LA RESOLUCIÓN DE 30 DE AGOSTO DE 2023, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA.—V. ESTUDIO DE LA CUESTIÓN EN EL CCCAT.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE.—VIII. REFERENCIAS.

## I. METODOLOGÍA Y CASUÍSTICA

La atribución del derecho de uso del domicilio familiar en procedimientos de nulidad, divorcio o separación es un tema importante que involucra aspectos tanto legales como sociales. Generalmente se basa en una evaluación de las circunstancias específicas del caso. La presencia de hijos menores, la situación económica de las partes, la necesidad de estabilidad para los hijos y la existencia de otras alternativas de vivienda constituyen los factores que se evalúan por parte de los jueces y tribunales. La metodología implica un análisis detallado de las pruebas presentadas por las partes y la aplicación de la ley correspondiente. Además, desde una perspectiva de género, este proceso puede tener implicaciones específicas que reflejan roles tradicionales así como la distribución desigual de poder en las relaciones familiares.

En muchos sistemas legales, el derecho de uso del domicilio familiar se concede al cónyuge que tiene la custodia de los hijos. Y en caso de custodia compartida, los jueces son ecuanímenes sin entrar a considerar particularidades

relacionadas con el género de los excónyuges. Pero hay que reconocer que a lo largo de la historia, las mujeres han enfrentado desventajas económicas y sociales en comparación con los hombres. Estas desventajas, que no siempre se han tenido en cuenta, pueden influir en las decisiones judiciales al asignar el derecho de uso del domicilio familiar. Por esta razón, en este capítulo introducimos la metodología utilizada, que se basa en la perspectiva de género. Consideramos esta perspectiva como el enfoque que permite identificar, cuestionar y evaluar la discriminación, desigualdad y exclusión que sufren las mujeres.

Examinaremos este tema desde esta óptica con el propósito de comprender y erradicar las disparidades y discriminaciones impulsadas por los sistemas legales, desafiando la concepción tradicional del Derecho respaldada por la ideología predominante, que se presenta como neutral, objetivo, racional, abstracto y universal (MACKINNON, 1983). Es fundamental no pasar por alto otros sistemas que interactúan con el género, tales como la situación de la mujer en ámbitos rurales, la opresión de clase y el racismo. La existencia de brechas salariales y el fenómeno conocido como “techo de cristal” son ejemplos concretos que ilustran estas interrelaciones<sup>1</sup>. Juzgar con perspectiva de género implica la obligación jurídica<sup>2</sup> (ESPUNY TOMÁS, 2018) de identificar los estereotipos de género que puedan haber influido a lo largo de un proceso judicial (GIMENO, 2020).

Partimos de la premisa de que el conocimiento aceptado en las sociedades occidentales, respaldado por consenso general, no ha sido formulado desde la perspectiva femenina. Esta perspectiva, considerada una de las corrientes contemporáneas fundamentales, es conocida como la Teoría del Punto de Vista Feminista (FST, Feminist Standpoint Theory) (LOMBARDO, 2014). Este enfoque resulta crucial para el desarrollo del análisis sobre la asignación del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial y el papel que desempeña en este contexto el concepto jurídico vagamente definido del “interés más necesitado de protección”, según lo mencionado en el artículo 96.2 del Código Civil<sup>3</sup>. Abordamos este tema desde la evaluación de las disparidades socioeconómicas entre hombres y mujeres, en lugar de limitarnos a una perspectiva de igualdad meramente económica.

Este estudio se inicia con el análisis de la problemática en diversos escenarios, derivada de la circunstancia de que, en situaciones de crisis matrimonial y en ausencia de un acuerdo entre los cónyuges aprobado por el juez respecto a la asignación del uso de la vivienda familiar, la autoridad judicial tomará una decisión de acuerdo con lo establecido en el artículo 96 del Código Civil, modificado tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, que modifica la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, art. 96 del CC cuyas disposiciones continúan siendo de carácter facultativo, es

decir, se aplican “en ausencia de un acuerdo entre los cónyuges aprobado por la autoridad judicial”.

En este contexto, se destacan los siguientes puntos críticos:

La asignación del uso del domicilio familiar, ya sea de propiedad exclusiva de uno de los cónyuges o de titularidad compartida, cuando no hay hijos menores involucrados en ambos casos. En esta situación, la evaluación del interés más necesitado de protección por parte de jueces y tribunales cobra especial importancia.

La asignación del uso del domicilio familiar, siendo de propiedad exclusiva de uno de los cónyuges o de titularidad compartida, cuando la custodia de los hijos menores ha sido otorgada a uno de los cónyuges. En este escenario, similar al anterior, se destaca la ponderación del interés más necesitado de protección, incluso cuando el uso de la vivienda se concede a un cónyuge que no ha obtenido la custodia.

Se aborda la situación en la que el domicilio familiar es propiedad de uno de los cónyuges, y ambos enfrentan dificultades económicas. En este contexto, la identificación del interés más necesitado de protección para cualquiera de los cónyuges se vuelve compleja. En términos generales, y sin considerar más criterios en este punto, esto podría llevar a la aplicación de las normas relacionadas con el derecho de propiedad para determinar el uso y disfrute de la vivienda familiar. En consecuencia, si la vivienda es propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, este disfrutará del uso no según el artículo 96 del Código Civil, sino debido a su condición de propietario<sup>4</sup>.

La determinación del período de asignación de la vivienda familiar es igualmente crucial. En este aspecto, la jurisprudencia más reciente ha estado contemplando la posibilidad de otorgar temporalmente el uso a uno de los cónyuges en situaciones de matrimonios sin hijos como una medida excepcional. Numerosas sentencias sostienen esta perspectiva, argumentando que no se puede establecer la asignación del uso de la vivienda de manera indefinida, ya que esto sería contrario a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 96 del Código Civil y a la jurisprudencia emitida por la sala del Tribunal Supremo<sup>5</sup>.

Otro tema problemático sería la extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como resultado de la convivencia con un tercero, según lo establecido en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5086)<sup>6</sup>.

Por último, se presentan situaciones comunes en las que la vivienda es de propiedad exclusiva del esposo y la esposa firma un acuerdo de mutuo acuerdo, renunciando al uso de la vivienda, incluso cuando tiene hijos menores y la custodia de estos asignada. En estas circunstancias, la renuncia suele estar relacionada con la proximidad de la vivienda a la familia política, particularmente en áreas

rurales donde es común que las viviendas de los hijos se construyan adyacentes a las de los padres. El factor determinante en estos casos suele ser la empleabilidad de la mujer, ya que si no trabaja y tiene hijos, tiende a no renunciar al uso de la vivienda. En este contexto, factores como el estatus socioeconómico de los ex cónyuges, la condición de la mujer y las dificultades para acceder a mejores oportunidades laborales, junto con la ubicación de la vivienda en áreas rurales o urbanas, a menudo se pasan por alto en la mayoría de los casos.

En la práctica judicial actual, se puede notar una evolución en los últimos diez años. Se ha pasado de otorgar tanto una pensión compensatoria como una atribución de la vivienda sin restricciones a favor de la mujer, a una tendencia creciente de “salir del paso” y permitir que los excónyuges lleguen a acuerdos por sí mismos. Este cambio se debe, en parte, a una percepción de igualdad que en muchos casos no es realista. Como algunas autoras han sostenido, podríamos encontrarnos ante un escenario de igualdad formal pero desigualdad material (SOLÉ RESINA, 2018).

En este contexto, cobra una importancia significativa la integración de la mujer en el ámbito laboral, ya que cuando ambos cónyuges trabajan, tienen la posibilidad de buscar una nueva vivienda para ambos, lo que permitiría alquilar o vender la residencia que sirve como domicilio familiar. Por lo tanto, la personalidad y la situación de vulnerabilidad de la mujer en cada caso resultan cruciales, así como su independencia, la cual suele ser más factible cuando está empleada y tiene buenas perspectivas laborales. En esta perspectiva, se observa que las mujeres con condiciones laborales más precarias tienden a ser más rigurosas en la defensa de sus derechos, incluso si eso significa convivir con la familia política “casa con casa”, dado que la alternativa sería regresar a la casa paterna.

## II. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES ACTUALES

La vivienda familiar recibe protección en calidad de un bien familiar y no patrimonial, como se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo emitida el 31 de diciembre de 1994. Esto se debe a que la propiedad de dicho inmueble se encuentra al servicio del interés de la familia, prevaleciendo sobre los intereses individuales de cada uno de los miembros que la componen<sup>7</sup>.

En este contexto, la sentencia emitida por el pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo bajo la referencia 859/2009, fechada el 14 de enero de 2010, aborda la cuestión de la naturaleza jurídica de la atribución del derecho de uso establecido en el artículo 96 del Código Civil. Su objetivo es proporcionar claridad y establecer un criterio jurisprudencial al respecto, dado el impacto de esta calificación

en cuestiones de familia. En esta línea, la sentencia afirma que la atribución no constituye un derecho real, sino que se trata de un derecho de índole familiar.

En relación con lo anterior y conforme a la posición mayoritaria de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: “Se deja en situación de igualdad al marido y a la mujer ante este derecho, enfrentándose el uno y el otro, a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado”.

En este contexto, la asignación de la vivienda familiar da lugar a un debate amplio y no está exenta de controversias en relación con los diversos bienes jurídicos protegidos, los cuales evolucionan con el tiempo, al igual que la propia institución legal de la familia (QUESADA PÁEZ, 2023).

La dimensión patrimonial añade complejidad a la cuestión, ya que en este ámbito se tiende a realizar una valoración económica como parte de la ponderación de conceptos jurídicos indeterminados, como el interés más necesitado de protección (QUESADA PÁEZ, 2023) al que hace referencia el artículo 96.2 del Código Civil y la interpretación del concepto de cónyuge en estado de precariedad, que son ambos objeto de estudio en este análisis.

En nuestra opinión, estos conceptos jurídicos indeterminados no deben ser evaluados únicamente desde una perspectiva estrictamente patrimonial o económica, que es el criterio mayoritario utilizado en las sentencias consultadas.

En términos generales, esto se debe a que la vivienda conyugal suele ser el activo más valioso desde un punto de vista de estabilidad económica y familiar para ambos cónyuges. Por lo tanto, en la mayoría de los casos, ambos desean que se les atribuya el uso de la vivienda, ya que perder dicho uso puede conllevar importantes perjuicios. Cuando un cónyuge es desplazado de la vivienda, se enfrenta a la necesidad de encontrar otra residencia, ya sea alquilando o comprando, lo que puede resultar en dificultades financieras y estrés psicológico, que se añaden a las obligaciones de cuidado de los hijos, que no siempre recaen de forma igualitaria entre los dos excónyuges, aunque ambos tengan la custodia compartida. En situaciones extremas, algunos ex cónyuges pueden incluso verse obligados a regresar al hogar de sus padres debido a la incapacidad de hacer frente a los gastos de esta nueva situación (QUESADA PÁEZ, 2023).

Completando este esquema, tendríamos la postura de algunos autores, como la de Roca Trías, el cual sostiene que en este contexto, cuando la atribución del uso de la vivienda familiar se otorga al cónyuge que no es propietario de la misma al ostentar un interés más digno de protección, no se trata de una medida que tiene como fundamento únicamente el contribuir a las cargas, que pueden no existir en casos de nulidad o divorcio, sino una medida que complementa la pensión o que pretende el cumplimiento del deber de asistencia mutua, especialmente en situaciones de separación (ROCA TRÍAS, 1991).

En este orden de cosas, el artículo 96.2 del CC establece que el uso de bienes, en ausencia de hijos, puede ser otorgado al cónyuge no titular si su interés es el más necesitado de protección<sup>8</sup>, según las circunstancias. Sin embargo, este artículo es efectivo en casos muy excepcionales donde un interés claramente necesitado de protección prevalece. En situaciones donde ninguno de los cónyuges tiene un interés claro y justificado como más necesitado de protección, no se emite un pronunciamiento sobre el uso de la vivienda conyugal y se pospone esta decisión hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

Así las cosas, en situaciones sin hijos menores sin atribución especial de custodia o con hijos mayores de edad, la decisión sobre el uso de la vivienda conyugal se basa en cuál de los cónyuges tiene el interés más necesitado de protección. Sin embargo, esta atribución tiene un límite de tiempo prudencial, ya que no puede ser indefinida según la jurisprudencia (STS 390/2017, de 20 de junio (RJ 2017, 3060)). El argumento sostenido por la reiterada jurisprudencia es el de evitar que la atribución del domicilio familiar suponga una expropiación de la vivienda y que se base en un principio de solidaridad conyugal en detrimento del interés material de uno de los cónyuges (sentencia 315/2015, de 29 de mayo (RJ 2015, 2273)).

La jurisprudencia establece que al evaluar cuál es el interés más necesitado de protección, de acuerdo con los artículos 96 y 103 del Código Civil, se debe dar prioridad a las condiciones socioeconómicas de los cónyuges. En la mayoría de las ocasiones, la atribución del uso de la vivienda se justifica principalmente con el propósito de proteger al cónyuge que se encuentra en una situación económica desfavorable, relegando a un segundo plano las circunstancias personales, salvo en situaciones especiales, como discapacidades o razones de salud particulares.

En vista de lo expuesto, creemos que la mera disparidad económica en términos de ingresos o patrimonio entre las partes, aunque no sea suficiente por sí sola para justificar una compensación directa en forma de pensión, podría servir como base para la asignación de la vivienda, siempre y cuando se tengan en cuenta todas las circunstancias personales relevantes. Estas circunstancias pueden incluir aspectos laborales, la capacidad de enfrentar la nueva realidad de manera independiente, así como factores como el género, la edad, la duración previa del matrimonio, la ayuda de terceros, la espera por la liquidación de bienes compartidos, entre otros. Todas estas consideraciones se interpretan como requisitos de protección judicial que deben recaer en la parte que se encuentre en una posición relativa más desfavorable.

En lo que respecta a la prórroga de los plazos de atribución, si ya es complicado que la atribución pase a favor de uno de los cónyuges, resulta aún más problemático extenderla más allá de los habituales dos años. Este periodo de dos años generalmente se considera razonable en la mayoría de los casos y no se

percibe como excesivo. Algunos autores argumentan que esta limitación es necesaria para mantener la coherencia con la naturaleza excepcional de la atribución, tanto en términos de su alcance material, que se limita al uso de la propiedad (propia o compartida) que ha servido como vivienda familiar, como en el aspecto temporal, ya que debe limitarse a un periodo razonable para satisfacer las expectativas habituales de protección del interés que se busca salvaguardar.

La rigurosidad en conceder una prórroga en el plazo de adjudicación de vivienda previamente atribuido, normalmente de dos años, se pone de manifiesto en numerosas sentencias como por ejemplo la reciente de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 12.<sup>a</sup>), sentencia núm. 413/2023 de 7 julio<sup>9</sup>. En este caso el divorcio se decretó previamente, teniendo adjudicada la vivienda familiar la ex esposa por un periodo de dos años, ya que se consideró en su momento que ostentaba el interés más necesitado de protección al encontrarse enferma. La sentencia de primera instancia determinó que no se justificaba una nueva prórroga debido a la falta de cambios significativos. Unos cambios significativos que si bien no se habían producido, sí se había mantenido la situación de enfermedad que originó la atribución en un primer momento. Aunque la prueba médica mostraba que la enfermedad de la demandante seguía igual, y que recibía asistencia financiera al tener una discapacidad reconocida.

La excónyuge apelante por su parte argumentaba un error en la valoración de la prueba debido al agravamiento de su enfermedad. Sostenía que seguía siendo la parte más vulnerable, lo que justificaba prorrogar el derecho de uso de la vivienda en lugar de extinguirlo. El demandado se opuso, afirmando que la salud de la demandante no había empeorado, y que ya se había prorrogado el uso de la vivienda una vez encontrándose él en peores dificultades económicas. Finalmente en este caso se consideró que el excónyuge no tenía por qué seguir cubriendo la vulnerabilidad de su exesposa y no se prorrogó la atribución de la vivienda a la exmujer.

En el caso de la sentencia de 7 octubre 2002. JUR 2003\2186 de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 12.<sup>a</sup>), se discutía la atribución del uso de la vivienda familiar entre los esposos. La sentencia de primera instancia inicialmente otorgó el uso a la esposa durante dos años. Ella apeló con el objetivo de que se eliminara esta limitación y se permitiera el uso indefinido de la vivienda. Resultando de aplicación el artículo 83.2.b) del Código de Familia<sup>10</sup> ya que los hijos eran mayores de edad e independientes económicamente. Este artículo del Código de familia catalán establece que el uso se otorgará al cónyuge más necesitado de manera temporal, mientras persista la necesidad. Y en este caso se consideró que la esposa era la parte más necesitada debido a la desigualdad económica evidente entre las partes, pues el esposo tenía más recursos económicos. La ley catalana prevé que la atribución del uso se mantenga mientras persista la nece-

sidad. En este caso ambos cónyuges tenían propiedades, incluyendo la vivienda familiar y otros inmuebles, así como activos financieros. Esto le sugirió al juez que la esposa podría adquirir otra vivienda una vez que se dividiera el patrimonio común y que mantener el uso indefinido de la vivienda sería una carga excesiva para el esposo. En resumen, se decidió que ella conservara el uso de la vivienda familiar por un mínimo de dos años, y que trascurrido el mismo se prorrogara hasta que se procediera a la división de los bienes inmuebles pertenecientes a ambos cónyuges.

En el caso de la Audiencia Provincial de Tarragona (sección 1.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 135/2018 de 28 febrero. JUR 2018/91974: es relevante el artículo 234-8 del Código Civil de Cataluña que regula la atribución de la vivienda familiar en casos de convivencia con hijos comunes. Establece que en el caso de guarda compartida, la vivienda se atribuirá a quien tenga más necesidad, en la mayoría de los casos, económica. Sin embargo, esta atribución debe ser temporal, como medida transitoria para conseguir una vivienda, de acuerdo con la jurisprudencia. TS sentencia 6 abril, 27 junio, 21 julio y 16 septiembre 2016; 23 enero y 14 marzo 2017; y n.º 95/2018 de 13 febrero, estableciendo unos plazos de uno a dos años; en el mismo sentido es el criterio del TSJC. En definitiva, en caso de custodia compartida, la atribución del uso de la vivienda familiar solo debe ocurrir de manera excepcional, cuando exista una desigualdad económica evidente entre las partes o cuando una de ellas tenga dificultades significativas para acceder a una vivienda.

En el caso de la sentencia núm. 226/2016 de 8 marzo de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 22.<sup>a</sup>). Sentencia JUR 2016/97786, el padre y la madre tenían diferentes peticiones con respecto al uso de la vivienda familiar. El padre sugería que no se hiciera ninguna atribución de uso de la vivienda, mientras que la madre solicitaba que se le atribuyera a ella y a sus hijos. Los hijos tenían 18 y 15 años, y el régimen económico matrimonial era el de sociedad legal de gananciales, aunque posteriormente optaron por el régimen de separación de bienes. La situación económica y laboral de ambos cónyuges también se tuvo en cuenta. Dado que no existía una medida de custodia compartida para la hija menor y que no se había demostrado una necesidad significativa en ninguna de las partes ni una desigualdad grave, la Sala decidió no realizar una atribución del uso de la vivienda familiar. En lugar de eso, se atribuyó el uso de la vivienda a la hija menor y a la madre por un periodo de un año, con la condición de que esta atribución estuviera sujeta al proceso de liquidación de la sociedad legal de gananciales después de transcurrido ese año (en este sentido la STS de 9 de septiembre de 2015 y 11 de febrero de 2016).

Un último ejemplo en el sentido expuesto lo constituye la SAP de Murcia (sección 4.<sup>a</sup>) núm. 406/2015 de 16 julio que confirma la sentencia de instancia



cuando atribuye a la esposa el uso de la vivienda familiar por considerar que en ella concurre el interés más necesitado de protección, si bien estableciendo como limitación temporal el momento de la correspondiente liquidación del régimen ganancial. Conclusión que se apoya en el hecho de que carece de actividad laboral y de cualificación profesional, dado que a lo largo de los 36 años de duración del matrimonio se ha dedicado al cuidado y atención de su familia. En la actualidad solo desempeña una labor de asistencia a familiares por la que percibe una gratificación de doscientos euros al mes. Por el contrario, el marido ejerce una actividad laboral de carácter estable por la que percibe una retribución media mensual próxima a los dos mil euros que ha constituido durante la convivencia matrimonial la única fuente de ingresos económicos con la que se nutría la unidad familiar. Es evidente que un estudio comparativo entre ambas capacidades y situaciones económicas, y cualificación profesional ponen de manifiesto que la mujer ostenta el interés más necesitado de protección (ORDÁS ALONSO, 2018).

### III. EL INTERÉS MÁS NECESITADO DE PROTECCIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO

El concepto de “interés más necesitado de protección” es un concepto jurídico indeterminado que se emplea en el ámbito del derecho de familia para evaluar y equilibrar diferentes intereses en situaciones donde no existe una regla clara o una medida exacta para determinar cuál debe prevalecer. La indeterminación en este concepto radica en la falta de una definición precisa o un criterio específico para determinar cuándo un interés se considera “más necesitado de protección” que otro. En cambio, se deja a la interpretación y discreción de los jueces o autoridades competentes la tarea de sopesar y equilibrar los diferentes intereses en conflicto en función de las circunstancias específicas de cada caso.

La ventaja de utilizar conceptos jurídicos indeterminados como este es que permiten una mayor flexibilidad y adaptabilidad del sistema legal a situaciones variadas y cambiantes. Sin embargo, esto también puede dar lugar a cierta incertidumbre y subjetividad en la toma de decisiones legales, ya que diferentes jueces o tribunales pueden interpretar de manera diferente cuál es el interés más necesitado de protección en un caso particular.

En última instancia, el uso de conceptos jurídicos indeterminados como este requiere un análisis cuidadoso y una ponderación equitativa de los intereses en juego para llegar a una decisión justa.

Las razones fundamentales aducidas en la jurisprudencia para tomar decisiones sobre la asignación de la vivienda se centran principalmente en motivos

económicos. En casos excepcionales, se consideran otros factores personales, como la salud, por ejemplo, cuando la vivienda está adaptada para uno de los cónyuges con discapacidad.

La razón más comúnmente citada por jueces y tribunales al respaldar la adjudicación del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, en virtud de la interpretación del artículo 96.2 del Código Civil, es la condición de precariedad económica. Esta interpretación se basa en el análisis de la disparidad económica entre ambos cónyuges, y aunque esta disparidad por sí sola no justifica la asignación de la vivienda, se considera como un factor determinante. Incluso, algunos fallos judiciales argumentan que, para determinar cuál de los ex cónyuges necesita una mayor protección, es esencial evaluar principalmente la situación financiera en la que quedan después de la ruptura familiar y sus habilidades para asegurarse un hogar.

En este contexto, la jurisprudencia actual adopta una posición restrictiva al argumentar que interpretar de manera diferente el artículo 96 del Código Civil podría dar lugar a situaciones que constituyan un abuso de derecho y, en algunos casos, fomentar un enriquecimiento indebido e injusto.

Para abordar estos asuntos, recordemos lo dispuesto en el epígrafe 2 del art. 96 del CC: “No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.

Remarco lo dispuesto en este artículo:

Por el tiempo que se considere apropiado de manera razonable.

Siempre que se tomen en cuenta las circunstancias.

En caso de que sea aconsejable.

Y, especialmente, si su interés es el que necesita una protección especial.

Esto requiere una evaluación metódica de todas las circunstancias presentes en cada caso, que no necesariamente se limitan a cuestiones económicas. Se debe prestar atención especial a dos factores: en primer lugar, al interés que requiere una protección más urgente, y en segundo lugar, a las circunstancias individuales de cada uno de los cónyuges. En nuestra opinión, el género y la edad de los cónyuges son factores de gran importancia que deben considerarse.

Desde nuestra perspectiva, es esencial reintroducir una flexibilidad en la valoración que permita tener en cuenta aspectos prácticos y sociales, en lugar de limitarse únicamente a las consideraciones relacionadas con la situación económica del cónyuge menos favorecido.

Al realizar un análisis detallado de este artículo, se nota que el Código Civil no especifica una definición precisa del término “interés más necesitado de protección”. Este artículo es vago y no proporciona directrices claras ni criterios

para su aplicación. La interpretación de este artículo 96.2 del CC, en consonancia con la realidad social actual, ha llevado a que los tribunales tiendan a considerar que el único criterio suficiente para determinar la existencia de un interés más necesitado de protección es el factor económico. Y aun así, incluso cuando existe una disparidad en el patrimonio entre los cónyuges, no se justifica automáticamente la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge económicamente más desfavorecido, que en la mayoría de los casos suele ser la mujer. Esto puede parecer incoherente.

Por lo tanto, no comprendemos cómo la mayoría de la doctrina sostiene prácticamente que el único criterio suficiente por sí solo para asignar el uso de la vivienda es el factor económico y, aún en caso de disparidad económica, no sería decisivo. Al observar la variedad de situaciones y cómo los tribunales las han venido resolviendo, el interés más necesitado de protección se consolida como el factor determinante para la atribución del uso de la vivienda, ya sea propiedad de uno o de ambos cónyuges, y suele abordarse principalmente desde una perspectiva económica. Esta concepción no concuerda del todo con nuestra opinión, ya que no debemos olvidar que se trata de un concepto jurídico indeterminado.

Resulta incomprensible cómo no se otorga la debida importancia a los demás factores y circunstancias (como el género, la edad, la salud, entre otros), ya que estos elementos también tienen una relevancia especial, dado que influyen en la valoración de la disparidad económica al decidir, por un lado, si la asignación del uso es apropiada o no, y, en particular, en la determinación de la duración de la medida. Por ejemplo, una persona que carece de recursos, especialmente si es una mujer, para satisfacer su necesidad de vivienda, se enfrentará a mayores dificultades para encontrar empleo. Asimismo, si sufre de una enfermedad o si tiene una edad avanzada en comparación con una situación diferente, esto podría influir en la asignación del uso por un periodo más prolongado.

Algunos autores sostienen que la atribución de la vivienda debería centrarse en la protección del cónyuge que enfrenta mayores dificultades para acceder a otra vivienda (ORDÁS ALONSO, 2018), en lugar de basarse exclusivamente en su situación económica. Es importante recordar que, en la mayoría de los casos, uno de los cónyuges es una mujer. Sin embargo, la creciente incorporación de la mujer al mundo laboral ha llevado a que, a menudo, se confunda la equidad con la errónea suposición de que hombres y mujeres han alcanzado igualdad económica, pues en una hipotética igualdad de condiciones económicas no existen razones suficientes para favorecer automáticamente a la mujer debido a su género.

Según numerosas sentencias, la interpretación del interés más necesitado de protección según el art. 96.2 solo justificaría atribuir el uso al cónyuge no titular por razones de “auténtica necesidad y penuria económica”. Situaciones de gran excepcionalidad que, como califican los distintos tribunales, en la mayoría de los

casos no se dan, porque los ingresos de ambos cónyuges son parejos, y en esta situación de paridad económica, considerar a uno de los cónyuges como más vulnerable en igualdad de salarios podría plantear una infracción del art. 96 del CC.

Conforme a lo establecido por el Tribunal Supremo<sup>11</sup>, el tercer párrafo del artículo 96 del Código Civil posibilita la atribución del derecho de uso por un periodo determinado en beneficio del cónyuge, cuando las circunstancias lo ameriten y su interés requiera una protección especial. Además, según lo expuesto en la sentencia, una vez que los hijos a quienes se les otorgó el uso alcanzan la mayoría de edad, tanto el esposo como la esposa se encuentran en condiciones iguales en relación con este derecho. Ambos enfrentan una nueva situación que no considera el derecho preferente derivado de la medida complementaria de la guarda y custodia, sino el interés que pueda justificarse a partir de ese momento<sup>12</sup> y por un periodo específico.

En ausencia de un acuerdo previo, la responsabilidad de asignar el uso de la vivienda familiar recae en el juez, quien se guiará por los criterios legalmente establecidos. Al respecto, el artículo 103 del Código Civil, en el contexto de las medidas provisionales, autoriza al juez a determinar qué cónyuge deberá quedarse en la vivienda familiar, teniendo en consideración el interés que más requiere protección. Este interés se especifica en el artículo 96 del Código Civil, dependiendo de si existen hijos menores de edad o no (ORDÁS ALONSO, 2018).

A continuación procederemos al estudio de los tres primeros apartados del artículo 96 del Código Civil y de su interpretación jurisprudencial. No sin antes llamar la atención, como manifiesta Tena Piauelo, sobre lo sorprendente que resulta tal cúmulo de conceptos jurídicos indeterminados (tiempo prudencial, atendidas las circunstancias, aconsejable, interés más necesitado de protección) que ponen en manos del juez una gran capacidad decisoria, no sometida siquiera a las reglas de la titularidad de los propios derechos en relación con terceros (TENA PIAZUELO, 2015) y que en ningún momento se plantea ni la edad, ni el género, ni ninguna otra circunstancia de carácter subjetivo ni las implicaciones que estas pudieran acarrear.

Profundicemos pues en el concepto de “auténtica necesidad” tal como lo define la jurisprudencia. Se trata de un estado que algunos fallos judiciales han calificado como una situación de mayor necesidad, que puede incluir circunstancias de extrema desprotección o necesidad debido a problemas de salud, siempre y cuando el cónyuge no custodio carezca de otra vivienda y el cónyuge custodio tenga los medios necesarios para proporcionar vivienda a los hijos.

En estos casos, se podría considerar la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no custodio. Sin embargo, algunas sentencias enfatizan que esta excepción al principio general solo se aplicará si se demuestra de manera sólida la existencia de una situación de extrema necesidad en el cónyuge no custodio. Esta

prueba de extrema necesidad puede ser difícil de establecer en algunos casos, lo que desprotegería, presumiblemente al cónyuge más necesitado de vivienda que aun padeciendo una gran necesidad, no pueda probarla.

Por ejemplo, en la sentencia SAP Baleares 4.<sup>a</sup> 9 de abril de 2001, a pesar de la grave enfermedad de la esposa (cónyuge no custodio), su solicitud de atribución del uso de la vivienda familiar adaptada a su enfermedad no prosperó debido a que disponía de recursos económicos de un seguro y una indemnización por su enfermedad. En otro caso, en la sentencia SAP Barcelona 12.<sup>a</sup> de 26 de mayo de 2003, a pesar del delicado estado de salud del esposo (cónyuge no custodio) que requería ingresos hospitalarios frecuentes y asistencia de terceras personas, no se le atribuyó el uso de la vivienda conyugal, ya que vivía en el domicilio de sus padres, quienes podían cuidar de él, mientras que la esposa trabajaba pero no ganaba lo suficiente para alquilar otra vivienda.

Así se expresa también la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.<sup>a</sup>, en sentencia de 31 de mayo de 2016, según la cual: “Cuando no cabe observar un interés más necesitado de protección en ninguno de los cónyuges litigantes, lo procedente hubiese sido no efectuar pronunciamiento alguno en relación con la medida pretendida de uso y disfrute de la vivienda conyugal, dejándolo sin definición hasta el trámite de liquidación de la sociedad de gananciales”.

Profundicemos en la segunda interpretación: Penuria económica y precariedad<sup>13</sup>.

Por poner un ejemplo entre muchos, como indica la SAP de Cáceres (sección 1.<sup>a</sup>) núm. 7/2007 de 11 enero, la situación de auténtica necesidad o penuria económica sería el único supuesto de hecho excepcional habilitante para permitir la atribución a uno de los cónyuges (el más necesitado de protección se entiende). Además como sostiene la sentencia, esta situación totalmente excepcional de auténtica necesidad debía ser probada en todos sus extremos, dejando claro que en cualquier caso la adjudicación tendría lugar por un periodo de tiempo más o menos reducido durante el cual, supuestamente, el cónyuge en estado de auténtica necesidad, tendría que superar dicha situación y disponer de una vivienda.

Por lo tanto, se establece de manera evidente que la asignación del derecho de uso de la vivienda familiar, cuando no existen hijos menores, se concede principalmente al cónyuge no titular, solo en situaciones excepcionales de precariedad, generalmente de naturaleza económica, que justifiquen su reconocimiento temporalmente.

En virtud de la doctrina jurisprudencial presentada, no podemos estar de acuerdo en que el factor determinante para la atribución del uso de la vivienda, siendo propiedad de uno de los cónyuges, dependa exclusivamente de la capacidad económica significativamente superior o inferior. En lugar de eso, como se ha enfatizado repetidamente, debe atribuirse cuando exista una situación de

precariedad sobrevenida que justifique considerar su interés como necesitado de protección que no debería de resultar de casos tan excepcionales, según lo establecido en el artículo 96.2 del Código Civil.

La pregunta que surge es por qué se considera únicamente la situación de precariedad económica sobrevenida, cuando este no es el único aspecto contemplado por el artículo 96 del CC. ¿Por qué no se toma en cuenta una circunstancia relevante en muchos casos, como la vulnerabilidad de la mujer, especialmente en áreas rurales? Estos términos rara vez son considerados, al igual que la ubicación de la vivienda familiar contigua a la casa de la familia política, descuidando de este modo, otras “circunstancias” que también deberían ser consideradas.

Sin lugar a dudas, el interés que requiere una protección especial se debe plantear y respaldar adecuadamente y en la mayoría de los casos, excesivamente con pruebas. En caso contrario, si solo se ha solicitado el uso de la vivienda familiar sin mencionar y respaldar de manera adecuada el interés que necesita una especial protección, no se podrá conceder dicho uso<sup>14</sup>.

Además, es fundamental tener en cuenta que estamos frente a una norma legal que se viene interpretando de manera muy restrictiva. Por lo tanto, no es suficiente demostrar simplemente un interés que requiere una protección especial, sino que, se exige rigurosamente evidenciar la existencia de una “necesidad excepcional que demanda una protección singular o cualificada”, que en la mayoría de los casos se exige que sea de carácter económico.

Un carácter excepcional, que reiteran numerosas sentencias. Un ejemplo ilustrativo es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 22.<sup>a</sup>) número 122/2007, emitida el 16 de febrero, que establece que la norma requiere la existencia de “un interés que, de modo notorio, haga de merecer una protección prioritaria frente al del otro consorte. Por otro lado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 24.<sup>a</sup>) número 134/2009, dictada el 9 de febrero, afirma que el artículo 96.3 del Código Civil es una medida excepcional que permite atribuir temporalmente el uso del domicilio a uno de los cónyuges y que debe aplicarse de manera restrictiva. Finalmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 10.<sup>a</sup>) número 358/2017, del 26 de abril, establece que en situaciones donde no hay hijos en común, la ley tiende a respetar los derechos derivados de la propiedad de la vivienda, como regla general según los artículos 348 y 446 del Código Civil, a menos que, como excepción, las circunstancias aconsejen atribuir el uso al cónyuge que demuestre una mayor necesidad de protección.

Otros factores a considerar podrían ser la edad entre los cónyuges, diferencia significativa entre ambos cónyuges que, por sí sola, justifique otorgar una mayor protección a uno de los cónyuges en relación con el otro, siempre y cuando ambos tengan recursos suficientes para satisfacer sus necesidades de vivienda. La

situación cambia si existe una diferencia patrimonial notable entre ellos, hasta el punto de que uno de ellos carece de ingresos y patrimonio. En tal caso, puede ser difícil para esa persona encontrar empleo debido a su avanzada edad, ni que decir, que sea mujer, pero en esta evaluación, la edad no sería el único factor determinante para considerar un interés más necesitado de protección; se sumaría la precariedad económica.

Por lo que siempre es importante considerar la precariedad económica como binomio de otro factor, tipo edad, tipo sexo, tipo formación académica, tipo lugar de residencia. No hay que acudir a uno sino a varios factores a la hora de determinar si alguno de los cónyuges presenta un interés más necesitado de protección.

Además, es importante recordar dos datos fundamentales: en primer lugar, que no hay hijos menores cuyo interés deba ser priorizado, y la vivienda podría ser propiedad exclusiva del cónyuge al que se le niega su uso. En segundo lugar, esta medida siempre será temporal.

En cualquier caso, la precariedad económica podría abordarse mediante un aumento en la pensión compensatoria si se presupone un desequilibrio económico, no mediante el uso de la vivienda familiar.

Este criterio coincide con algunos autores que también defienden que hay que tener en cuenta criterios sociales e incluso morales. En este contexto, se argumenta que la evaluación de dicho interés no debe basarse únicamente o principalmente en la valoración económica del patrimonio, ya que el artículo 96 del Código Civil se centra más en satisfacer necesidades vitales que en valorar y compensar patrimonios.

La conducta desordenada, la falta de lealtad conyugal, la compatibilidad de caracteres, la animosidad o la mala relación entre los cónyuges o alguno de ellos con los hijos, entre otros, especialmente la mala fe son algunas de las circunstancias que menciona Santos Briz.

La SAP de Las Palmas (sección 3.<sup>a</sup>) núm. 534/2015 del 20 de julio señaló que la evidencia de los ingresos percibidos era crucial. Aunque el apelante, en este caso, un agente de la Policía Local, mostraba unos ingresos fijos y constantes, no se conocían los ingresos de la parte demandada. La jueza de primera instancia aceptó que esta no trabajaba, basándose en un certificado del INEM que indicaba la falta de prestación por desempleo. La capacidad económica debería haber sido plenamente demostrada, lo que podía representar un riesgo para la mujer. Sin embargo, ese documento no probaba su situación económica, y se cuestionaba si realmente era la parte más necesitada de protección. La demandada no presentó declaración de la renta ni certificado de la Agencia Tributaria que indicara sus ingresos.

Desde nuestra perspectiva, este razonamiento tiene falencias desde el punto de vista de la igualdad de género. Se coloca una carga desproporcionada sobre

la demandada para probar su situación económica, mientras que el apelante se libera de esa responsabilidad. Además, se presumen circunstancias desfavorables para la demandada, como la falta de ingresos, sin una base clara. Este enfoque puede acentuar las desigualdades de género al imponer estándares que resultan más estrictos a las mujeres en situaciones similares, pues por regla general en algunos casos, las mujeres tendrán un estatus económico ligeramente inferior que los hombres, significativamente inferior en otros muchos, pero en pocos casos extremadamente inferior.

Lo justo sería analizar otros factores que influyen, como el de que la mujeres por regla general van a tener salarios más bajos que los hombres, para poder proceder a una evaluación equitativa de la capacidad económica de ambas partes. Esto es especialmente importante en casos donde se toman medidas excepcionales según el artículo 96.3 del Código Civil.

Un ejemplo ilustrativo es la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (sección 1.ª) número 228/2013, emitida el 28 de noviembre, la cual establece: “El interés más necesitado de protección” es un concepto jurídico indeterminado que obliga al juez a analizar los factores relevantes en cada caso específico para tomar la decisión más justa. Entre otros aspectos, el juez debe tener en cuenta los siguientes elementos: a) la situación económica y patrimonial de los cónyuges; b) las personas que, además de uno de los cónyuges, podrían verse obligadas a abandonar la vivienda familiar, si aplica; c) la posibilidad de que cada uno de ellos tenga acceso a otra vivienda que satisfaga sus necesidades de alojamiento; d) la situación personal y laboral de cada uno de los afectados, incluyendo su estado de salud, edad, apoyos disponibles y estabilidad en el empleo; e) el tiempo durante el cual cada uno de ellos ha ocupado la vivienda; f) el título por el cual se ocupa la vivienda; g) si la vivienda se utiliza para el trabajo de alguno de ellos y cómo afectaría su salida a esta situación, entre otros factores relevantes.

No tiene sentido que en la atribución de la vivienda se tenga en cuenta un criterio meramente económico, cuando es algo que se puede compensar por otros medios: incluyendo la pensión compensatoria y la compensación por trabajo doméstico,

Y nada tiene que ver con la atribución del uso de la vivienda.

Los demás factores, como la edad, la salud, etc., en nuestra opinión, pueden servir únicamente para calificar la disparidad en la situación económica al determinar si es apropiado o no atribuir el uso de la vivienda, y específicamente, para determinar la duración de la medida.

Este binomio de factores justificaría la atribución del domicilio a favor de la mujer en casos dudosos donde no existe una gran disparidad económica, pues la diferente capacidad económica, por sí sola, no es suficiente para atribuir el uso de la que fue vivienda familiar.



Y en este sentido la STS (Sala de lo Civil, sección 1.<sup>a</sup>) núm. 174/2015 de 25 marzo, cuando dice: “No bastará con que el cónyuge que solicite la atribución del uso de la vivienda familiar tenga peor capacidad económica que el otro, sino que es necesario acreditar que, realmente, necesita seguir usándola como residencia, aunque sea temporalmente, así como que dicha necesidad es mayor que la del otro consorte”.

#### IV. LA RESOLUCIÓN DE 30 DE AGOSTO DE 2023, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

En relación a la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante Dirección General) del 30 de agosto de 2023, la cuestión que se plantea en este contexto es si la asignación del derecho de uso de la vivienda familiar, (resultante de un convenio regulador acordado entre dos excónyuges), puede inscribirse en el Registro de la Propiedad sin detallar su periodo de validez, o si es imperativo incluir esta especificación para su registro cuando existan hijos menores involucrados.

Es importante señalar es que la Dirección General también parte de la consideración del derecho de uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia, no como un derecho real, sino como un derecho de índole familiar.

En esta resolución, la Dirección General afirma que la autoridad judicial debe determinar el plazo de duración de ese derecho, siguiendo la misma línea que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como se establece en la sentencia 117/2017, de 22 de febrero. En dicha sentencia, se sostiene que, de acuerdo con el principio de especialidad y temporalidad, en este caso particular no es necesario establecer un “dies certus” en consideración a la protección del interés superior del menor. La sentencia argumenta que “Conforme al principio de especialidad y la temporalidad, en este caso concreto no resulta necesario la fijación de un “dies certus”.

Aunque de manera indirecta se desprenderá que, en situaciones donde no hay hijos o estos son mayores, se protegerá el derecho del propietario al imponer la condición de temporalidad necesaria, siempre y cuando no haya otro interés superior que deba atenderse.

La doctrina de la Dirección General, tal como se refleja en la Resolución de 2 de junio de 2014, mantiene una postura coherente en relación con la configuración, alcance y oponibilidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar establecido en los artículos 90 y 96 del Código Civil en situaciones de crisis familiar. En líneas generales, se ha establecido que, para ser registrado en el Registro de la Propiedad, el derecho de uso familiar debe tener relevancia frente a terceros y

debe definirse conforme al principio de especialidad. Esto implica expresar con precisión las facultades que abarca, identificar a sus titulares, establecer su temporalidad (aunque no sea necesario fijar un “dies certus”, a menos que la legislación civil especial lo exija, como en el caso del Código Civil Catalán, artículo 233-20) y, además, contar con un mandato expreso de inscripción.

Independientemente de cómo se configure, si se busca que sea reconocido como un derecho de uso registrable, debe estar claramente determinado, siguiendo así el principio general de especialidad característico de nuestro sistema registral. La asignación del derecho de uso de la vivienda familiar se considera una medida de salvaguarda, aplicable sin tener en cuenta el régimen de bienes matrimoniales o la modalidad de titularidad acordada entre los propietarios. Por lo tanto, no se puede limitar el derecho de uso al período en el que los progenitores sean titulares de dicho bien.

En última instancia, la objeción presentada por el registrador al insistir en la necesidad de especificar temporalmente la asignación del uso de la vivienda no recibió respaldo. Como resultado, la Dirección General optó por aceptar el recurso y anular la calificación impugnada. Esta resolución subraya una vez más la actualidad y controversia de la cuestión del plazo fijado en el que se atribuye el uso de la vivienda, aunque tenga lugar de mutuo acuerdo vía convenio regulador, evidenciando cómo se extiende a diversos ámbitos jurídicos, incluida la labor de calificación registral.

## V. ESTUDIO DE LA CUESTIÓN EN EL CCCAT

El Código Civil Catalán regula la atribución del uso de la vivienda familiar en los artículos 233-20 y siguientes. Sigue en gran medida un enfoque similar al CC. Sin embargo, existen algunas diferencias y particularidades en la regulación del CCCat que podíamos resumir así:

Enfoque similar al Código Civil Español: Al igual que el CC, el CCCat establece que en caso de divorcio, separación o nulidad del matrimonio, la atribución del uso de la vivienda familiar se determinará de acuerdo con las circunstancias y necesidades de las partes involucradas.

Principio de preferencia a hijos menores: Al igual que el CC, el CCCat también prioriza el interés de los hijos menores en la atribución del uso de la vivienda familiar. El CCCat establece que cuando hay hijos menores de edad, su interés prevalecerá a la hora de determinar la atribución del uso de la vivienda.

Consideración de las circunstancias de las partes: El CCCat permite que las circunstancias específicas de los cónyuges o convivientes sean consideradas al tomar una decisión sobre la atribución del uso de la vivienda familiar. Esto puede incluir aspectos económicos, de salud o cualquier otra circunstancia relevante.

Posibilidad de acuerdo entre las partes: El CCCat también permite que las partes involucradas lleguen a un acuerdo sobre la atribución del uso de la vivienda familiar. Este acuerdo deberá ser aprobado por el juez y debe ser equitativo y en interés de todas las partes involucradas.

Carácter temporal: Al igual que en el CC, el CCCat establece que la atribución del uso de la vivienda familiar tiene un carácter temporal y se otorga por un período de tiempo determinado. Esto significa que no es una asignación permanente y puede ser revisada en el futuro si cambian las circunstancias.

Posibilidad de atribución al cónyuge no titular: En situaciones donde no existen hijos menores de edad, el CCCat también permite la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular, en circunstancias excepcionales de precariedad económica.

La regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar, que se lleva a cabo en el momento del cese de la convivencia, como se desprende del artículo 233-20 del CCCat, debe interpretarse siguiendo criterios restrictivos. La jurisprudencia respalda esta idea al considerar que esta atribución implica una limitación temporal del derecho de propiedad de uno de los titulares al que se priva del uso en beneficio del otro progenitor, quien tiene la custodia de los hijos menores. Esta medida tiene como objetivo garantizar cierta estabilidad a los hijos menores, y su razón de ser se basa en el interés superior de estos, que debe ser la principal consideración en las decisiones judiciales, como se establece en el artículo 211-6 del CCCat.

Cuando no se trata de un caso con hijos menores involucrados, la justificación de esta atribución se encuentra en la continuación de la solidaridad familiar a pesar del divorcio. Solo se puede restringir las facultades del dominio cuando exista un interés más necesitado de protección en uno de los cónyuges.

La extensión de la solidaridad familiar a la que nos referimos tiene un límite definido. En nuestro sistema legal, el derecho de uso de la vivienda familiar no es ilimitado, ya que se establece con una duración temporal, aunque existe la posibilidad de prórroga y modificación durante su vigencia. Este enfoque se justifica, según se expone en la justificación de la ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, que aborda cuestiones relativas a la persona y la familia. La intención es frenar una jurisprudencia que ha tendido a otorgar un carácter indefinido a la atribución, en detrimento de los intereses del cónyuge titular de la propiedad.

El artículo 233-20.5 del CCCat establece que la asignación temporal del uso, basada en una mayor necesidad, puede ser prorrogada, también de manera temporal, si persisten las circunstancias que la motivaron. No obstante, no contempla prórrogas sucesivas indefinidas.

Cuando se vincula este apartado con el número 7 del mismo artículo 233-20, que pondera la atribución como contribución en especie para determinar la prestación que podría generar el otro cónyuge, y con el artículo 233-18.1 del mismo código, que regula la posibilidad de modificar la prestación compensatoria solo para reducir su cuantía, sin permitir su aumento o extensión, se concluye que, por la misma causa legal, no existe la opción de aumentar la carga que soporta el propietario del inmueble al mantener al ex cónyuge durante un período mayor que el derivado de la asignación inicial y una prórroga.

Un ejemplo significativo es la de la sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª) sentencia núm. 7/2017 de 16 febrero. RJ 2017\1600. Por un lado, se argumenta que se habían infringido los artículos 233-20.2, 4 y 5 del CCCat y el artículo 233-21.1 a) del mismo código. Se solicitaba que la atribución del uso del domicilio familiar a la esposa, basada en la concesión de la custodia de los menores, fuera temporal y que finalizara cuando se liquidara efectivamente la propiedad conjunta de la vivienda.

Por otro lado, el recurrente alegaba que la sentencia de la Audiencia infringía el artículo 233-20.1 del CCCat, que permite a los cónyuges acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar para satisfacer los alimentos de los hijos comunes. Sostenía que este artículo impedía que el juez, en caso de desacuerdo de la pareja, atribuyera al cónyuge beneficiario no solo la vivienda en sentido estricto, sino también el uso de la plaza de parking y el trastero anejos a la vivienda, así como el acceso a la zona comunitaria y la piscina del inmueble.

Este motivo de casación fue rechazado por el TSJC, argumentando que el derecho de uso del domicilio conyugal, a pesar de ser especial y vinculado a la esfera familiar, abarcaba la totalidad de la vivienda, incluyendo sus dependencias y derechos anexos, según lo estipulado en el artículo 562-7 del CCCat. Esto implica que, a menos que la normativa específica del derecho de familia indicara lo contrario, el uso de la vivienda naturalmente comprende el acceso al trastero y la plaza de aparcamiento habitualmente utilizados por la familia. Además, la propiedad y el uso de la piscina y otros elementos comunes estarían vinculados a la propiedad y el uso de los elementos privativos de acuerdo con las normas de la propiedad horizontal. De modo que separar el derecho de uso de la vivienda de la utilización de estos elementos no concuerda con la legislación vigente.

Por último, se rechaza en esta sentencia la pretensión del recurrente argumentando que sería poco práctico y costoso desvincular el uso de la plaza de *parking* y el trastero de la vivienda en el registro, y podría generar conflictos innecesarios entre los cónyuges. Se menciona también una tendencia reciente de otorgar el uso de la vivienda familiar por periodos más cortos, en lugar de otorgarlo indefinidamente como se hacía en el pasado, con el objetivo de permitir a la parte que no tiene la custodia buscar una nueva vivienda por sus propios medios.

En general, se destaca que la atribución del uso de la vivienda familiar tiende a ser temporal y sujeta a condiciones específicas en lugar de indefinida.

Según la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 68/2015 de 5 de octubre, la reciente normativa sobre la asignación del uso de la vivienda familiar en casos de separación o divorcio matrimonial se distingue por ser más flexible y otorgar a los jueces nuevas facultades, limitadas en la regulación previa del código de familia.

Esta legislación reciente se fundamenta en la idea de que, tras la ruptura de la convivencia conyugal, en la medida de lo posible, los inmuebles deben regresar a su régimen jurídico ordinario que vincula la disposición del uso con la titularidad de la propiedad. No obstante, el legislador también reconoce la necesidad de considerar intereses superiores y distintos a los de los cónyuges como propietarios o copropietarios de la vivienda. Estos intereses buscan proporcionar estabilidad y protección a los hijos menores, así como asegurar la continuidad temporal de la solidaridad conyugal cuando uno de los cónyuges requiere protección especial.

En este sentido, se permite que, considerando las circunstancias particulares de cada caso, las necesidades de vivienda se puedan satisfacer de formas diferentes a la vinculación de la propiedad privada o la copropiedad, con el objetivo de que los lazos económicos creados durante el matrimonio no perduren más allá de lo necesario. Este enfoque se expresa claramente en el Preámbulo del Libro II CCCat (LCAT 2010, 534) que aborda este tema y señala que las nuevas reglas sobre la atribución del uso de la vivienda familiar introducen cambios significativos.

Aunque se mantiene la prioridad de atribuir la vivienda al cónyuge con la custodia de los hijos, se destaca la importancia de evaluar las circunstancias específicas de cada caso. Así, se permite que, a solicitud de la parte interesada, se excluya la asignación del uso de la vivienda familiar si la persona beneficiaria cuenta con recursos suficientes para satisfacer sus necesidades y las de los hijos, o si la persona que debe cederla puede garantizar adecuadamente el pago de alimentos y la prestación correspondiente al otro cónyuge para cubrir sus necesidades de vivienda.

En situaciones donde, a pesar de tener la custodia de los hijos, se prevé que esa necesidad persistirá después de que los hijos alcancen la mayoría de edad, la asignación del uso de la vivienda familiar puede hacerse inicialmente en función de esa necesidad. Sin embargo, en todos los casos, la asignación por necesidad es temporal y puede prorrogarse según sea apropiado. Este enfoque busca limitar una jurisprudencia que tendía a otorgar atribuciones indefinidas, perjudicando los intereses del cónyuge titular.

La normativa actual refleja una perspectiva en la que la obligación de proporcionar alojamiento a través de la asignación del uso del domicilio familiar ha

perdido importancia. Este cambio de enfoque se observa en diversas disposiciones del CCCat:

- El artículo 233-20.4 del CCCat otorga a la autoridad judicial la facultad excepcional de asignar el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene la custodia, siempre que sea el más necesitado y el cónyuge con la custodia disponga de medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de sus hijos.
- El artículo 233-20.6 CCCat establece que la autoridad judicial puede reemplazar la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son adecuadas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos.
- El artículo 233-21.1 CCCat permite que, a solicitud de uno de los cónyuges, se excluya la atribución del uso de la vivienda familiar en ciertas circunstancias, como cuando el cónyuge que tendría derecho al uso debido a la custodia de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos, o cuando el cónyuge que debe ceder el uso puede garantizar el pago adecuado de las pensiones de alimentos de los hijos y, en su caso, de la pensión compensatoria del otro cónyuge para cubrir sus necesidades de vivienda.

En síntesis, la normativa actual en Cataluña refleja una mayor flexibilidad en relación con la asignación del uso de la vivienda familiar, adaptándose a las necesidades y recursos de las partes involucradas en procesos de divorcio o separación.

## VI. CONCLUSIONES.

- I. Se observa un tratamiento distinto del derecho de uso de la vivienda familiar en el contexto del Derecho común cuando hay hijos menores. En este caso, se considera por la jurisprudencia mayoritaria que la asignación del derecho de uso de la vivienda sin restricciones temporales infringe lo establecido en el artículo 96.2.
- II. El legislador reconoce que, a pesar de que las mujeres en general tienen acceso al mercado laboral, a menudo abandonan sus carreras después de casarse o tener hijos. Lo que no se menciona es que este abandono a menudo ocurre en una etapa de la vida de la mujer en la que perder oportunidades laborales puede ser irreparable (SOLÉ RESINA, 2018). No obstante, este es un tema controvertido y complicado de anticipar, especialmente cuando la necesidad surge debido a problemas de salud o a la falta de empleo remunerado del cónyuge que recibe la atribución del uso de la vivienda, ya que esta situación podría prolongarse inde-

finidamente (ESPUNY TOMÁS, 2018). Por supuesto, los desacuerdos pueden surgir cuando la vivienda es de titularidad compartida entre ambos cónyuges o cuando lo es exclusiva del cónyuge que no recibe el derecho de uso. Esto no ocurre cuando la propiedad es exclusiva del cónyuge al que se le otorga el derecho de uso, ya que esto está inherentemente ligado a su derecho de propiedad.

- III. La jurisprudencia mayoritaria establece que la asignación del derecho de uso de la vivienda al cónyuge que no es el beneficiario debe considerarse como una forma de contribución en especie al calcular tanto la pensión de alimentos como la pensión compensatoria que podría corresponder al otro cónyuge (SOLÉ RESINA, 2018).
- IV. Además, la jurisprudencia también ha establecido que los gastos habituales de mantenimiento y reparación de la vivienda son responsabilidad del cónyuge que tiene su uso, mientras que las obligaciones relacionadas con su adquisición o mejora recaen sobre el titular o titulares de la vivienda. Estas cuestiones se abordan de manera más específica en la regulación del Código Civil de Cataluña, que introdujo cambios significativos para evitar que la asignación del uso de la vivienda sea indefinida en detrimento del cónyuge titular.
- V. En cuanto al criterio de atribución basado en la necesidad, es importante determinar si se refiere a la capacidad económica del cónyuge, a su situación de necesidad o a ambas, dependiendo de las circunstancias de cada caso. En general, estas disposiciones tienden a mejorar la posición del cónyuge titular que no tiene derecho al uso de la vivienda, lo que puede afectar a un alto número de mujeres, ya que, como se mencionó anteriormente, la custodia de los hijos menores suele ser otorgada a la madre, lo que conlleva la asignación del uso de la vivienda familiar. Sin embargo, esta situación a menudo deja a las mujeres en una posición vulnerable, ya que dependen del pago puntual de la hipoteca por parte de sus exparejas y deben hacer frente a los posibles retrasos o incumplimientos para evitar embargos u otras consecuencias negativas.
- VI. La restricción en cuanto a la duración temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar parece no permitir extensiones más allá de las establecidas por ley. En nuestra opinión, esta limitación es demasiado inflexible en lo que respecta a la asignación de la vivienda al cónyuge que más necesita protección, y esto podría perjudicar especialmente a las mujeres, que con frecuencia se encuentran en esta situación.

- VII. El principio de “solidaridad conyugal” y la consiguiente renuncia del “puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro”, deben ser determinantes en la asignación de uso adicional a favor del cónyuge que necesita mayor protección, (no solo económica), limitándose al tiempo determinado por el criterio judicial en función de las circunstancias. Esta normativa no admite restricciones temporales explícitas, aunque estas se derivarán de manera indirecta. Esto ocurre especialmente cuando no hay hijos o cuando estos son mayores, ya que en este último escenario, y en ausencia de otros intereses superiores, se protege el derecho del propietario mediante la imposición de la regla que exige una duración temporal necesaria del derecho.
- VIII. En este contexto, poco esperanzadores resultan los intentos fallidos realizados por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en casos de nulidad, separación y divorcio. Este anteproyecto propone modificaciones al artículo 96 en su artículo 8<sup>15</sup>, donde se abordan aspectos relacionados con la corresponsabilidad parental. Esta norma tiene un impacto significativo y perjudicial para las mujeres que, a pesar de tener atribuido el uso de la vivienda, quedan en una situación vulnerable en la que dependen de que su expareja cumpla con los pagos mensuales de la hipoteca. En casos en los que estos pagos se retrasen o no se realicen, son las mujeres quienes deben hacer frente a las consecuencias, incluso para evitar un posible embargo.
- IX. La conclusión principal sería la de no perder de vista que la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar siempre debe ir arraigada a la idea de la solidaridad conyugal, aunque el vínculo conyugal se rompa. Digamos que hay una presunción de permanencia de los efectos del matrimonio que se entienden más allá de la nulidad, ruptura, separación o divorcio, que debe ser protegida. Por ello, en atención al deber de solidaridad conyugal que se extiende más allá de la disolución del matrimonio, en situaciones inciertas, buscamos establecer una presunción de que la mera condición de ser mujer representa un interés que requiere una protección adicional. Además, cuando no se pueda proporcionar una carga de prueba sólida, el papel valorativo y ponderativo del juez debe considerar de manera destacada la condición de ser mujer, junto con otras circunstancias comprobadas, como la dificultad económica, entre otras, todo ello en atención al mantenimiento de la equidad y de la mencionada solidaridad conyugal.

## VII. ÍNDICE



- STS de 20 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5086).
- STS 20 noviembre 2018 (JUR 2018\315910).
- STS núm. 95/2018 de 13 febrero.
- STS de 6 abril, 27 junio, 21 julio y 16 septiembre 2016; 23 enero y 14 marzo 2017.
- STS 390/2017, de 20 de junio (RJ 2017, 3060).
- STS núm. 117/2017, de 22 de febrero.
- STS de 23.1.2017.
- STS de 11 de febrero de 2016.
- STS núm. 315/2015, de 29 de mayo (RJ 2015, 2273).
- STS de 9 de septiembre de 2015.
- STS (Sala de lo Civil, sección 1.ª) núm. 174/2015 de 25 marzo.
- STS 11 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7262).
- STS de Pleno de 5 de septiembre de 2011.
- STS Sala 1.ª 859/2009 fechada el 14 de enero de 2010.
- STS 31 diciembre 1994 (JUR1994/20231).
- STSJ de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, sección 1.ª), núm. 7/2017 de 16 febrero. RJ 2017\1600.
- STSJ de Cataluña número 68/2015 de 5 de octubre.
- SAP de Barcelona (sección 12.ª), núm. 413/2023 de 7 julio. JUR 2023\338315.
- SAP de Barcelona 12.ª de 26 de mayo de 2003.
- SAP de Barcelona de 7 octubre 2002. JUR 2003\2186 (sección 12.ª).
- SAP de Baleares 4.ª 9 de abril de 2001.
- SAP de Cádiz (sección 5.ª), núm. 928/2022 de 19 octubre. JUR 2023\16642.
- SAP de Cáceres (sección 1.ª) núm. 399/2016 de 26 de octubre.
- SAP de Cáceres (sección 1.ª) núm. 7/2007 de 11 enero.
- SAP de A Coruña (sección 4.ª) número 13/2017, de 16 de enero.
- SAP de Granada, n.º 101/2020, sección Quinta, Rollo No 102/2020 – Autos No 191/2019. Juzgado De Primera Instancia e Instrucción N.º 1 de Loja.
- SAP de Huelva (Sección 1.ª) núm. 228/2013, emitida el 28 de noviembre.
- SAP de Las Palmas (sección 3.ª) núm. 534/2015 de 20 de julio.
- SAP de Madrid, núm. 226/2016 de 8 marzo (sección 22.ª). Sentencia JUR 2016\97786.
- SAP de Madrid (sección 22.ª) núm. 122/2007.
- SAP de Madrid (sección 24.ª) núm. 134/2009, dictada el 9 de febrero.
- SAP de Murcia (sección 4.ª) núm. 406/2015 de 16 julio.

- SAP de Tarragona (sección 1.<sup>a</sup>), núm. 135/2018 de 28 febrero. JUR 2018/91974.
- SAP de Toledo n.º 1038/2020, de 16 de octubre, ECLI: ES: APTO:2020:1594.
- SAP de Valencia (sección 10.<sup>a</sup>) núm. 358/2017, del 26 de abril.

## VIII. REFERENCIAS

- BARNETT, H. (1998). *Introduction to Feminist Jurisprudence*. London: Cavendish.
- ESPUNY TOMÁS, M. J. (2018). *La docencia del derecho con perspectiva de género* (1<sup>a</sup> ed.). Dykinson S.L. Obtenido de <http://www.jstor.org/stable/j.ctv346pcj>
- GIMENO, M. (2020). *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?* Thomson-Aranzadi.
- LOMBARDO, E. (2014). Métodos de investigación en ciencia política. En M. LOIS GONZÁLEZ, & A. ALONSO, *Ciencia Política con Perspectiva de Género* (págs. 9-38). Madrid: Akal.
- MACKINNON, C. (1983). Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence. En *Journal o Women in Culture and Society* 8 (4) (págs. 635-658).
- ORDÁS ALONSO, M. (2018). Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en defecto de acuerdo. En *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*. Barcelona: Bosch.
- QUESADA PÁEZ, A. (2023). La extinción del derecho al uso de la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con una nueva pareja. *Revista Aranzadi Doctrinal* 6.
- ROCA TRÍAS, E. (1991). Comentario al artículo 96 del Código Civil. En M. d. Justicia, *El comentario del Código Civil* (págs. 398-399). Madrid.
- SOLÉ RESINA, J. (2018). Igualdad formal y desigualdad material: el estado de la cuestión en el derecho de familia. En M. ESPUNY TOMÁS, & E. ZAPATER DUQUE, *La docencia del derecho con perspectiva de género* (pág. 136 y ss.). Dykinson S.L.
- TENA PIAZUELO, I. (2015). *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda*. Navarra: Aranzadi.

## NOTAS

<sup>1</sup> La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres aborda la consecución de la igualdad sustancial entre mujeres y hombres. En su preámbulo, reconoce que “el pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros, en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos” y acomete la prevención de esas conductas discriminatorias y la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad.

<sup>2</sup> El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

<sup>3</sup> El artículo 96. CC, redactado por la Ley 8/2021, de 2 junio, que ha mantenido en esencia el texto anterior, regula el uso de la vivienda que fue la vivienda conyugal y los objetos de uso ordinario:

1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.

2. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

3. Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.

<sup>4</sup> SAP de Toledo n.º 1038/2020, de 16 de octubre, ECLI: ES: APTO:2020:1594.

<sup>5</sup> Entre otras, STS n.º 315/2015, de 29 de mayo, ECLI:ES:TS:2015.

<sup>6</sup> STS 20 noviembre 2018 (JUR 2018\315910).

<sup>7</sup> STS 31 diciembre 1994 (JUR1994/20231).

<sup>8</sup> Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 928/2022 de 19 octubre. JUR 2023\16642. (SSTS 11.11.2013 (RJ 2013, 7262) y 23.1.2017).

<sup>9</sup> Sentencia núm. 413/2023 de 7 julio. JUR 2023\338315.

<sup>10</sup> (RCL 1998, 2135 y LCAT 1998, 422, 521)

<sup>11</sup> Sentencia de Pleno TS de 5 de septiembre de 2011.

<sup>12</sup> Criterio que se apoya en la línea jurisprudencial seguida en sentencias del Alto Tribunal de 12 de febrero de 2014 y 25 de marzo de 2015, estableciendo la segunda de ellas: “Necesariamente, en el interés más necesitado de protección que, como concepto jurídico indeterminado, deberá ser objeto de un juicio de ponderación en el que, al lado de las circunstancias señaladas, se contrasten directamente (plano de igualdad) las circunstancias e intereses dignos de protección o consideración que presente la situación de cada cónyuge”.

<sup>13</sup> Definición de precariedad según la RAE: nombre femenino.

Carencia o falta de los medios o recursos necesarios para algo.

“precariedad tecnológica”.

Carencia o falta de estabilidad o seguridad.

“precariedad ética”.

<sup>14</sup> Así lo determinan numerosas sentencias, entre ellas la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.<sup>a</sup>) número 13/2017, de 16 de enero, no se aplica el derecho preferente derivado de la atribución de la custodia, sino el interés que requiere una protección superior, el cual debe ser debidamente fundamentado.

<sup>15</sup> El artículo 8 del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio dispone que: “Se modifica el artículo 96, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera: «1. El Juez podrá aprobar, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, las medidas que pacten los progenitores sobre el lugar o lugares de residencia de los hijos menores o con la capacidad judicialmente completada que dependan de ellos, o acordará aquéllas que considere procedentes en congruencia con las medidas acordadas sobre la guarda y custodia de los hijos, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda digna. Igualmente deberá determinarse un domicilio de los menores a efectos de empadronamiento. 2. Cuando no se hubiera podido dar un destino definitivo a la vivienda familiar, enseres y ajuar existentes en el mismo, la atribución de su uso se hará por el Juez en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por periodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad. Excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos. 3. En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y esta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda. En los demás supuestos, lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivien-

da, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en este tiempo, con carácter excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año, debiendo tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas. 4. La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge. 5. Mientras se mantiene la atribución de uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título. Excepcionalmente, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge a quien no se le haya atribuido el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios. En el supuesto de vivienda con carga hipotecaria o con obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución.

*Trabajo recibido el 8 de diciembre de 2023 y aceptado  
para su publicación el 11 de marzo de 2024*



**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 23-4-2024

BOE 15-5-2024

Registro de la Propiedad de Illescas, número 1.

### HERENCIA: PARTICIÓN POR CONTADOR PARTIDOR.

En la partición por contador partididor testamentario no es necesario ni la intervención ni la notificación a los legitimarios.

Desde luego, la calificación sustitutoria no puede ser entendida por la registradora sustituta como un mero trámite que quepa despachar, sin más, confirmando la calificación inicial, ya que en ese supuesto se estaría produciendo un resultado contrario al pretendido por la norma. Debe recordarse que la calificación sustitutoria no es un recurso de clase alguna, sino que es una auténtica calificación en sustitución de la que efectúa el titular del Registro, porque el legitimado para instar ésta no está conforme con la inicialmente efectuada.

En el presente supuesto hay albacea contador-partidor testamentario designado. Por tanto, conviene recordar la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 16 de septiembre de 2008, 14 de septiembre de 2009 y otras citadas en los «Vistos») según la cual, siendo practicada la partición por el contador-partidor, no es necesaria la intervención de todos los legitimarios. Desde la Resolución de 24 de marzo de 2001, cuya doctrina ha sido reiterada en numerosas otras de este Centro Directivo (vid. «Vistos»), no puede mantenerse el defecto de falta de consentimiento de los herederos legitimarios, cuando la partición ha sido otorgada por el contador-partidor designado por el testador.

La facultad del pago de la legítima en metálico recogida en los artículos 841 y siguientes del Código Civil fue introducida en la reforma de 13 de mayo de 1981, y, según la doctrina y la jurisprudencia (vid. «Vistos»), consiste en conceder a alguno o algunos de los descendientes del testador, o al contador-partidor expresamente

autorizado por aquél, la posibilidad de conmutar la porción legitimaria de los demás por un caudal que se pagará en efectivo metálico. En el supuesto concreto de este expediente, como bien recoge el notario recurrente en el escrito de recurso, al pagarse los derechos de uno de los legitimarios —por su legado de legítima estricta— mediante adjudicación de dinero de una cuenta de ahorro que consta en el inventario, no se conculca la legítima como «pars bonorum». La contadora-partidora se ha limitado a contar y partir, sin transformar la legítima de ninguno de los hijos —que es «pars bonorum» y que debe consistir necesariamente en bienes de la herencia— sin generar ningún derecho de crédito frente a los demás herederos, dado que con el metálico del caudal hereditario se han cubierto los derechos del legatario de legítima estricta con dinero que procede del causante. Por tanto, no se ha hecho uso de la facultad de pago en metálico del artículo 841 del Código Civil, de modo que no es necesaria autorización judicial o notarial, aunque dicho legitimario no haya confirmado la partición.

En primer lugar, respecto a la pretendida indefensión del legitimario hay que aclarar que, a falta de la acción de petición de su herencia, cuyo análisis excede del ámbito de este recurso, el legitimario tiene sus acciones para defensa, complemento y suplemento de sus derechos de legítima. Así, las acciones de defensa cuantitativa de la legítima se emprenden posteriormente a la práctica de la partición, que en el caso de la partición hecha por los herederos requiere el concurso de los legitimarios, pero en el caso de la realizada por el contadorpartidor testamentario no requiere tal concurso. Por tanto y, en cualquier caso, los legitimarios mantienen sus acciones y, por ello, no existe la indefensión alegada.

En segundo lugar, se trata de saber si, en la partición hecha por el contadorpartidor, esa innecesaria concurrencia de los legitimarios ni de otros requisitos, incluye también su notificación. No hay una disposición específica en la ley, ni pronunciamiento en la jurisprudencia, ni doctrina, por lo que, en el caso de partición realizada por el contadorpartidor testamentario —no así en el caso del contadorpartidor dativo, que tiene sus notificaciones procedimentales específicas—, se exija el conocimiento previo por el legitimario o al menos su notificación a éste, para la inscripción de la partición.

Resolución de 23-4-2024

BOE 15-5-2024

Registro de la Propiedad de Cogolludo.

#### **RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN COLOMBIA: LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL.**

No cabe inscribir como privativo de un cónyuge un bien adquirido constante la sociedad conyugal sin que se aporte la necesaria liquidación de sociedad conyugal.

Como cuestión previa, debe recordarse que, de conformidad con el artículo 326 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.

En el presente caso, de la certificación del Registro Civil y de la escritura de cesación de efectos civiles del matrimonio, disolución y liquidación de sociedad conyugal, autorizada el día 14 de marzo de 2023 por notario de la República de Colombia, resulta inequívocamente que los cónyuges no otorgaron capitulaciones y, según la ley colombiana, celebrado el matrimonio no puede alterarse el régimen económico matrimonial mediante capitulaciones. En definitiva, realizada la adquisición del inmueble constante la sociedad conyugal de la compradora, no puede inscribirse a su favor con carácter privativo —como se pretende— sino mediante la correspondiente liquidación de la sociedad conyugal con adjudicación de aquélla a la ahora recurrente (vid. artículos 1821 a 1841 del Código Civil de Colombia).

Resolución de 23-4-2024

BOE 15-5-2024

Registro de la Propiedad de Fuengirola, número 1.

#### ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

Aportada documentación complementaria de un título ya presentado, lo procedente es adjuntarla al asiento de presentación ya existente, y no practicar otro asiento.

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.

Conforme al citado artículo 420 del Reglamento Hipotecario, como ha declarado este Centro Directivo reiteradamente, el registrador debe negarse a extender asiento de presentación, cuando el propio presentante manifieste que su intención no es que el documento provoque algún asiento en los libros del Registro, o cuando el documento sea, palmaria e indudablemente, de imposible acceso al Registro (o, dicho de otra manera, cuando de forma evidente resulte que el título nunca podrá provocar un asiento en los libros de inscripciones).

En el presente caso, se presentó una escritura pública de donación que causó el pertinente asiento en el Libro Diario. Posteriormente, se presentaron ciertos documentos complementando esa primera presentación (entre ellos, copia simple de la escritura de donación, cartas de pago y fotocopias del documento nacional de identidad de los interesados). Centrándonos en el recurso objeto de este expediente, resulta que dicha documentación complementaria no es susceptible

de causar un asiento de presentación, sino de complementar un asiento previo ya existente y que estaba vigente. Por ello, se estima correcta la actuación de la registradora al denegar el asiento de presentación y hacer constar la recepción y entrada de dicha documentación para complementar el asiento previo ya existente (asiento 191 del libro Diario 187).

Resolución de 23-4-2024

BOE 15-5-2024

Registro de la Propiedad de Collado Villalba.

**RECURSO GUBERNATIVO: DEFECTOS NO RECURRIDOS. CONTROL DE LOS MEDIOS DE PAGO: ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN.**

El recurso solo se ceñirá a los defectos que hayan sido impugnados por el recurrente. Se reitera el criterio sobre la calificación de los medios de pago.

En el caso concreto del presente recurso el recurrente no impugna la razón que motivaría este concreto defecto y ni siquiera se refiere al mismo (cfr. Resoluciones de este Centro Directivo de 26 de mayo de 2000 y 29 de octubre y 5 y 12 de noviembre de 2020, entre otras). No ha de olvidarse la exigencia derivada del artículo 326 de la Ley Hipotecaria que, al enumerar los requisitos que debe contener el escrito de interposición del recurso, establece que debe contener los hechos y fundamentos de Derecho —párrafo tercero, apartado c)—; «razón de la impugnación», tal y como se indica en el citado artículo 115.1.b) de la Ley 39/2015; cita esta no carente de sentido, pues como ya ha puesto de relieve este Centro Directivo, la especial naturaleza del procedimiento registral no excluye la aplicabilidad del régimen administrativo cuando haya una remisión específica de la legislación hipotecaria a los aspectos de dicho régimen que considere aplicables a la función registral, o cuando se trate de normas administrativas que respondan a los principios generales materiales o de procedimiento propios de todo el ordenamiento (cfr., también en otro ámbito, la remisión que la vigente Ley de la Jurisdicción Voluntaria, a la hora de referirse a los recursos, realiza a la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a la cual —artículo 458-2—: «En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación»).

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. En definitiva, el objeto del recurso queda delimitado en el momento de su interposición y resulta constreñido tanto por la documentación presentada como por el contenido de la calificación negativa del registrador, sin que pueda el recurrente en el escrito de impugnación introducir nuevos elementos que no se han hecho constar en el título presentado.

Según la normativa vigente, respecto de la identificación de los medios de pago empleados, el registrador en su calificación deberá comprobar que en la escritura se hayan hecho constar los extremos a que se refiere el artículo 24 de Ley del Notariado —a la que remite el propio artículo 21.2 de la Ley Hipotecaria—, según las reglas especificadas en el artículo 177 del Reglamento Notarial, y que

no consta negativa alguna a aportar, en todo o en parte, los datos o documentos relativos a los medios de pago empleados. Como ya expresó este Centro Directivo en la Resolución de 18 de mayo de 2007, «Obviamente, sí que debe examinar el registrador, por el contenido de la misma escritura, que es su canon de control, si existen omisiones en esa identificación. Por ejemplo, si se dice que el precio es una cantidad determinada, pero de la suma de los importes identificados por el notario resulta que hay una parte no identificada; o, en el mismo sentido, si no existe mención alguna en la escritura pública acerca de cuáles son los medios de pago o, por supuesto, si los otorgantes se negaron total o parcialmente a identificarlos».

Resolución de 23-4-2024

BOE 15-5-2024

Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número I

#### **SOCIEDADES MERCANTILES: ASISTENCIA FINANCIERA PARA ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIONES PROPIAS.**

El negocio que genera la prestación de garantía es la liquidación de la sociedad de gananciales, que no se trata de una adquisición originaria o derivativa de participaciones de la sociedad que presta la asistencia por parte del tercero, por lo que no se cumplen todos los requisitos y por tanto no nos encontramos ante un supuesto de asistencia financiera prohibida.

El registrador, con base en el artículo 143, suspende la inscripción y lo fundamenta en que la sociedad limitada está prestando garantía para la adquisición de sus propias participaciones vulnerando la prohibición establecida en el precepto citado; y, para relacionar la prohibición de la asistencia financiera y esta clase de negocios jurídicos, sostiene que el objetivo fundamental que se persigue con la prohibición es impedir que las sociedades vean disminuido su patrimonio como consecuencia de servir ellas mismas de apoyo en su propia adquisición, protegiendo, con ello, el principio de integridad del capital social.

La división de la cosa común presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo y lo declarativo. Pero, en todo caso, se trate o no la disolución de comunidad de un acto traslativo, se produce como consecuencia de la misma una mutación jurídico real de carácter esencial, pues extingue la comunidad existente y modifica el derecho del comunero y su posición de poder respecto del bien (véase la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011, según la cual debe ser calificado de verdadera atribución patrimonial), lo que explica, por ejemplo, que haya sido considerada por esta Dirección General como título inmatriculador.

En cuanto a la interpretación literal del término adquisición, el registrador entiende que no se emplean exclusivamente para hacer referencia a las liquidaciones derivativas propiciadas por la realización de los negocios traslativos, sino igualmente para hacer referencia a las adquisiciones derivadas de las adjudicaciones propiciadas por los negocios liquidatorios. La liquidación no se encuentra en la enumeración de los modos de adquirir la propiedad, ni es justo título a los efec-

tos de la usucapión, por lo que se concluye en que no cabe asimilar los supuestos liquidatorios a los títulos adquisitivos.

También motiva el registrador la calificación negativa en que existe el riesgo de que la ejecución de la hipoteca produzca una disminución del patrimonio social en perjuicio de los acreedores sociales, y que este efecto se produce como consecuencia de un negocio que no tenía por fin el desarrollo del objeto social, sino exclusivamente una alteración en la titularidad de las participaciones sociales que pasan a ser privativas de uno de los socios cuando antes eran gananciales.

Recapitulando, el negocio que genera la prestación de garantía es la liquidación de la sociedad de gananciales, que no se trata de una adquisición originaria o derivativa de participaciones de la sociedad que presta la asistencia por parte del tercero, por lo que no se cumplen todos los requisitos y por tanto no nos encontramos ante un supuesto de asistencia financiera prohibida.

Resolución de 24-4-2024

BOE 15-5-2024

Registro de la Propiedad de Callosa d'en Sarriá.

#### **SOCIEDADES MERCANTILES: ASISTENCIA FINANCIERA PARA ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIONES PROPIAS.**

La división horizontal no implica la exigencia de una licencia de división, salvo que existan elementos que determinen que se crean porciones de suelo independientes.

El artículo 26 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, impone a notarios y registradores, en la autorización e inscripción de escrituras de segregación o división de fincas, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. Es la propia legislación sustantiva urbanística que resulte aplicable la que ha de establecer qué actos están sometidos a licencia y qué actos pueden estimarse como reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal, o ser asimilados a ésta, así como determinar qué otros actos de uso del suelo o de las edificaciones quedan sujetas a la intervención y control municipal que el otorgamiento de la licencia comporta, determinación que constituye un presupuesto previo o «prius» respecto de su exigencia en sede registral.

Como ha señalado en otras ocasiones este Centro Directivo —vid. Resoluciones citadas en los «Vistos»—, la división horizontal de un inmueble no implica por sí misma un acto de parcelación que suponga la división de terrenos en dos o más lotes a fin de su edificación ni tampoco de segregación u otros actos de división de terrenos, pues el régimen de propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código Civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo como primero de los elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta. Así resulta también del artículo 26.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo. Sin

embargo, en línea con las Resoluciones citadas —cfr. Resolución de 20 de julio de 2020—, si la división horizontal se configura de tal modo que puede resultar equiparada a la división material de la finca hasta tal punto que sea incompatible con la unidad jurídica de la misma, a pesar de las estipulaciones de las partes, debe exigirse a efectos registrales la oportuna licencia urbanística. Ciertamente, la propiedad horizontal tumbada puede encubrir en algunos casos situaciones de fraude, pues bajo la apariencia formal de una propiedad horizontal tumbada se pueden esconder auténticas segregaciones o divisiones de terreno, proscritas por la ley. En cualquier caso, lo relevante es que, en los regímenes de propiedad horizontal tumbada, el suelo permanece común.

En el presente caso existen argumentos reveladores de la configuración independiente tanto física como jurídicamente de los dos elementos privativos de la propiedad horizontal y de la parcela de terreno a cada uno asociada, por lo que en el presente expediente tratándose de una división horizontal no amparada en licencia y concurrir además un supuesto de parcelación, debe confirmarse el defecto en cuanto a la exigencia de intervención administrativa del Ayuntamiento.

Resolución de 24-4-2024

BOE 15-5-2024

Registro de la Propiedad de El Puente del Arzobispo.

#### REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN DE SU CUMPLIMIENTO.

Dado que es un claro supuesto de no sujeción, no es necesario acreditar el cumplimiento de obligaciones fiscales en un mandamiento administrativo de cancelación de una prohibición de disponer.

Como ya se indicó, por ejemplo, en las Resoluciones de 12 de septiembre de 2016 y 24 de mayo de 2017, «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». Y a tal efecto, en el caso que nos ocupa ahora, es claro que un mandamiento de cancelación de una anotación de prohibición de disponer queda conceptualmente excluida la posibilidad de que pueda estar sujeto a la modalidad del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados que grava determinados documentos administrativos. La cancelación de la anotación es un supuesto de no

sujeción (cfr. artículo 40 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados).

Resolución de 24-4-2024

BOE 15-5-2024

Registro de la Propiedad de Madrid, número 2.

**CURATELA REPRESENTATIVA: AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA VENDER INMUEBLES.**

Si la venta se ajusta a las condiciones señaladas en la autorización judicial, no cabe oponer obstáculos a la inscripción.

Para resolver la cuestión planteada no cabe desconocer el marco normativo de 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, 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 aplicar, entre otros, el artículo 287 del Código Civil.

En el presente caso debe tenerse en cuenta que la única exigencia que impone el juez en la autorización previa es que la venta se efectúe por un precio no inferior a 530.000 euros (y, por tanto, por un valor de 178.875 euros la parte correspondiente a la cuota en nuda propiedad de la persona con discapacidad), algo que inequívocamente se ha cumplido en el presente caso, con creces, toda vez que el precio de venta ha sido superior a dicha cifra (570.000 euros, de los que 192.375 euros corresponden a la participación indivisa de dicha señora). No puede constituir óbice alguno a la inscripción pretendida el hecho de que se descuenten o retengan de dicha cantidad las sumas correspondientes a los gastos que son imputables a todos los vendedores, gastos que, por lo demás, son aludidos en la propia resolución judicial.

Resolución de 24-4-2024

BOE 15-5-2024

Registro de la Propiedad de Arona.

**VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA: VENTA POR UN DIVORCIADO.**

Cuando vende un divorciado no es exigible manifestación alguna sobre si la vivienda es el domicilio habitual familiar, ni tampoco es preciso aportar el convenio regulador para comprobar si hubo adjudicaciones del uso sobre ella.

Como cuestión previa, respecto de las alegaciones del recurrente sobre la falta de motivación de la calificación recurrida, cabe recordar que este Centro Directivo ha tenido ocasión de afirmar en reiteradas ocasiones que cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios



básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación.

Es reiterada doctrina de este Centro Directivo (vid., por todas, las Resoluciones de 14 de julio de 2017 o 20 de febrero de 2020), basada en el contenido del citado precepto legal y en la doctrina del Tribunal Supremo (vid. Sentencia de la Sala Tercera de 22 de mayo de 2000), que el objeto del recurso contra la calificación negativa del registrador no es el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario, de manera que se trata de declarar si esa calificación fue o no ajustada a Derecho. No puede, por tanto, decidirse sobre las cuestiones que el registrador plantea en su informe en el cual, y entre otras consideraciones, afirma que «no se trata, por lo tanto, de si «(...) un divorciado, que vende un bien que fue adquirido durante el matrimonio, debe acreditar que en el convenio regulador del divorcio no se ha atribuido el uso de la vivienda al excónyuge», sino, si es posible determinar el régimen económico matrimonial del transmitente, en el momento de la adquisición, en base a una simple manifestación unilateral del mismo, máxime existiendo en este caso una sentencia de divorcio y el consiguiente convenio regulador».

Como afirmó este Centro Directivo en Resolución de 17 de mayo de 2005, con criterio mantenido en otras, «cuando el transmitente está separado legal o judicialmente (al igual que ocurriría si fuera soltero, viudo o divorciado) no puede recabarse del mismo manifestación alguna a los efectos previstos en el artículo 1.320 del Código Civil (cfr. Resolución de 6 de marzo de 2004)». Debe advertirse que tampoco se exige tal manifestación para todo acto de disposición realizado por una persona divorciada en previsión de que sobre la vivienda sobre la misma se haya constituido a favor del excónyuge el derecho de uso que contempla el artículo 96 del Código Civil. Así, no cabe olvidar: a) que este derecho de uso ex artículo 96 de dicho Código es inscribible en el Registro de la Propiedad (cfr. artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario); b) que dicho derecho deberá estar debidamente inscrito para que perjudique a terceros (cfr. artículo 13 de la Ley Hipotecaria), y c) que se presume legalmente que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en los términos del asiento respectivo (cfr. artículo 38 de la Ley Hipotecaria). No existe norma alguna que imponga la obligación de exhibir el correspondiente convenio regulador aprobado judicialmente, del que resulte que no se atribuye el uso de tal vivienda al excónyuge, o, en otro caso, la ratificación de éste.

Resolución de 29-4-2024

BOE 16-5-2024

Registro de la Propiedad de Marbella, número 1.

#### HERENCIA: TESTAMENTO DE UN BRITÁNICO SOBRE BIENES RADICADOS EN ESPAÑA.

Se analiza la sucesión de un británico residente en Inglaterra sobre bienes radicados en España.

El recurso versa sobre una sucesión internacional en la que concurren los siguientes elementos: El testador, de nacionalidad británica y «domicile» y residencia en Inglaterra, otorga un testamento en 2003 en Londres ante un notario local. Fallece en el año 2022. Se autoriza en España, con base al testamento indicado, la escritura de adjudicación de los bienes que el causante tiene en nuestro país, únicos a los que se refería la disposición testamentaria.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de octubre de 2023, en el asunto C-21/22, establece que el artículo 22 del Reglamento (UE) n.º 650/2012 debe interpretarse en el sentido de que un nacional de un tercer Estado que reside en un Estado miembro puede designar como Ley aplicable al conjunto de su sucesión la Ley de ese tercer Estado. No contempla el Tribunal de Justicia, en sus términos, la posibilidad de hacer valer en un Estado miembro una «professio» realizada en un tercer Estado por un nacional de un tercer Estado donde no es admisible la «professio» y, desde luego, tras la entrada en vigor del Reglamento, como ha indicado esta Dirección General en diversas ocasiones, no es posible que se limite la disposición «mortis causa» a los bienes en España como establece el testamento discutido (artículos 4 y 21.1).

Adicionalmente, de la lectura del testamento no resulta evidente contra lo que sostiene el recurrente la existencia de tal «professio». Por el contrario, existe una confusión entre lo que determina la ley española y la libertad testamentaria británica referida exclusivamente además a bienes situados en España. Así, la mención en la cláusula primera a herederos forzosos; la revocación parcial de testamentos anteriores para circunscribir el presente a los bienes situados en España extremo en el que se insiste y, finalmente, la falta de designación de ejecutor. Por lo que la «professio» alegada no es evidente ni justificable la retroactividad tácita expresada por el recurrente.

El segundo defecto observado por el registrador asimismo debe ser confirmado, pues la escritura calificada en absoluto menciona el carácter internacional de la herencia valorando los elementos concurrentes, ni establece juicio alguno de Ley sobre la legislación aplicable como es primordialmente la residencia habitual (artículo 21); ni sobre el régimen transitorio del Reglamento respecto de un tercer Estado, ni sobre la validez y admisibilidad de la disposición «mortis causa», limitándose sin prueba ni reflexión alguna al respecto, «simpliciter», a considerar equivalente a los efectos de una eventual «professio» la establecida en el testamento local londinense, lo cual como resulta de los anteriores fundamentos de Derecho, no es posible, debiendo añadirse que el Reglamento (EU) n.º 650/2012 solo es de aplicación universal en materia de Ley aplicable (artículo 20), no en sus restantes elementos y con las singularidades de la sucesión universal (artículos 4 y 21); limitación de procedimientos (artículo 12); reenvío limitado (artículo 34), o relaciones con convenios intencionales.

Resolución de 30-4-2024

BOE 16-5-2024

Registro de la Propiedad de El Puerto de Santa María, número 2.

CONDICIONES: SIMPLEMENTE POTESTATIVA.

Se estudia la distinción entre condiciones puramente y simplemente potestativas.

Uno de los principios de nuestro Derecho registral es el de especialidad o determinación, que, para que los títulos puedan acceder al Registro y ser por tanto objeto de inscripción, exige como requisito la fijación y extensión del dominio, quedando de tal modo delimitados todos sus contornos para que cualquiera que adquiriera confiando en los pronunciamientos tabulares conozca la extensión, alcance y contenido del derecho inscrito.

En primer lugar, hay que esclarecer cual es la obligación garantizada. Como bien alega el notario recurrente, lo que se garantiza con la condición resolutoria no es el impago de cantidad alguna por parte del adjudicatario de la finca en la liquidación, sino el incumplimiento de la obligación de vender la finca adjudicada antes de fecha determinada. Por tanto, no estamos ante una condición resolutoria en garantía del pago de precio sino de otra obligación que es de hacer. La condición que tiene por objeto la mera transmisión de una finca sin más matizaciones puede considerarse que depende en exclusiva de la voluntad del deudor; lo que supone dejar a su arbitrio la venta, algo que viene proscrito por lo dispuesto en los artículos 1256 y 1258, y es una condición puramente potestativa que está sancionada con la nulidad prevista en el artículo 1115 del Código Civil, dado que en esta clase de condiciones suspensivas falta el elemento necesario de incertidumbre no dependiente de la voluntad de uno de los contratantes. Por lo tanto, no se estaría en el ámbito de las denominadas condiciones «simplemente potestativas». Sin embargo, en el presente supuesto, la fijación de un plazo (breve) para efectuar la transmisión, determina que no cabe, por tanto, calificar de puramente potestativa la condición que ahora se analiza dado que su posible cumplimiento no depende de la pura arbitrariedad del deudor, sino también de hechos y voluntades externas.

Resolución de 30-4-2024

BOE 16-5-2024

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 3.

#### RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Se reitera la doctrina sobre la rectificación de los asientos registrales.

Como ya se afirmó en la Resolución de 17 de enero de 2020, reiterada por muchas otras, toda la doctrina elaborada a partir de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y de las Resoluciones de este Centro Directivo relativas a la rectificación del Registro, se basa en el principio esencial según el cual los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (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), 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 dere-

cho. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 30-4-2024

BOE 16-5-2024

Registro de la Propiedad de Arévalo.

#### 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.

Como ha venido resolviendo esta Dirección General (vid., por todas, la Resolución de 15 de enero de 2013), ya antes de la redacción actual del artículo 99 del Reglamento Hipotecario, dada por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, este Centro Directivo había mantenido de forma reiterada la doctrina de que, dentro de los límites de su función, goza el registrador de una mayor libertad para calificar el documento administrativo en relación con el judicial, y en particular si se trata del examen de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y reglamentos (cfr. entre otras, Resolución de 30 de septiembre de 1980).

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 Administración Pública tiene la posibilidad de iniciar un procedimiento de deslinde haciendo constar por nota al margen su incoación. Así, con carácter general la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, lo dispone, en su artículo 52. En parecidos términos se pronuncia el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias. La nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde, como pretende la recurrente no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones Públicas.

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. Sin procedimiento administrativo alguno, se pretende hacer constar por nota marginal en la finca la posible afección de la finca a un deslinde futuro, con los daños y perjuicios inmediatos que eso produce (en la medida que va a restringir su tráfico jurídico).

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.

Como reiteradamente ha destacado este Centro Directivo, por ejemplo, en las Resoluciones de 13 de julio y 13 de octubre de 2009, «conviene para mayor claridad distinguir los conceptos de inexactitud registral y error. Existe inexactitud cuando concurre cualquier discordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral (cfr. artículo 39 de la Ley Hipotecaria), y existe error cuando, al trasladar al Registro cualquier dato que se encuentre en el título inscribible o en los documentos complementarios se incurre en una discordancia. A su vez, los errores pueden ser materiales y de concepto: son materiales cuando se ponen unas palabras por otras pero no se altera el verdadero sentido de una inscripción ni de sus componentes básicos. En caso contrario el error es de concepto». En el presente supuesto, es claro que, según consta en la nota de calificación, no existe error registral alguno en la redacción del asiento, pues la inscripción practicada, como señala la registradora en su informe, además de estar en todo caso bajo la salvaguardia de los tribunales, es acorde al contenido del título y a la voluntad de las partes, es decir, que se reflejó fielmente el contenido negocial inscribible y la mutación jurídico real formalizadas en las escrituras que fueron otorgada en su día y presentada a inscripción.

Es doctrina secular de este Centro Directivo que estando los asientos registrales bajo la salvaguardia de los tribunales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria), no pueden ser modificados más que con el consentimiento de su titular o por medio de resolución judicial obtenida en procedimiento entablado contra todos aquellos a los que el asiento reconozca algún derecho (artículos 40 y 82 de la Ley Hipotecaria). Y, los anteriores preceptos, en unión con el principio de tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 30-4-2024

BOE 16-5-2024

Registro de la Propiedad de Navahermosa.

**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. Por consiguiente, no debe decidirse sobre documentos aportados junto con el escrito de impugnación por la recurrente, en este caso, la sentencia número 46/2022 del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Guadalajara que no se hayan hecho constar en el título presentado. Además conviene traer a colación la doctrina reiterada de este Centro Directivo, en el sentido de 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.

Como ha venido resolviendo esta Dirección General (vid., por todas, la Resolución de 15 de enero de 2013), ya antes de la redacción actual del artículo 99 del Reglamento Hipotecario, dada por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, este Centro Directivo había mantenido de forma reiterada la doctrina de que, dentro de los límites de su función, goza el registrador de una mayor libertad para calificar el documento administrativo en relación con el judicial, y en particular si se trata del examen de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y reglamentos (cfr. entre otras, Resolución de 30 de septiembre de 1980).

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 Administración Pública tiene la posibilidad de iniciar un procedimiento de deslinde haciendo constar por nota al margen su incoación. Así, con carácter general la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, lo dispone, en su artículo 52. En parecidos términos se pronuncia el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias. La nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde, como pretende la recurrente no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones Públicas.

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. Sin procedimiento administrativo alguno, se pretende hacer constar por nota marginal en la

finca la posible afección de la finca a un deslinde futuro, con los daños y perjuicios inmediatos que eso produce (en la medida que va a restringir su tráfico jurídico).

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 30-4-2024

BOE 16-5-2024

Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, número 1.

#### PROHIBICIONES DE DISPONER: EFECTOS.

Es posible considerar, al calificar una escritura de venta, un mandamiento presentado con posterioridad por el que se ordena una prohibición de disponer acordada antes de a fecha de la escritura de venta.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo la que sólo pueden tener acceso al Registro títulos plenamente válidos (véase artículo 18 de la Ley Hipotecaria). Es cierto que la doctrina del Centro Directivo que los registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad, a fin de evitar asientos inútiles, no puede llevarse al extremo de la desnaturalización del propio principio de partida —el de prioridad—. Pero la posibilidad de tener en cuenta los asientos presentados posteriormente alcanza su mayor relieve cuando se trata de procedimientos que ponen de manifiesto la posible irregularidad de los títulos presentados anteriormente.

El supuesto de hecho de este expediente es similar al examinado en la Resolución de 15 de junio de 2023, en el que también se trataba de un mandamiento ordenando la prohibición de disponer dictado en sede de un procedimiento administrativo que se presentó después de la escritura de venta. En aquella ocasión se consideró que el acuerdo adoptado no ponía en entredicho la validez civil de la transmisión efectuada, pues la fecha de la escritura —y por tanto de la transmisión formalizada en ella— era anterior a la resolución administrativa de prohibición de disponer; y la presentación de la escritura también era anterior a la del mandamiento ordenando la prohibición de disponer, por lo que ganó

prioridad (artículo 17 de la Ley Hipotecaria). Sin embargo, en este caso, la fecha de la escritura y por tanto de la transmisión formalizada en ella, es posterior a la resolución administrativa de prohibición de disponer, resolución que la parte vendedora conocía, como así reconoce el recurrente, con anterioridad al otorgamiento de aquélla.

Resolución de 25-4-2024  
BOE 17-5-2024  
Registro de la Propiedad de Pego.

#### **INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.**

Procede denegar la inmatriculación de una finca si se remite informe por parte de la administración advirtiendo de una invasión de vía pecuaria.

Como cuestión preliminar previa, según la reiterada doctrina 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 (vid., por todas, la Resolución de 18 de abril de 2018), 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. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente, por lo que atañe al presente caso, solicitar un informe por parte del registrador a una determinada Administración Pública, cuestión extraña al recurso contra la calificación registral. También 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.

Tal y como señaló esta Dirección General en las Resoluciones de 15 de marzo y 12 de abril de 2016, la protección registral que la ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

En lo que concierne al dominio público a que se refiere este expediente, las vías pecuarias son bienes de dominio público y por ello inalienables, imprescriptibles e inembargables cuya propiedad siempre corresponde a la Comunidad Autónoma. Así lo proclama el artículo 2 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias.

En el caso de este expediente, a la vista de los datos resultantes de la aplicación auxiliar, de los que resulta que la parcela catastral que en el título se dice corresponder con la finca puede invadir una vía pecuaria, el registrador procede a notificar a la Administración correspondiente, la cual responde en sentido afirmativo que la parcela está afectada por la vía pecuaria.



Resolución de 25-4-2024

BOE 17-5-2024

Registro de la Propiedad de Cartagena, número 4.

**PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: FORMA DE REALIZAR EL REQUERIMIENTO DE PAGO.**

Se recuerda que el requerimiento de pago hecho por edictos es excepcional, de acuerdo con la actual redacción de la LEC. Pero, hecho el requerimiento de forma personal, es indiferente el domicilio en el que se haya realizado.

El alcance de la calificación del registrador de la Propiedad en materia de requerimiento y notificaciones en las ejecuciones hipotecarias, tachada de extralimitada por el recurrente, el artículo 132 de la Ley Hipotecaria determina los extremos a que se extiende la calificación registral en relación con las inscripciones y cancelaciones derivadas de esos procesos de ejecución hipotecaria. Entre ellos está que haya sido demandado y requerido de pago el deudor, el hipotecante no deudor y el tercer poseedor que tenga inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse la certificación de cargas en el procedimiento, en el domicilio que resulte vigente en el Registro (artículo 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En conclusión, frente a lo que argumenta el recurrente, la materia objeto de este recurso: la existencia de una adecuada demanda y requerimiento de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores en el procedimiento de ejecución hipotecaria, no es una cuestión de fondo de la resolución judicial, que sería en todo caso la adjudicación a una persona determinada, sino de protección del titular registral —obstáculos que surjan del Registro (art. 100 del Reglamento Hipotecario)—, y expresamente incluida dentro del ámbito de la calificación registral por el artículo 132.1.º de la Ley Hipotecaria.

Parece pues evidente que la notificación y requerimiento de pago al deudor ha de realizarse, en primer lugar, en el domicilio que aparezca vigente según el Registro de la Propiedad, ya sea el que se señaló en la escritura de préstamo hipotecario, o el que se hubiera inscrito posteriormente como consecuencia de una novación hipotecaria o de una venta de la finca gravada con subrogación en el préstamo. No obstante, la dicción literal de la ley, como señaló la Resolución de esta Dirección General de 14 de abril de 2023, la notificación mediante edictos fue considerada por nuestro Tribunal Constitucional como un mecanismo excepcional al que sólo cabe recurrir cuando se hubieran agotado todas las posibilidades de notificación personal.

En aplicación de esta doctrina, la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, dio nueva redacción al artículo 686.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (redacción que entró en vigor el día 15 de octubre de 2015), señalando: «Intentado sin efecto el requerimiento en el domicilio que resulte del Registro, no pudiendo ser realizado el mismo con las personas a las que se refiere el apartado anterior, y realizadas por la Oficina judicial las averiguaciones pertinentes para determinar el domicilio del deudor, se procederá a ordenar la publicación de edictos en la forma prevista en el artículo 164». Tratándose del requerimiento judicial, si la notificación se realiza fuera del domicilio señalado en el Registro, que en principio debe reflejar el consignado en la escritura de préstamo hipotecario, procede, como se ha dicho,

que por la oficina judicial se realicen las averiguaciones pertinentes para determinar el domicilio del deudor, habilitándose en último extremo la notificación por edictos.

En el presente supuesto, el decreto de adjudicación se limita a afirmar que «se practicó a los ejecutados el preceptivo requerimiento de pago», sin hacer ninguna aclaración de si dicho requerimiento se efectuó en el domicilio que a tal efecto consta en la inscripción de hipoteca, o en cualquiera de las demás formas previstas en la ley procesal. Dada la trascendencia que la forma de practicar las notificaciones y requerimientos tiene respecto de la tutela de los derechos fundamentales de los ejecutados, es preciso que, para que el registrador pueda llevar a cabo la esencial función control de legalidad que le encomiendan los artículos 18 y 132 de la Ley Hipotecaria, las resoluciones judiciales especifiquen con suficiente detalle el lugar y la forma en que dicha comunicación se ha realizado.

En el presente supuesto, como consta en los «Hechos», ya con la primera presentación del testimonio del decreto de adjudicación, se acompañó una diligencia de adición en la que se expresa que «según diligencia que consta en autos se requirió de pago al ejecutado personalmente en fecha 22/01/2015»; por tanto, acreditado por el letrado de la administración de justicia que la notificación fue personal al ejecutado, de conformidad con todo lo expuesto anteriormente, es indiferente el domicilio en el cual la misma se hubiere efectuado, cuya consignación, en este caso, no sería necesaria.

Resolución de 25-4-2024

BOE 17-5-2024

Registro de la Propiedad de Pola de Siero.

#### PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Concurriendo dudas al inicio de la tramitación del procedimiento, si estas no son de tal entidad que lo impidan, procede tramitar dicho procedimiento para ver si se descartan las referidas dudas.

En este procedimiento será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas 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 se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. Como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

Las dudas impeditivas del inicio del expediente deben ser de tal entidad que no puedan solventarse en los trámites del mismo expediente; en particular, a la vista de la intervención de los colindantes o administración pública como eventuales perjudicados por la inscripción de la representación gráfica en cuestión, de manera que el registrador pueda tomar en consideración las alegaciones que se formulen para formar su juicio de identidad.

En el caso de este recurso, el registrador expone una serie de circunstancias que pueden motivar dudas de identidad, según ha quedado expuesto en los hechos y se reseña en el fundamento primero de esta resolución. Sin embargo, del análisis

de tales circunstancias resulta que el recurso debe estimarse en cuanto a la posibilidad de tramitar el expediente. Será una vez tramitado el expediente cuando, a la vista de la intervención de la Administración titular del camino público y de los titulares de fincas colindantes que pudieran resultar perjudicados, pueda calificarse si efectivamente existe invasión de dicho presunto dominio público o de fincas colindantes o eventuales negocios jurídicos no documentados. Por todo lo expuesto, debe entenderse que lo procedente es iniciar las actuaciones previstas en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de la calificación que proceda a la vista de lo que se actúe en dicho expediente.

Resolución de 25-4-2024

BOE 17-5-2024

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 3.

#### REQUISITOS FISCALES: CANCELACIONES DE HIPOTECA EN ANDALUCÍA.

Se analiza un supuesto de cancelación total de una hipoteca, pero con pago de solo parte del capital. En este caso no se aplica la exoneración de presentar carta de pago del ITPOAJD.

La subsanación del defecto y la práctica en su caso de la inscripción, en el presente supuesto la enervación de la suspensión de la calificación, solicitada no son obstáculo para la interposición del recurso contra la calificación del registrador. Aunque tras la reforma de la legislación hipotecaria por la Ley 24/2001 se haya suprimido la posibilidad de interponer recurso a efectos doctrinales, la tramitación del recurso debe admitirse considerando la antedicha doctrina jurisprudencial según la cual «el objeto del recurso (...) no es el asiento registral sino el acto de calificación del registrador», y que se declare si dicha calificación fue o no ajustada a Derecho, lo cual «es posible jurídicamente aunque el asiento se haya practicado», por haberse subsanado el defecto. Por su parte, el último párrafo del artículo 325 de la Ley Hipotecaria señala que «la subsanación de los defectos indicados por el registrador en la calificación no impedirá a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso».

En el presente caso el registrador ha expresado con absoluta claridad el defecto y ha fundado aquel en diversos preceptos, por lo que no cabe concluir que haya incurrido en una situación de falta de motivación jurídica. La motivación ha sido completamente expresiva de la razón que justifica la suspensión de la calificación, de modo que el recurrente ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo demuestra el contenido del escrito de impugnación.

Entrando en el fondo del recurso, la controversia se basa en la interpretación de lo dispuesto en el artículo 57, escrituras de cancelación hipotecaria, del Decreto Legislativo 1/2018, de 19 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos. Dos son los requisitos señalados en la citada norma para eximir de la obligación de presentación ante la Agencia Tributaria, de las escrituras públicas que formalicen, exclusivamente, la cancelación de hipotecas sobre bienes inmuebles, y son: que esta obedezca al pago de la obligación y que resulten exentas del impuesto

sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, de acuerdo con lo previsto el artículo 45.1.B).18 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. En el supuesto de este expediente y dado que la cancelación de la garantía es total pero el pago de la obligación es parcial, resulta evidente que la liberación de la finca respecto de la cantidad no satisfecha responde, al menos en parte, a otra causa que no es el pago de la obligación. No procede analizar en sede de este recurso, puesto que no es objeto del mismo, si se ha expresado suficientemente la causa de la cancelación total del préstamo siendo el pago parcial.

Todo lo anterior conduce a considerar que no se cumple el requisito de que la cancelación obedezca al pago de la obligación garantizada y, en consecuencia, que pueda considerarse incluida en los supuestos en que no es obligatoria la presentación ante la Agencia Tributaria de Andalucía en los términos referidos en el artículo 72 de la Ley 5/2021, de 20 de octubre, de Tributos Cedidos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Resolución de 25-4-2024

*BOE* 17-5-2024

Registro de la Propiedad de Pontevedra, número 2.

**RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.**

Se reitera la doctrina de que el recurso no es el cauce adecuado para discutir sobre la validez de asientos ya practicados.

Es, por tanto, continua doctrina 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), que 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. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la de rectificar asientos ya practicados, cuestión extraña al recurso. Por tanto, debe concluirse que el recurso no puede prosperar en relación con la pretensión contenida en el mismo, es decir, la rectificación de los asientos ya practicados, al tratarse de una materia no incluida en el ámbito objetivo del recurso.

Resolución de 26-4-2024

*BOE* 17-5-2024

Registro de la Propiedad de Lucena, número 1.

**PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.**

Las dudas que justifiquen la denegación de la inscripción de una base gráfica han de estar claramente 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 concreto caso de este expediente, la oposición procede, no de un titular colindante (éstos prestaron su conformidad a la representación gráfica propuesta, en escrito que se acompaña a la instancia presentada, ni se han planteado alegaciones en el curso del procedimiento), sino de quien resulta ser titular catastral de la parcela cuya correspondencia con la finca objeto del procedimiento regulado en el artículo 199.2 de la Ley Hipotecaria se afirma y no es contradicha ni por el titular registral ni por el catastral que formula las alegaciones.

Como declaró la Resolución de esta Dirección General de 14 de julio de 2022, con criterio reiterado en la posterior de 5 de diciembre de 2023, el Catastro y el Registro de la Propiedad son instituciones conceptualmente distintas y autónomas, cada una con su propia naturaleza. Esta dicotomía no se considera como una anomalía del sistema, sino como una riqueza del mismo, fruto de la especialización de ambas instituciones en diferentes aspectos del territorio, al que contemplan desde punto de vista distintos. El Catastro como institución administrativa que es, atiende a la realidad física de las fincas, como reveladora de una capacidad económica, mientras que el Registro de la Propiedad, en cuanto institución jurídica, si bien atiende a la misma realidad física, lo hace poniendo el acento en la persona de un propietario, o en un titular de un derecho real.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General que el juicio de correspondencia entre la descripción de la finca que figura en el Registro y la descripción y georreferenciación incorporadas al título y cuya inscripción se solicita, es una decisión que compete exclusivamente a la registradora. Sin embargo, no se contiene en la nota de calificación juicio alguno sobre la correspondencia falta de ella entre la registral 23.645 la parcela 14038A090000160000XR, ni tampoco se formula juicio alguno sobre la falta de correspondencia entre la representación gráfica aportada y la concreta porción de territorio a que se refiere la meritada finca, en los términos en que se expresa la Resolución de 28 de julio de 2021. Finalmente, es preciso señalar, y así lo hace la propia registradora en su nota de calificación, que a favor del titular registral operan todos los efectos jurídicos derivados del principio de legitimación registral a que se refiere el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y en particular la presunción con carácter «iuris tantum» de que los derechos inscritos «pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo».

Resolución de 26-4-2024

BOE 17-5-2024

Registro de la Propiedad de Moncada, número 1.

#### PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Las dudas que justifiquen la denegación de la inscripción de una base gráfica han de estar claramente fundadas.

Antes de entrar en el análisis del fondo del asunto, debe recordarse la doctrina de las Resoluciones de esta Dirección General de 5 de octubre de 2021 y 21 de febrero 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. Hecha esta consideración formal, como ha declarado reiteradamente esta Dirección General, en multitud de Resoluciones, como la de 29 de noviembre de 2023, el objeto del recurso es determinar, exclusivamente, si la calificación registral negativa recurrida es o no ajustada a Derecho. Tratándose de un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, no estando ante uno de los supuestos de denegación automática de la tramitación del mismo, como son la posible invasión de dominio público o la invasión de la georreferenciación registral de una finca colindante, la cual está protegida por los principios hipotecarios, cuando la suspensión se basa en la oposición de uno de los colindantes notificados.

En cuanto al fondo de la motivación registral de las dudas en la identidad de la finca, el registrador no se limita a hacer constar la existencia de las alegaciones para denegar la inscripción de la rectificación de superficie y de la georreferenciación de la finca, sino que atendiendo al contenido de la alegación del recurrente y al contenido del Registro, entrelaza la oposición del ahora colindante alegante con la oposición del ahora promotor del expediente en el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria en el que el colindante alegante solicitó la inscripción de la georreferenciación de su finca, para determinar que las mismas suponen un indicio de contienda sobre la delimitación de los linderos de la finca.

Por todo lo razonado, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación, por existir indicios suficientes de contienda latente sobre la delimitación del lindero entre las fincas 7.774/1 y 14.969 del término de Bétera, a resolver con acuerdo en expediente de deslinde o conciliación registral o sin acuerdo, mediante el correspondiente juicio contradictorio.

Resolución de 26-4-2024

BOE 17-5-2024

Registro de la Propiedad de San Vicente de la Barquera-Potes.

#### PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Las dudas que justifiquen la denegación de la inscripción de una base gráfica han de estar claramente fundadas.

Como cuestión previa, a la vista de la alegación de la recurrente de que no era necesario tramitar el procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, debe recordarse que conforme al artículo 199.2 de la Ley Hipotecaria, «cuando el titular manifieste expresamente que la descripción catastral no se corresponde con la realidad física de su finca, deberá aportar, además de la certificación catastral descriptiva y gráfica, una representación gráfica georreferenciada alternativa» como ha ocurrido en el caso presente. Y que en casos como el presente el registrador no sólo debe tramitar el procedimiento conforme a lo previsto en el apartado 1 del

mismo artículo 199, sino que, conforme al número 2 del mismo artículo «además se deberá notificar a los titulares catastrales colindantes afectados».

Constando oposición expresa y suficientemente fundada, tanto por parte del titular de una finca registral colindante potencialmente invadida, como del Ayuntamiento titular de un camino público invadido, procede confirmar la calificación negativa del registrador y desestimar el presente recurso.

Resolución de 26-4-2024

*BOE 17-5-2024*

Registro de San Vicente de la Barquera-Potes.

#### PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIORIDAD.

Para suspender la inscripción de la base gráfica por estar pendiente la inscripción de otra presentada con anterioridad ha de justificarse correctamente.

El artículo 18 de la Ley Hipotecaria establece que «el plazo máximo para inscribir el documento será de quince días contados desde la fecha del asiento de presentación», pero «si (...) existiera pendiente de inscripción un título presentado con anterioridad, el plazo de quince días se computará desde la fecha de (...) la inscripción del título previo», o en su defecto, desde que caduque su asiento de presentación. En el ámbito de la georreferenciación de fincas, tal principio de prioridad se traduce en la exigencia de comprobar si la georreferenciación pretendida por el segundo asiento de presentación se ve o no afectada, aunque sea en parte, por la pretendida por el primer asiento. En caso afirmativo, el principio de prioridad registral, en su vertiente formal, ordena suspender la calificación de los títulos con asientos de presentación posterior hasta que concluya la vigencia del asiento de presentación anterior.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa el registrador se limita a señalar como hipótesis que «pudiera entrar en conflicto», expresión que por su vaguedad e imprecisión no resulta suficiente, máxime cuando le bastaría contrastar ambas georreferenciaciones en la aplicación gráfica registral homologada prevista en el artículo 9 de la Ley. Por tanto, en el presente caso ha de estimarse la alegación del recurrente conforme a la cual «en la nota de calificación [o en este caso, más propiamente, de suspensión de la calificación] no se concreta en qué extremo se puede entrar en conflicto».

Resolución de 26-4-2024

*BOE 17-5-2024*

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

#### PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: ALCANCE.

Las exigencias del principio de especialidad no es óbice para que se pueda despachar una instancia que contiene un error patente que no impide la identificación de la pretensión del solicitante.

En el presente recurso se plantea únicamente la posibilidad de cancelar, al amparo de lo dispuesto en el artículo 82.5.º de la Ley Hipotecaria, una hipoteca inscrita cuando de la instancia de solicitud, suscrita por la titular registral, resulta erróneamente cumplimentada al indicar que tal carga consta inscrita a su favor.

La doctrina reiterada de este Centro Directivo que el principio de especialidad impone una delimitación precisa de los derechos que pretenden su acceso al Registro, así en sus elementos subjetivos y objetivos como en cuanto a su alcance y contenido, afirmándose en la Resolución de 21 de junio de 1991, que una de las circunstancias esenciales de cualquier asiento es la fijación o extensión del mismo. Sin embargo, tal exigencia no puede ser alegada para impedir el acceso tabular a operaciones registrales cuando de la propia solicitud, aunque pudiera contener un error material en su cumplimentación, resulte evidente el contenido y alcance de la solicitud formulada.

Resolución de 16-5-2024

BOE 27-6-2024

Registro de la Propiedad de Pamplona, número 8.

#### PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Procede la denegación de la inscripción de la base gráfica si se acreditan dudas fundadas sobre la identidad de la finca y sobre la posible afectación del dominio público.

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.

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 de la Ley Hipotecaria), sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (cfr. artículo 198 de la Ley Hipotecaria). En el presente caso, además, se da la circunstancia de que el Concejo de Larrainzar ha manifestado expresamente su oposición por existir controversia sobre la titula-



ridad pública del terreno por lo que ante la posible invasión de dominio público se consideran justificadas las dudas expuestas por la registradora para fundar su calificación negativa, no siendo el recurso gubernativo el cauce adecuado para su resolución definitiva.

Resolución de 16-5-2024

BOE 27-6-2024

Registro de la Propiedad de Tarazona.

UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: ART. 80 RD 1093/1997.

Procede la denegación de la inscripción de una segregación que da lugar a fincas inferiores a la unidad mínima, cuando la administración autonómica así lo ha acordado conforme al art. 80 RD 1093/1997.

Al no cumplir la parcela resultante las normas exigidas para la segregación, la misma no es posible ya que la normativa urbanística aplicable no lo permite, tratándose de una transmisión de una cosa no susceptible de tráfico jurídico, y cuyo efecto inmediato, en el caso de contravención, implica la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico, que por ello no es susceptible de transmitir el dominio, ni es susceptible de otorgamiento de escritura pública ni de inscripción registral —cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 31 de marzo de 2021—. El hecho de que estemos ante una sanción civil de nulidad apreciable de oficio apoyaría la tesis de que la misma fuera calificable directamente por el registrador por afectar a la validez del acto dispositivo.

Desde el punto de vista registral, como ha reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado (vid. Resolución de 10 de enero de 2017), corresponde al órgano autonómico competente apreciar si concurre o no las excepciones recogidas en el artículo 25 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, conforme al cual «cuando se trate de actos de división o segregación de fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo, los registradores de la Propiedad remitirán copia de los documentos presentados a la Administración agraria competente». Corresponderá, por tanto, a la Administración agraria apreciar la posible concurrencia de las excepciones a la Ley 19/1995, sin perjuicio de los recursos que el interesado pueda oponer contra la resolución administrativa que se dicte, y que permitirán, en caso de recurso contencioso-administrativo, la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad. Dicho control por parte de la Administración agraria autonómica debe entenderse sin perjuicio del control de legalidad urbanística por parte de la Administración municipal y autonómica, tanto en el cumplimiento de los requisitos de parcela mínima determinada en planeamiento, como en el impedimento de parcelaciones urbanísticas en suelo rústico al margen de la ordenación, lo que se manifestará en alguna de las formas de intervención administrativa previa antes expuestas.

Los recurrentes argumentan que el procedimiento administrativo se inició antes de la entrada en vigor de la Ley 6/2023, de 23 de febrero, por lo que a su juicio las unidades mínimas de cultivo que deben tenerse en cuenta son las vigentes

al tiempo del inicio del procedimiento con la solicitud de informe municipal en fecha de 15 de febrero. Debe atenderse a que la escritura es otorgada el día 21 de abril de 2023 e incorpora licencia municipal concedida el mismo 21 de abril de 2023, es decir, la división se formaliza bajo la vigencia de la Ley 6/2023, de 23 de febrero, ley aplicable al tiempo del otorgamiento del acto jurídico, por lo que la registradora actuó correctamente al solicitar el pronunciamiento de la Administración agraria autonómica a los efectos de lo dispuesto del artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Dado el reducido marco del procedimiento registral previsto por el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, tal y como se ha expuesto anteriormente, no puede desconocerse que en el mismo se ha comunicado al registrador una resolución expresa del órgano autonómico competente en materia agraria que aprecia la aplicabilidad de la nueva normativa de la Ley 6/2023, de 23 de febrero, por lo que las alegaciones relativas al régimen transitorio del procedimiento administrativo y la acreditación del momento en que se considera iniciado deben ventilarse ante dicho órgano competente en materia agraria en vía de recurso administrativo o contencioso administrativo, en su caso, posibilidad que deja a salvo la propia resolución, pudiendo solicitar la anotación preventiva de su interposición sobre la finca objeto de fraccionamiento.

Resolución de 16-5-2024

BOE 27-6-2024

Registro de la Propiedad de Noia.

#### INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: IDENTIDAD DE LA FINCA.

En las inmatriculaciones del 205 LH es preciso aportar la copia del título previo y que no existan dudas sobre la coincidencia de la finca.

Es por tanto continua doctrina 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), que 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. No tiene, en consecuencia, por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, concretamente la alteración del relato fáctico o la emisión de informes por parte del registrador. 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 (vid. Resolución de 22 de noviembre de 2021).

La inmatriculación de las fincas contenidas en la escritura de herencia autorizada por el notario de Santiago de Compostela, don Manuel Remuñan López, con el número de protocolo 1.798, de fecha 19 de octubre del 2017, se calificó negativamente por falta de título previo; en tanto que, la inmatriculación de la finca objeto de compraventa, por lo que se deduce de los hechos narrados por los recurrentes, pudo practicarse por la existencia de los dos títulos traslativos. En consecuencia,

el defecto debe ser confirmado al resultar la previa adquisición en los términos expresados en la calificación recurrida.

Debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo al considerar que la legislación aplicable (tanto con anterioridad o posterioridad a la reforma operada por la Ley de 24 de junio de 2015, de modificación de la legislación hipotecaria y del Catastro) impone que en todo caso, y con independencia del medio inmatriculador utilizado, resulta imprescindible para cuando acceda por primera vez una finca al Registro la aportación de una certificación catastral descriptiva y gráfica en términos totalmente coincidentes con la descripción que se ha incorporada al título inmatriculador, sin perjuicio de la matización contenida en la doctrina de la reciente Resolución de 6 de marzo de 2024. La verdadera identidad en la descripción del título y la que resulta de la certificación catastral debe extenderse únicamente a la ubicación, la fijación de linderos y perímetro de la parcela registral y catastral, descartando así construcciones o edificaciones existentes sobre la misma. Consecuencia de tal exigencia legal es la confirmación del defecto en el presente expediente ya que la alteración y sustitución de un lindero fijo justifica de manera indubitada la calificación emitida en cuanto a dicho extremo.

Resolución de 16-5-2024

BOE 27-6-2024

Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 4.

#### PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No cabe sustentar la denegación de la inscripción de una base gráfica en las alegaciones realizadas por un colindante cuyo título inscribible no ha tenido acceso al Registro.

El objeto del recurso es determinar, exclusivamente, si la calificación registral negativa recurrida es o no ajustada a Derecho. Tratándose de un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, no estando ante uno de los supuestos de denegación automática de la tramitación del mismo, como son la posible invasión de dominio público o la invasión de la georreferenciación registral de una finca colindante, la cual está protegida por los principios hipotecarios, cuando la suspensión se basa en la oposición de uno de los colindantes notificados, como dice el artículo 199, el registrador «decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción».

Ciertamente, esta Dirección General ha declarado en Resoluciones como las de 19 de enero de 2022, 30 de noviembre de 2023 o 27 de febrero de 2024, que en el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria no hay trámite de prueba, dada la sencillez procedimental del expediente. Su finalidad no es resolver una controversia, sino que la documentación aportada por quien se opone a la inscripción sólo tiene por objeto justificar su alegación para que el registrador califique si, a su juicio, hay o no controversia; la cual, caso de haberla, solo puede resolverse judicialmente. Desde un punto de vista registral, el recurrente está protegido por

los principios hipotecarios de inoponibilidad de lo no inscrito, legitimación registral y fe pública, que implica que ha de ser mantenido en su adquisición, razón por la cual el registrador no puede estimar la oposición del colindante alegante.

Como conclusión de todo lo anterior, debemos recordar lo declarado por la Resolución de esta Dirección General de 12 de diciembre de 2023, cuando afirmó que la oposición de un colindante no es atendible si lo que alega es que se invade, no ya la finca inscrita a su nombre, sino una finca anexa a ésta, de la que no existe constancia registral ni catastral, ni el colindante aporta documentación alguna con la que pudiera acreditar su supuesta titularidad, concluyendo que la oposición del colindante no está mínimamente fundamentada en derecho. Dicha situación también se produce en el presente caso, máxime cuando el título que soporta la alegación contiene operaciones susceptibles de acceso registral por contener negocios y actos jurídicos no documentados adecuadamente.

Por todo lo razonado, procede estimar el recurso y revocar la nota de calificación, por no existir indicios suficientes de contienda latente sobre la delimitación de la finca 5.320 del término de Firgas, puesto que el título en el que se basa la alegación carece de la entidad jurídica suficiente para convertir en contencioso el expediente y porque el Registro debe proteger con los efectos sustantivos y procesales que produce la inscripción, a quien ha publicado su titularidad inmobiliaria frente a quien no lo ha hecho, sin perjuicio del derecho que tiene el que viera perjudicado su derecho a acudir a los tribunales de Justicia, para probar su mejor derecho y la posible inexactitud registral por la inversión de la carga de la prueba, como consecuencia procesal del principio de legitimación registral.

Resolución de 16-5-2024

BOE 27-6-2024

Registro de la Propiedad de Orihuela, número 1.

#### PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Para denegar la inscripción de una base gráfica es preciso acreditar dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

Tratándose de un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, no estando ante uno de los supuestos de denegación automática de la tramitación del mismo, como son la posible invasión de dominio público o la invasión de la georeferenciación registral de una finca colindante, la cual está protegida por los principios hipotecarios, cuando la suspensión se basa en la oposición de uno de los colindantes notificados, como dice el artículo 199, el registrador «decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción».

La nota de calificación del registrador es impecable, desde el punto de vista formal, al relatar en el apartado de los hechos los trámites del expediente y una exposición exhaustiva de la alegación del colindante, sobre la que realiza un análisis, con base en el cual fundamenta sus dudas en la identidad de la finca. Esas dudas derivan del carácter inexacto de los linderos, que impiden determinar la exacta

identificación de la finca, lo cual es necesario para que la georreferenciación pueda ser inscrita. Sin embargo, esta Dirección General entiende que, aunque sean imprecisos, si aportan ciertos argumentos que son claves para resolver el recurso.

La cuestión clave para resolver el recurso es determinar si, con arreglo al contenido del Registro se ha alterado la realidad física de la finca objeto del expediente amparada por el folio registral, lo cual constituye el límite del ámbito de aplicación de la discordancia con la realidad física que puede resolverse por la vía del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria. En el presente caso, la georreferenciación aportada por el alegante altera la realidad física amparada por el folio registral, que respeta el promotor del expediente, en cuanto a los linderos norte y oeste de la finca objeto del expediente, como hemos dicho.

Respecto a las dudas del registrador sobre la titularidad de los ejidos de la finca objeto del expediente, ciertamente tiene razón respecto a que el ejido es un «campo común de un pueblo, lindante con él, que no se labra». Ello determinaría el carácter público de la vereda de entrada a la finca. Sin embargo, es dudoso que la expresión ejido en la descripción de la finca se haya utilizado en ese sentido, siendo discutible la naturaleza pública de esos ejidos. Circunstancia esta que ha sido ratificada tácitamente por el Ayuntamiento de Orihuela que, habiendo sido notificado, ninguna alegación ha presentado a la inscripción de la georreferenciación objeto del expediente. Esta Dirección General entiende que la pertenencia de los ejidos a la finca no puede discutirse, en vista de la descripción registral, pues incluye su superficie, pues la casa mide 102,05 metros cuadrados y la finca 241 metros cuadrados y falta de oposición del Ayuntamiento, respetando esta situación la georreferenciación aportada. Posiblemente, estemos ante un signo aparente de servidumbre entre dos fincas pertenecientes en un principio a un mismo propietario, quien establece ese signo aparente, que se mantiene al separarse la propiedad de las dos fincas, a que se refiere el artículo 541 del Código Civil.

Respecto a las dudas manifestadas por el registrador cuando declara en su nota de calificación que «las superficies registrales de las fincas del alegante no han sido modificadas desde su creación. Las superficies registrales coinciden con las mediciones aportadas en informe pericial. No es posible determinar si dichas superficies se hallan íntegramente comprendidas en las delimitaciones registrales, debido al carácter literal (no gráfico) de las descripciones registrales y sus linderos», entiende esta Dirección General que esa circunstancia no es motivo suficiente para denegar la inscripción de la georreferenciación.

Respecto a la posible existencia de una contienda latente a resolver por los tribunales, por la invasión de los 53.16 metros cuadrados de la finca 43.382, que a juicio del alegante son invadidos por la georreferenciación alternativa aportada, debemos decir que la georreferenciación alternativa aportada no invade la georreferenciación catastral que se corresponde con la identidad de la finca 43.382 del término de Orihuela.

Respecto a las dudas del registrador sobre los errores en la descripción de la finca 76.899 cuya inscripción se solicita, el defecto debe ser confirmado. Evidentemente, como el propio colindante alegante expone en su escrito de alegación, ha habido un error en la identificación de los linderos este y oeste, que deben intercambiarse, reconociendo con ello que la georreferenciación que aporta no se adapta a esos linderos.

## Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 16-4-2024.

*BOE* 15-5-2024

Registro Mercantil de Valencia, número VII

**MODIFICACIÓN ESTATUTARIA: DERECHO DE INFORMACIÓN A LOS SOCIOS.**

**SE REVOCA**

Es reiterada la doctrina de la DG en la que se indica que el severo régimen de exigencia formal de la convocatoria de juntas debe mitigarse cuando por el conjunto de las circunstancias concurrentes no resulten lesionados los derechos individuales del socio. En el caso que nos ocupa el anuncio de la convocatoria de la junta general expresa de forma clara el contenido de la modificación estatutaria y el texto íntegro de los acuerdos; además, los tres socios eran concedores del texto porque todos ellos eran administradores solidarios de la sociedad, por lo que la omisión de uno de los medios de hacer efectivo el derecho de información no implica la privación del mismo; además, el socio disidente ha podido solicitar y obtener el mandato de publicidad de su acción en el Registro Mercantil. El haber asistido los tres socios y adoptarse el acuerdo con mayoría suficiente implica que una nueva convocatoria a una nueva junta no cambiaría el resultado porque del conjunto de circunstancias no resulta, a priori, que haya existido una vulneración de los derechos individuales de los socios, sin perjuicio de la correspondiente reclamación judicial.

Resolución de 23-4-2024.

*BOE* 15-5-2024

Registro Mercantil de Málaga, número I.

**LIQUIDACIÓN SOCIEDAD: BALANCE FINAL.**

**SE REVOCA**

La DG tiene declarado que el alcance y contenido que ha de presentar el balance final de una sociedad de capital a efectos de inscripción de su liquidación en el Registro Mercantil, cuando como en nuestro supuesto, el balance protocolizado en la escritura que eleva a público los acuerdos adoptados en la Junta General tiene un carácter simplificado y no se adecúa a las exigencias que para el depósito de cuentas y para el conjunto de sociedades exige la normativa. El balance final, a efectos de dicha inscripción, debe reflejar el estado patrimonial de la sociedad, así como la base de reparto entre los socios. No es necesario que muestre el capital social ni la correspondencia entre la cifra del activo y el pasivo.

Resolución de 24-4-2024.

BOE 15-5-2024

Registro Mercantil de Barcelona, número III.

REGISTRO CERRADO POR FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS.

SE CONFIRMA

La DG confirma que no procede la inscripción de auditor de cuentas nombrado por acuerdo de administrador único cuando el Registro Mercantil se encuentra cerrado por la falta de depósito de cuentas anuales. No siendo este supuesto una de las excepciones contempladas en los art. 282 LSC y 378 RRM.

Resolución de 16-5-2024.

BOE 27-6-2024

Registro Bienes Muebles de Pontevedra, número III.

DEPÓSITO DE CUENTAS: JUNTA GENERAL DONDE SE APRUEBAN LAS CUENTAS ES ANTERIOR AL INFORME DE AUDITOR. LA CADUCIDAD DE LA ACCION NO CONVIERTE EN VALIDO EL ACTO NULO.

SE CONFIRMA

La DG confirma que el certificado del acta de junta que se adjunta a las cuentas anuales presentadas a depósito no puede tener fecha anterior al informe de auditor porque las cuentas estarían sin verificar por parte de auditor. No habiendo sido el informe de verificación puesto a disposición de los socios al tiempo de la celebración de la junta general donde se aprueban las cuentas anuales, pese a resultar inscrito el nombramiento de auditor a instancia de minoría, el acuerdo de aprobación por mayoría de los socios es nulo de pleno derecho lo que impide su depósito. Sin que frente a ello quepa alegar:

1) La responsabilidad de los socios que instaron la convocatoria de la junta y el nombramiento de auditor, que se limitaron a ejercer sus derechos.

2) La extralimitación de la registradora en su calificación, que es conforme a lo dispuesto en los artículos 18 del Código de Comercio y 280 de la Ley de Sociedades de Capital.

3) Y, finalmente, la caducidad de la acción de impugnación, que no convierte en válidos los acuerdos nulos, sino solo inatacables en vía judicial: el acto nulo continúa siéndolo, lo cual impide su acceso al registro conforme a las reglas generales (principio de legalidad, art. 18 Ccom.)





ESTUDIOS  
JURISPRUDENCIALES



## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

# La nulidad matrimonial civil por la incapacidad de prestar consentimiento

## *Civil marriage annulment on the ground of incapacity to give consent*

por

ELENA FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA<sup>1</sup>  
*Profesora de Derecho Civil. UCM.*

**RESUMEN:** El matrimonio es la unión estable entre dos personas, del mismo o de diferente sexo, establecida conforme a los requisitos previstos en la legislación civil. En España la formalización del matrimonio puede realizarse por la vía civil o la eclesíástica, pero ambas tienen en común la necesidad de que se otorgue el consentimiento en el marco del negocio jurídico matrimonial como declaración de voluntad que sea manifestada por los contrayentes, con el fin de celebrar el matrimonio válidamente. Por ello, el consentimiento de los cónyuges es un elemento esencial del matrimonio y si el mismo se celebra sin este elemento será inválido. Se establecen las causas de nulidad matrimonial en el Código Civil donde se incluye el hecho de que el matrimonio se haya celebrado sin consentimiento matrimonial. En el caso analizado, el hecho de que uno de los contrayentes tuviera un deterioro significativo que lo hiciera incapaz de gobernarse a sí mismo, lo convertía igualmente en incapaz para consentir el matrimonio, y, todo ello, junto con el hecho de que fue modificada la capacidad del contrayente a los pocos meses de la celebración del matrimonio, en un procedimiento iniciado antes de dicha celebración.

---

<sup>1</sup> 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.

*ABSTRACT. Marriage is a stable union between two persons of the same or different sex, established in accordance with the requirements of civil law. In Spain, marriage can be formalised by civil or ecclesiastical means, but both have in common the need for consent as a declaration of will expressed by the contracting parties in order to validly celebrate the marriage. Therefore, the consent of the spouses is an essential element of the marriage and if the marriage is entered into without this element it will be invalid. The Civil Code establishes the grounds for marriage nullity, including the fact that the marriage was entered into without marital consent. In the case under analysis, the fact that one of the contracting parties had a significant impairment that rendered him/her incapable of governing him/herself also rendered him/her incapable of consenting to the marriage, together with the fact that the capacity of the contracting party was modified a few months after the celebration of the marriage in proceedings initiated prior to the celebration of the marriage.*

**PALABRAS CLAVE.** Matrimonio. Consentimiento matrimonial. Nulidad matrimonial. Ausencia de consentimiento. Persona con discapacidad.

**KEYWORDS.** Marriage. Marriage consent. Nullity of marriage. Absence of consent. Disabled person.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO.—III. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO: 1. LA NULIDAD MATRIMONIAL CIVIL 2. LA NULIDAD MATRIMONIAL ECLESIASTICA.—IV. CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL: 1. EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN 2. DISCAPACIDAD Y MATRIMONIO 3. INCAPACITACIÓN POR SENTENCIA.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VIII. LEGISLACION CITADA

## I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo queremos analizar la reciente STS 91/2024, de 24 de enero, sobre el recurso de casación interpuesto contra dos resoluciones judiciales, sentencia de fecha 13 de diciembre de 2021 del Juzgado de Primera Instancia nº16 de Bilbao y sentencia resultante del recurso de apelación de la anterior que se dicta en fecha 28 de septiembre de 2022 por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, donde la cuestión a resolver en ambas sentencias es la nulidad matrimonial entre D.ª Jacinta y D. Valentín cuestión que ha llegado hasta el Tribunal Supremo.

A lo largo de la resolución se discuten diversas cuestiones que vamos a desarrollar en el presente estudio, entre ellas encontraremos el derecho a contraer matrimonio, la cuestión del matrimonio y la capacidad, el nacimiento del vínculo matrimonial, las causas de nulidad del matrimonio y el control de validez del matrimonio, para ello debemos comenzar hablando del concepto del matrimonio en el Derecho.

Cuando hablamos del matrimonio en el marco del derecho civil nos referimos a la unión estable entre dos personas, del mismo o de diferente sexo, establecida conforme a los requisitos previstos en la legislación civil. Existen dos formas

de celebración de un matrimonio, civil o religioso, indicando el Código Civil que cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España en la forma regulada en este Código o bien en la forma religiosa legalmente prevista.

En nuestro caso, objeto de estudio, nos encontramos con un matrimonio formalizado a través de una celebración civil en el año 2014 por dos personas adultas. En principio, con estos datos proporcionados no consideramos que exista ningún inconveniente para la celebración del matrimonio, sin embargo, lo interesante de esta cuestión es el incumplimiento de determinados requisitos que el Código Civil establece para contraer matrimonio. El Código Civil señala que toda persona tiene derecho a contraer matrimonio conforme a las siguientes disposiciones: ser mayor de edad o emancipado; no estar casados y de haberlo estado será preciso acreditar el divorcio; si algún contrayente estuviera afectado por deficiencias o anomalías psíquicas se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento; que no exista parentesco directo entre los miembros del matrimonio; celebrar el matrimonio en las formas legalmente previstas; manifestar los contrayentes, de forma inequívoca, la intención de contraer matrimonio; y, su inscripción en el Registro Civil correspondiente.

El propio Código Civil de forma inequívoca establece que el incumplimiento de alguno de estos requisitos puede ocasionar la nulidad matrimonial que consiste en una sentencia que declara que un matrimonio nunca ha sido válido.<sup>1</sup> Lo cual significa que la declaración de nulidad implica que el matrimonio se considera nulo desde su celebración, es decir, se considera como si nunca hubiera existido. Sin embargo, los efectos de la nulidad no afectan a los hijos comunes ni a terceros de buena fe, y las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se regulan de manera específica para proteger los derechos adquiridos durante la convivencia. Cuestiones sobre las que volveremos más adelante.

Evidentemente el objeto de discusión de la presente sentencia es el procedimiento de nulidad matrimonial entendiendo el tutor de D. Valentín que *existió una falta de consentimiento matrimonial* por su parte.

La parte demandada en este caso da contestación a estos hechos planteando *caducidad de la acción de nulidad* pretendida por el tutor de D. Valentín. Esta cuestión es especialmente interesante, ya que el matrimonio se celebra en el año 2014, presentándose la demanda de nulidad matrimonial en el año 2021 por lo que la Audiencia Provincial entiende que el hecho planteado supone un error en el consentimiento al no tener la persona con discapacidad los apoyos necesarios, por lo que sería de aplicación el artículo 1301 del Código Civil en donde se especifica un plazo de la acción de 4 años.

El planteamiento de la caducidad de la acción es muy relevante ya que con este se busca la desaparición de la posibilidad de ejercer el derecho de solicitar a la autoridad judicial que declare nulo un matrimonio. En el presente caso, el Tribunal Supremo analiza esta posible caducidad de la acción recalcando la especial naturaleza del matrimonio contando esta figura con un régimen específico diferente del previsto legalmente y desarrollado jurisprudencialmente para los contratos.

El Código Civil plantea los supuestos de nulidad matrimonial en su artículo 73 sin establecerse un plazo de caducidad de la acción de nulidad matrimonial, por tanto, las personas legitimadas para impugnar la validez de un matrimonio pueden hacerlo sin estar sometidas a un plazo. Sin embargo, hay ciertas circuns-

tancias en las que sí se establece un plazo. Por ejemplo, cuando la nulidad se basa en la coacción o miedo grave, el plazo es de cuatro años desde que cesó la causa que motivó el consentimiento. Y si se basa en el error en la identidad o cualidades personales, el plazo es también de cuatro años desde la celebración del matrimonio. Cuestiones que no aparecen en el presente supuesto.

## II. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución Española en su artículo 32 que reza lo siguiente: *el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*. A través de la ley se regulan *las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*, de esta cuestión se ha ocupado el legislador estatal en virtud de la competencia exclusiva que le otorga el artículo 149.1.8. de la Constitución para regular las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio<sup>2</sup>.

El vínculo matrimonial genera *ope legis* en los cónyuges una pluralidad de derechos y deberes siempre que el mismo conste formalmente y garantice la concurrencia de los requisitos formales y materiales para contraerlo<sup>3</sup>. Debemos subrayar, además, que se deduce del artículo 32 CE que ambos cónyuges se encuentran en régimen de plena igualdad jurídica en el seno de la institución jurídica del matrimonio, regla que supone una manifestación específica del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley regulado en el artículo 14 CE, y así lo reflejan diferentes sentencias del Tribunal Constitucional<sup>4</sup>.

La jurisprudencia constitucional también ha precisado que el derecho al matrimonio, aunque es un derecho de titularidad individual, no lo es de ejercicio individual puesto que el Código Civil en su artículo 45 manifiesta que no existe matrimonio sin consentimiento mutuo<sup>5</sup>, aunque esta cuestión la desarrollaremos más adelante.

Igualmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas de 1950 reconoce este derecho en su artículo 12 indicando que, *a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho*. Y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 en su artículo 9 indica que *se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*.

En el caso de la normativa europea, se reconoce el derecho a contraer matrimonio cumpliendo los requisitos que establezca la legislación del estado exigiendo la normativa unas determinadas formalidades para que nazca un matrimonio, de forma común se exige la prestación del consentimiento de una forma concreta, se señala que del negocio jurídico matrimonial surgen obligaciones para ambas partes y se exige la inscripción en un Registro público. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión garantiza a todas las personas, sin distinción, este derecho a contraer matrimonio, siempre que no se incurra en alguna de las limitaciones genéricas mencionadas<sup>6</sup>.

El Código Civil Español es la Ley que desarrolla el mandato del artículo 32 de la Constitución y que lo hace permitiendo, entre otras cosas, contraer matrimonio

en forma civil o en la forma religiosa legalmente prevista según su artículo 49, cuestiones que veremos a continuación.

### III. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

La nulidad matrimonial se declara cuando un matrimonio nunca ha sido válido desde su inicio debido a defectos en su celebración. Esta acción supone la invalidación de un matrimonio entendiendo que el mismo no ha existido en ningún momento, no se ha hecho efectivo.

Esta figura se diferencia del divorcio en que en este último supuesto el matrimonio sí que ha existido, pero se ha disuelto, sin embargo, la nulidad matrimonial declara que el matrimonio ha sido inválido.

La nulidad del matrimonio llega a través de una declaración pública, ya sea por tribunales eclesiásticos o civiles, por la que se declara que un matrimonio concreto nunca llegó a surgir por ausencia de algún requisito necesario para la validez.

#### 1. LA NULIDAD MATRIMONIAL CIVIL

El artículo 73 del Código Civil establece las causas de nulidad matrimonial que podrán ser alegadas para declarar nulo un matrimonio. Se contemplan cinco cuestiones siendo la primera de ellas el hecho de que el matrimonio se haya celebrado por consentimiento matrimonial, esto implica que no existió consentimiento por cualquiera de los contrayentes en el momento en que se celebró el matrimonio.

Igualmente se establece que será nulo el matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47 del Código Civil, es decir, serán nulos los matrimonios celebrados entre personas menores de edad no emancipadas, entre personas con vínculo matrimonial no disuelto, es decir, no divorciadas, entre parientes consanguíneos o en adopción en su línea recta, entre parientes colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado, o que uno de los contrayentes haya sido condenado por haber participado en la muerte de su anterior cónyuge o pareja de hecho. Este mismo apartado asume que el Juez podrá emitir dispensa en algunos de los supuestos según lo establecido en el artículo 48 del Código Civil, por lo que desde que se otorga la dispensa se convalida el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes.

Será nulo el matrimonio que se contraiga sin la intervención del Juez de Paz, Alcalde o Concejal, Secretario judicial, Notario o funcionario ante quien deba celebrarse ya que no podrá certificarse por el cargo público la idoneidad de las personas contrayentes para consentir en el matrimonio, o sin la de los testigos puesto que su deber es acreditar que conocen a los contrayentes y que contraen matrimonio sin coacciones y libremente.

En el supuesto de que el matrimonio se celebre por *error en la identidad de la persona* del otro contrayente o en *aquellas cualidades personales* que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento también se considerará nulo el matrimonio. En este apartado encontramos dos tipos de erro-

res que pueden llevar a la nulidad, el primero de ellos es el *error en la identidad*, un caso de error obstativo que supone la falta de consentimiento matrimonial por desconocimiento de la identidad real de uno de los cónyuges existiendo así una divergencia entre la voluntad y la declaración del cónyuge. El error se produce en la declaración de voluntad ya que se es consciente de la realidad, pero se produce una discordancia inconsciente entre lo querido y lo manifestado.

El segundo *error es el que versa sobre las cualidades personales* del cónyuge que determinan el consentimiento del otro incluyendo aquí cualidades tanto físicas como psíquicas. En este caso hay que tener en consideración que las singularidades deben existir en el momento de prestación del consentimiento con entidad suficiente y además que el hecho de conocer esas singularidades fuera esencial para la prestación del consentimiento.

Por último, será nulo el matrimonio por el cual alguno de los cónyuges se vio obligado a contraer matrimonio por *coacción o miedo grave*. Esta condición es esencial ya que determina la anulación de la libertad para contraer del cónyuge que se vio obligado a aceptar el matrimonio.

En el caso de que se de alguno de estos supuestos, podrán iniciar el proceso de nulidad matrimonial cualquier cónyuge, el Ministerio Fiscal o cualquier otra persona que tenga un interés legítimo según el artículo 74 del Código Civil, salvo lo dispuesto en los siguientes artículos los cuales hacen referencia a dos excepciones: el artículo 75 del Código Civil especifica que si la causa de nulidad matrimonial alegada es la minoría de edad, sólo la podrán ejercitar los padres o tutores del menor o, en su caso, el Ministerio Fiscal; y, según lo establecido en el artículo 76 del Código Civil, si se pretende instar la acción de nulidad matrimonial porque el matrimonio se celebró bajo coacción o miedo, solamente podrá ejercitarse por el cónyuge que hubiera sufrido el vicio.

La nulidad del matrimonio tiene consecuencias importantes ya que con ella se considerará nulo el matrimonio desde su inicio, lo que significa que nunca existió legalmente por lo que sus efectos civiles en líneas generales tampoco, aunque si se produce la invalidación, no se invalidarán los efectos ya producidos respecto de los hijos y de los contrayentes de buena fe. Por otra parte, los cónyuges podrán contraer de nuevo matrimonio libremente y el régimen económico previo quedará disuelto.

## 2. LA NULIDAD MATRIMONIAL ECLESIASTICA

La nulidad matrimonial eclesiástica se resuelve por los tribunales eclesiásticos por un proceso judicial y se da cuando uno de los cónyuges considera que el matrimonio contraído por la Iglesia no es válido. El artículo 80 del Código Civil establece que las resoluciones dictadas por tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio o del matrimonio rato y no consumado tendrán plenos efectos civiles siempre y cuando así lo solicite alguna de las partes.

Todos los matrimonios celebrados ante la Iglesia se consideran válidos si cuentan con el consentimiento sincero de los dos contrayentes y tienen lugar tal y como establece la Iglesia. El Código de Derecho Canónico recoge los tres elementos que determinan la nulidad o validez de un matrimonio, estos elementos son



genéricos y hacen referencia a impedimentos, vicios del consentimiento y defectos de forma.

Los impedimentos son prohibiciones legales para contraer matrimonio basadas en unas circunstancias objetivas de los novios. Estos impedimentos solamente pueden ser establecidos por el Papa y deben estar tipificados en el Código de Derecho Canónico para considerarlos. En el propio Código se establecen los impedimentos en el canon 1083 y ss.

El impedimento de edad indica que no puede contraer matrimonio válido el varón antes de los 16 años cumplidos ni la mujer antes de los 14 años también cumplidos.

La impotencia antecedente y perpetua para realizar el acto conyugal también es un impedimento de la celebración del matrimonio o lo transforma en nulo, este impedimento es aplicable tanto para hombres como para mujeres, aunque si el impedimento de impotencia es dudoso el matrimonio podrá celebrarse y será válido. La esterilidad no entra dentro de los impedimentos ya que la misma no prohíbe ni dirime el matrimonio salvo que se haya contraído el matrimonio engañado por dolo provocado para obtener su consentimiento según lo dispuesto en el canon 1098.

El siguiente impedimento establecido es el de vínculo o ligamen ya que atenta inválidamente matrimonio quien está ligado por el vínculo de un matrimonio anterior, aunque no haya sido consumado. No se considera lícito contraer de nuevo matrimonio antes de que conste legítimamente y con certeza la nulidad o disolución del precedente.

La disparidad de culto, entendida por que uno de los contrayentes fue bautizado en la Iglesia católica y otro contrayente no fue bautizado, es impedimento para el matrimonio. Este impedimento puede ser dispensado según lo dispuesto en los cánones 1125 y 1126 del Código de Derecho Canónico. Sin embargo, si al contraer matrimonio una parte era comúnmente tenida por bautizada o su bautismo era dudoso, se ha de presumir la validez del matrimonio hasta que se pruebe con certeza que no estaba bautizado.

Atentan inválidamente el matrimonio quienes han recibido las órdenes sagradas y también lo hacen quienes están vinculados por voto público perpetuo de castidad en un instituto religioso.

Se tienen en consideración igualmente dos impedimentos que nacen de delitos siendo uno de ellos el impedimento de raptó por el cual se entiende que no puede haber matrimonio entre un hombre y una mujer raptada o retenida con miras a contraer matrimonio a no ser que después, hallándose la mujer libre y en lugar seguro elija voluntariamente el matrimonio. Y otro de ellos el impedimento de crimen por el cual se atenta inválidamente el matrimonio entre sí quienes, con una cooperación mutua, física o moral, causaron la muerte del cónyuge.

En cualquier caso, será nulo el matrimonio entre todos los ascendientes y descendientes en línea recta de consanguinidad tanto legítimos como naturales. En línea colateral será nulo hasta el cuarto grado inclusive. En el caso de que exista alguna duda sobre si las partes son consanguíneas en algún grado de línea recta o en segundo grado de línea colateral nunca debe permitirse el matrimonio entre ellas.

La afinidad en línea recta dirime el matrimonio en cualquier grado haciendo referencia así a los parentescos con personas que no descienden o ascienden directamente, sino que dependen de algún descendiente directo como pueden ser tíos, sobrinos o primos.

El impedimento de pública honestidad surge del matrimonio inválido después de instaurada la vida en común o del concubinato notorio o público, en este caso y dirime el matrimonio en primer grado de línea recta entre el varón y las consanguíneas de la mujer y viceversa, como pueden ser sus suegros en el momento de contraer matrimonio.

Y, por último, se establece en el Código de Derecho Canónico el impedimento por el cual no pueden contraer válidamente matrimonio entre sí quienes están unidos por parentesco legal proveniente de la adopción, en línea recta o en segundo grado de línea colateral.

Respecto de los vicios del consentimiento, estos pueden radicar en el ámbito del entendimiento o en el de la voluntad regulados en el canon 1095 y ss. del Código de Derecho Canónico. Según lo dispuesto será incapaces de contraer matrimonio quienes carecen de suficiente uso de razón, quienes tienen un grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio y quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica. Es necesario que para que el consentimiento sea válido ambas partes entiendan cuáles son las propiedades esenciales del matrimonio.

El error acerca de la persona hace inválido el matrimonio, sin embargo, el error de una cualidad de la persona no deshace el matrimonio a no ser que se pretenda esa cualidad directa y principalmente. Además, quien contrae matrimonio engañado por dolo acerca de una cualidad del otro que puede perturbar el consorcio de vida conyugal, contrae inválidamente.

El error acerca de la unidad, indisolubilidad o dignidad sacramental del matrimonio invalida el consentimiento siempre que el mismo determinase su voluntad. Además, si uno o ambos contrayentes excluyen el matrimonio o un elemento esencial del mismo con un acto positivo de la voluntad, contraen inválidamente. Igualmente, no puede contraerse válidamente matrimonio bajo condición de futuro, tampoco bajo condición de pasado o presente que no se verifica por el Ordinario del lugar.

Para finalizar, es inválido el matrimonio contraído por violencia o miedo grave proveniente de una causa externa.

La nulidad por defecto de forma hace referencia a aquellos que se refieren a la manifestación externa del consentimiento y a los requisitos de forma o solemnidades jurídicas que exige el Derecho Canónico. Encontramos estos defectos regulados en el canon 1105 y 1108. del Código de Derecho Canónico.

El matrimonio será nulo por celebrarse sin la asistencia del ordinario del lugar o párroco correspondiente o sin su diácono delegado, también deben estar presentes dos testigos. Para el caso de que el matrimonio se contraída por procurador, será nulo por vicio del mandato.

Como hemos podido comprobar, estos supuestos de nulidad matrimonial eclesiástica son equiparables a los de nulidad matrimonial civil, sin embargo, para nuestro caso concreto el matrimonio se llevó a cabo bajo la forma civil por lo que serán de aplicación los supuestos de nulidad establecidos en el artículo 73 del Código Civil.

#### IV. CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

Para hablar del consentimiento matrimonial debemos entender el matrimonio como negocio jurídico bilateral y formal. El consentimiento matrimonial es la declaración de voluntad que se manifiesta por los contrayentes con el fin de contraer matrimonio, al igual que en una relación jurídica contractual. El matrimonio no es una institución creada por el Ordenamiento jurídico, sino que es una institución natural que el Derecho acepta, reconoce y además regula en el Código Civil.

Por consentimiento matrimonial entendemos la necesaria concordancia entre las declaraciones de voluntad de los contrayentes de querer contraer matrimonio. Tal como manifiesta la SAP de Barcelona de 20 de junio de 2006, no es suficiente la manifestación externa y formal, sino que es necesario que dicha manifestación tenga un determinado contenido<sup>7</sup>.

El consentimiento de los cónyuges es un elemento esencial del matrimonio según lo establecido por el artículo 45 del Código Civil, de esta forma, si el matrimonio se celebra sin consentimiento es inválido. El verdadero consentimiento matrimonial se entiende que es aquél que se presta con plena comprensión y asunción del contenido esencial de la relación y del vínculo conyugal con la amplitud que este alcanza en su regulación legal en el Código Civil, haciendo referencia a que el consentimiento recae sobre el conjunto de derechos y deberes regulados en los artículos 67 y 68 como el deber de respeto y ayuda mutua, que los cónyuges actúen en interés de la familia, convivencia, colaboración familiar, fidelidad y socorro mutuo. Estas cuestiones se contemplan en diversas sentencias como STS, Sala Primera, de 8 de marzo de 2001; la SAP de A Coruña, de 28 de enero de 2014; o las SSAP de Barcelona de 1 de diciembre de 2005 y de 27 de enero de 2012<sup>8</sup>.

El consentimiento implica tanto la conciencia como la voluntad de prestarlo, la ausencia de conciencia viene motivada por la falta de aptitud mental de alguno o de ambos contrayentes. En el estudio de nuestro caso en particular es evidente la falta de consentimiento en el matrimonio como consecuencia del deterioro cognitivo de D. Valentín quien no disponía de capacidad para gobernarse a sí mismo, y, por ello, no podía emitir el consentimiento matrimonial.

En cualquier caso, es necesario comprobar la aptitud mental en el previo expediente matrimonial incoado y tramitado al efecto. Cuando el matrimonio se realiza sin expediente matrimonial, el control de validez lo hace el Registro Civil en el momento de la inscripción debiendo comprobar el profesional encargado si concurren los requisitos legales para su validez mediante la tramitación del acta o expediente tal como refiere el artículo 65 del Código Civil. En el presente caso no se apreció la imposibilidad de consentir por parte de D. Valentín durante la tramitación del expediente matrimonial pero la sentencia determina que el encargado del Registro Civil no pudo contar con todos los datos de carácter médico, familiar y social que sí se han acreditado durante el procedimiento civil para poder determinar el deterioro cognitivo de D. Valentín. Es necesario resaltar que, si este hecho de aprobación de la celebración del matrimonio por el encargado del Registro Civil impidiera declarar la nulidad del matrimonio judicialmente, el artículo 73 del Código Civil quedaría sin contenido.

En el desarrollo de la sentencia puede asaltarnos otra cuestión de nulidad del matrimonio como la reserva mental ya que podemos entender que D<sup>a</sup>. Jacinta contrajo el matrimonio con intención de conseguir una finalidad oculta a través de la prestación de ese consentimiento aparente sin querer realmente contraer el matrimonio. En la propia demanda que presentan los herederos de D. Valentín de nulidad del matrimonio indican que los demandados, D. Valentín y D<sup>a</sup>. Jacinta habían mantenido una relación durante 18 años y no manifestaron en ningún momento su intención de contraer matrimonio. Esta cuestión sumada a la circunstancia de que, a los pocos días de celebrar su matrimonio, D<sup>a</sup>. Jacinta acude a modificar el testamento de D. Valentín en su favor y, en caso de premoriencia, en favor de los hijos de D<sup>a</sup>. Jacinta, puede dar lugar a pensar que existía reserva mental por parte de D<sup>a</sup>. Jacinta a la hora de celebrar el matrimonio.

La SAP de Guadalajara, de 8 de febrero de 2013, refleja las características esenciales de la reserva mental indicando que la forman: la gestación consciente en el fuero interno de uno de los contrayentes de la divergencia entre lo internamente querido y lo manifestado; el secreto y desconocimiento para la otra parte, incluso para terceros, sobre la verdadera intención o propósito real del matrimonio; y, la existencia de una verdadera intención oculta, un fin realmente querido que se pretende conseguir mediante la celebración de un matrimonio aparente<sup>9</sup>.

Si volvemos a las causas de nulidad matrimonial civil mencionadas veremos que entre ellas no se encuentra la reserva mental, esto es porque no constituye una causa de invalidez de los contratos, aunque la misma puede incardinarse a tenor de lo dispuesto en los artículos 45 y 73 CC puesto que consiste en un supuesto de divergencia consciente entre la voluntad real y la declarada. Ello también excluye la existencia de un auténtico consentimiento matrimonial, aunque hay que ponderar cada caso en particular, teniendo en consideración las exigencias derivadas del principio de certeza de las actuaciones de las personas y del principio de buena fe<sup>10</sup>. La dificultad de acreditar el querer interno de quien realiza la reserva mental determina la relevancia de la prueba de presunciones, analizando los actos anteriores, coetáneos y posteriores a la celebración del matrimonio para así poder conocer las intenciones internas y así lo afirman diversas sentencias como las SSTS de 24 de noviembre de 1983 y de 27 de enero de 1996 entre otras<sup>11</sup>.

#### 1. EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN

Según lo dispuesto en el artículo 55 del Código Civil, *uno de los contrayentes podrá contraer matrimonio por apoderado, a quien tendrá que haber concedido poder especial en forma auténtica, siendo siempre necesaria la asistencia personal del otro contrayente*. En este caso cabe preguntarse cómo se valora la capacidad para contraer y la validez del consentimiento en su caso. A esto da respuesta la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública)<sup>12</sup> indicando que las modalidades del matrimonio por poder no afectan a las condiciones de fondo y de capacidad para el enlace, sino a las condiciones de forma. Además recuerda que en el matrimonio por poder el apoderado no actúa como un verdadero representante voluntario, sino que interviene como mero instrumento de transmisión del consentimiento matrimonial.

Continúa el mismo artículo diciendo que *en el poder se determinará la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad [...]* por lo que entiende la DGRN que resulta irrelevante el hecho de que el apoderado carezca de los requisitos de capacidad para contraer matrimonio o que le afecte alguna prohibición o alguno de los vicios de la voluntad que pudieran dar origen a la nulidad. Por todo ello, entendemos que la única capacidad y el consentimiento relevante en este tipo de matrimonio son los del poderdante, capacidad y libertad de consentimiento.

Cabe plantearse si dicho poder se puede extinguir y así lo hará por la revocación del poderdante, por la renuncia del apoderado o por la muerte de cualquiera de ellos. En caso de que el poderdante lo revoque bastará con manifestarlo en forma auténtica antes de la celebración del matrimonio. Existen igualmente casos en los que se ha celebrado el matrimonio habiendo revocado el poderdante dicho poder, sin embargo, en estos supuestos se debe acreditar que la revocación se realizó en cualquier momento anterior al matrimonio y por ello el matrimonio celebrado por el apoderado que ignoraba dicha revocación será nulo por falta de consentimiento matrimonial del poderdante<sup>13</sup>. De igual modo contempla el artículo 55 en su párrafo tercero que se entenderá que no existe consentimiento matrimonial cuando el poder sea nulo o se haya extinguido por muerte del poderdante anterior al matrimonio tal como señala la SAP de Ciudad Real 1199/1999, de 20 de octubre de 1999<sup>14</sup> por ser uno de los supuestos de falta de consentimiento como causa de nulidad del matrimonio.

## 2. DISCAPACIDAD Y MATRIMONIO

A través de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en 2008, se marcó un nuevo rumbo en el tratamiento de las personas con discapacidad buscando que los Estados Partes pongan fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en cuestiones relativas a matrimonio, familia, paternidad y relaciones personales; y que además promuevan, protejan y aseguren el goce pleno y en igualdad de todos los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales por las personas con discapacidad.

El principio general de la Convención es el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, su independencia y que las medidas de apoyo sean proporcionales a las circunstancias de la persona. Esto nos lleva a la actual redacción del artículo 56 del Código Civil modificado por la Ley de Jurisdicción Voluntaria en donde se dispone que, si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el profesional que tramite el acta o expediente dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. La interpretación de dicho precepto generó alguna duda que resolvió la DGRN<sup>15</sup> aclarando que esta necesidad del dictamen médico debe entenderse limitada exclusivamente a los casos en que la deficiencia afecte de forma sustancial a la prestación del consentimiento por el interesado en cuestión.

Esto nos lleva a que las deficiencias o anomalías psíquicas no son incompatibles con la capacidad natural para contraer matrimonio, aunque constituyen una

suerte de presunción *iusuris tantum* de incapacidad. De ahí la exigencia el dictamen médico, lo que sugiere que para poder contraer matrimonio los contrayentes han de tener una cierta capacidad y su falta implicaría ausencia de consentimiento y por ello la nulidad del matrimonio. Por ello, cuando el contrayente debido a las alteraciones mentales no pueda conocer ni aceptar las implicaciones del matrimonio, el consentimiento quedaría inutilizado<sup>16</sup>.

Por otro lado, cabe preguntarse en qué momento se debe realizar el juicio de capacidad entendiéndose que el dictamen facultativo habrá de certificar que el futuro contrayente tiene, en el momento de la celebración, la capacidad natural suficiente para consentir; aunque de forma general este pronunciamiento se lleva a cabo con el expediente matrimonial, salvo los casos en los que no se realice y deba hacerlo el profesional del Registro Civil en el momento de la celebración.

En el supuesto que nos ocupa recordamos que el encargado del Registro Civil fue quien realizó el control de validez del matrimonio entendiéndose por el Tribunal que, para presumir que D. Valentín tenía capacidad suficiente para llevar a cabo el consentimiento matrimonial, era necesario disponer de informe médico-legal donde se recogiese su historia clínica, exploración física y psíquica, se describiese su enfermedad y se determinara si era capaz de comprender la naturaleza y consecuencias del matrimonio y dirigirlo así libre y voluntariamente. Todas estas cuestiones se recogen en el informe médico forense en donde se concluye que D. Valentín está incapacitado para gobernarse por sí mismo por causas psíquicas.

Tras la publicación de la CDPD, que establece que las personas con discapacidad tienen derecho a casarse y fundar una familia, y deben recibir el apoyo necesario para ejercer este derecho en igualdad de condiciones con los demás, está clara la forma de actuar. Cuestión distinta es aprovechar la discapacidad de la persona para la realización del matrimonio y la obtención de un aprovechamiento económico.

En los casos en los que se proceda a realizar el matrimonio por una persona con discapacidad y si hay dudas sobre su capacidad para consentir al matrimonio, puede ser necesaria una evaluación por parte de un profesional de la salud mental que determine si la persona entiende la naturaleza del matrimonio y puede consentir libremente. Incluso puede ser necesario un dictamen judicial para confirmar la capacidad de la persona para casarse. Esto suele ocurrir a petición de los familiares o tutores legales. Como suponemos que ocurrió en el supuesto de la sentencia, pero a *posteriori*.

Y, ¿en qué consistiría el apoyo con que deberá contar la persona con discapacidad? Según la CDPD, las personas con discapacidad tienen derecho a recibir apoyo para tomar decisiones, lo que incluye decisiones sobre el matrimonio, y el apoyo puede incluir la asistencia de un tutor, un asistente personal o el uso de tecnologías de apoyo. También es importante asegurar que la persona con discapacidad reciba toda la información sobre el matrimonio en un formato accesible a través de la utilización del uso de lenguaje claro, pictogramas, o intérpretes de lenguaje de señas. Todo ello con el fin de que el consentimiento sea informado y libre. De modo que la persona comprenda plenamente lo que implica el matrimonio y consienta sin coacción.

Y está claro que en el supuesto que nos ocupa se ha producido coacción porque recordemos que el matrimonio bajo coacción ocurre cuando una o ambas par-

tes son forzadas a casarse contra su voluntad mediante, por ejemplo, intimidación o manipulación. En resumen, se ha manipulado a la persona con discapacidad para obtener un beneficio económico. Coacción que se ha probado ante el tribunal mediante testimonios que la evidencian. Y así lo recoge el Alto Tribunal al señalar que el propio Juzgado de 1ª Instancia afirmó que “lo que la prueba revelaría es que D. Valentín, en el momento de contraer matrimonio, no estaba en condiciones de prestar un consentimiento válido para ello, no comprendía el alcance y trascendencia del acto, por lo que no hubo consentimiento, ni tampoco se le prestó apoyo en ese momento. Esto es así porque el informe forense en este sentido es palmario y no deja lugar a dudas, coincidiendo en la peculiar conducta de dicho señor tanto la policía, como un amigo de toda la vida y una vecina, personas de las que *prima facie* no se duda de su imparcialidad y objetividad...”

El procedimiento matrimonial en este supuesto se iniciaría con la solicitud de matrimonio que debe presentarse en el Registro Civil correspondiente donde deberá aportarse la documentación estándar requerida para contraer matrimonio (como DNI, certificado de nacimiento, etc.), y, además, una documentación adicional sobre la capacidad para consentir (informes médicos o psicológicos que avalen la capacidad de la persona). En algunos casos, el juez encargado del Registro Civil puede solicitar una audiencia con los contrayentes para evaluar personalmente la capacidad de la persona con discapacidad.

En todo caso deberá respetarse la autonomía y la dignidad de la persona con discapacidad como cuestión primordial, lo que incluye respetar su derecho a casarse y a tomar decisiones sobre su vida personal. En definitiva, el apoyo de la familia y la comunidad puede ser crucial para asegurar que la persona con discapacidad tenga una experiencia positiva y segura en su matrimonio.

Por todo ello el TS señala que “...en el caso que juzgamos, el juzgado no declaró la nulidad del matrimonio por el hecho de existir una sentencia de modificación judicial de la capacidad ni tampoco por el “mero hecho” de que el Sr. Valentín padeciera Alzheimer, sino porque a la vista de toda la prueba practicada llegó a la conclusión de que había quedado acreditado que la enfermedad le afectaba de tal manera que no pudo emitir un válido consentimiento matrimonial.”

Insiste en que en el dictamen médico realizado por la médico forense del Instituto Vasco de Medicina Legal y fechado a 20 de mayo de 2014 (tres meses después de la celebración del matrimonio), ... se concluye que “1. D. Valentín presenta un deterioro cognitivo moderado. 2. Este deterioro cognitivo, lo incapacita para el autocuidado, para las habilidades de la vida independiente, para el cuidado de su salud, para las actividades económico jurídico-administrativas, para las disposiciones contractuales y para entender adecuadamente este proceso. Además, necesita la supervisión de terceras personas de forma continuada para asegurar su integridad física y mental. No tiene preservadas ninguna de las capacidades. 3. Por tanto, se considera desde el punto de vista médico-legal que D. Valentín está incapacitado para gobernarse por sí mismo, por causas psíquicas”.

En resumen, concluye la Sentencia objeto de análisis que “Es cierto que no se apreció en la tramitación del expediente matrimonial la imposibilidad del Sr. Valentín de prestar consentimiento matrimonial, pero también es verdad que el encargado del Registro civil no pudo contar con todos los datos de carácter médico, familiar y social que se han acreditado en este procedimiento para valorar

si la solicitud de contraer matrimonio respondía a la expresión de la voluntad libremente formada. Debemos observar que, si el hecho de no haberse apreciado la falta de aptitud para emitir consentimiento matrimonial en la tramitación del expediente impidiera declarar judicialmente la nulidad, el régimen de nulidad del art. 73 CC quedaría sin contenido.”

### 3. INCAPACITACIÓN POR SENTENCIA

Unido a la cuestión de la capacidad debemos recalcar que el Código Civil establece presunción general de la capacidad y sólo por medio de sentencia de incapacitación se reconocerá la incapacidad.

En el caso que nos ocupa los descendientes de D. Valentín interponen demanda de modificación judicial de la capacidad frente a D. Valentín en el mes de noviembre de 2013 alegando que desde el año 2006 padecía un deterioro cognitivo con diagnóstico de Alzheimer en el año 2011. En el mes de febrero de 2014 D. Valentín contrae matrimonio con D<sup>a</sup>. Jacinta además de otorgar pocos días después testamento en su favor.

En el mes de diciembre de 2014, el Juzgado de Primera Instancia nº14 de Bilbao dicta sentencia por la que se declara la modificación de la capacidad de obrar de D. Valentín, tanto en el ámbito personal como patrimonial. Con la incapacitación de la persona desaparece la presunción general de capacidad, es decir, la incapacitación judicial del contrayente es incompatible con la capacidad natural para contraer matrimonio y así lo dicta la STS 235/2015, de 29 de abril de 2015<sup>17</sup>. En el supuesto concreto, los descendientes inician demanda de nulidad matrimonial frente a D. Valentín y D<sup>a</sup>. Jacinta por falta de capacidad de su padre habiéndose resuelto finalmente la nulidad del matrimonio celebrado por falta de consentimiento matrimonial, es decir, queda acreditada la incapacidad del demandado, aunque no en todos los supuestos se acredita la falta de capacidad<sup>18</sup>.

### V. CONCLUSIONES

El derecho a contraer matrimonio deriva de la dignidad del ser humano y así lo hemos podido comprobar en las legislaciones citadas. En el presente caso esta es una cuestión discutida, no por el derecho a contraer matrimonio, sino por la capacidad de los contrayentes. Actualmente, la evolución de la normativa en materia de capacidad ha buscado poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en cuestiones relativas a matrimonio, familia, paternidad y relaciones personales pretendiendo que las medidas de apoyo sean proporcionales a las circunstancias de la persona.

La causa del nacimiento del vínculo matrimonial es el consentimiento de los cónyuges y, para que este consentimiento sea válido, los participantes deben tener la capacidad natural de querer y entender la unión, es decir, que la capacidad está íntimamente ligada al consentimiento matrimonial por entender el matrimonio como una relación jurídica. Estas dos cuestiones unidas nos llevan a la situación del caso analizado en el que nos encontramos con una falta de consentimiento



matrimonial por tener D. Valentín un deterioro cognitivo que lo hacía incapaz de gobernarse a sí mismo y de consentir el matrimonio por no comprender el sentido y efecto de esa unión.

El control de la validez del matrimonio en este caso se efectuaba por el encargado del Registro civil en el momento de la celebración, sin embargo, en este trámite no se apreció la imposibilidad de consentir, aunque esto es porque no se aportaron al profesional los datos de carácter médico, familiar y social que habrían hecho desaparecer la presunción general de capacidad, por lo que se habría exigido un dictamen médico tal como exige el artículo 56 del Código Civil.

Esta falta de apreciación de la incapacidad por parte del encargado del Registro civil no determina que no se pueda declarar la nulidad matrimonial judicialmente ya que, de lo contrario, el artículo 73 del Código Civil quedaría sin efecto, por ello en este supuesto se declara judicialmente la nulidad matrimonial por ser uno de los cónyuges incapaz de gobernarse a sí mismo, por no haber recibido D. Valentín apoyo o asistencia en su matrimonio y por no haberse acreditado que D. Valentín tuviera un deseo expreso de casarse puesto que llevaba 18 años de relación con D<sup>a</sup>. Jacinta y no formalizaron la unión hasta ese momento.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: “Reserva mental y matrimonio civil (comentario a la SAP de Madrid de 30 de septiembre de 1997)”, en *Anuario de Derecho Civil*, número 3, Sección Sentencias comentadas, Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, Tomo LI, Julio 1998.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: “El derecho a contraer matrimonio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, número 87, 2010.

RUIZ ALCARAZ, Susana: “El derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad: revisión del artículo 56.2 del Código Civil a la luz de la convención de las NNUU de 2006”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 73, Número 2215, 2019

## VII. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STC, Pleno de 1 de diciembre de 2014. Fecha publicación: 13/01/2015. Número Sentencia: 194/2014 Número Recurso: 6654/2012. ECLI:ES:TC:2014:194
- STC, Pleno de 6 de noviembre de 2012. Fecha publicación: 28/11/2012. Número Sentencia: 198/2012 Número Recurso: 6864/2005. ECLI:ES:TC:2012:198
- STC, Pleno de 14 de abril de 2011. Fecha publicación: 10/05/2011. Número Sentencia: 51/2011 Número Recurso: 3338/2002. ECLI:ES:TC:2011:51
- STC, Pleno de 14 de febrero de 2002. Fecha publicación: 14/03/2002. Número Sentencia 39/2002 Número Recurso: 1724/1995. ECLI:ES:TC:2002:39

- STC, Pleno de 8 de febrero de 1993. Fecha publicación: 11/03/1993. Número Sentencia: 47/1993 Número Recurso: 2730/1990. ECLI:ES:TC:1993:47
- STC, Pleno de 11 de diciembre de 1992. Fecha publicación: 19/01/1993. Número Sentencia 222/1992. Número Recurso: 1797/1990. ECLI:ES:TC:1992:222
- STC, Sala Segunda, de 1 de octubre de 1990. Fecha publicación: 23/10/1990. Número Sentencia: 148/1990 Número Recurso: 1003/1998. ECLI:ES:TC:1990:148
- STC, Sala Primera, de 6 de octubre de 1989. Fecha publicación: 07/11/1989. Número Sentencia: 159/1989 Número Recurso: 487/1987. ECLI:ES:TC:1989:159
- STS, Sección: Primera, de 24 de enero de 2024. Número Sentencia: 91/2024 Número Recurso: 9132/2022. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucan. Núm. Roj: STS 241/2024 – ECLI:ES:TS:2024:241
- STS, Sección: Primera, de 15 de marzo de 2018. Número Sentencia: 145/2018 Número Recurso: 3487/2016. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucan. Núm. Roj: STS 846/2018 – ECLI:ES:TS:2018:846
- STS, Sección: Primera, de 29 de abril de 2015. Número Sentencia: 235/2015 Número Recurso: 803/2014. Ponente: Eduardo Baena Ruíz. Núm. Roj: STS 1938/2015 – ECLI:ES:TS:2015:1938
- STS, Sección: Primera, de 8 de marzo de 2001. Número Sentencia: 248/2001 Número Recurso: 487/1996. Ponente: José Ramón Vázquez Sandez. Núm. Roj: STS 1842/2001 – ECLI:ES:TS:2001:1842
- SAP de A Coruña, Sección: Quinta, de 28 de enero de 2014. Número Sentencia: 22/2014. Número Recurso: 680/2012. Ponente: Julio Tasende Calvo. Núm. Roj: SAP C 90/2014 – ECLI:ES:APC:2014:90
- SAP de Guadalajara, Sección: Primera, de 08 de febrero de 2013. Número Sentencia: 39/2013. Número Recurso: 293/2012. Ponente: José Aurelio Navarro Guillén. Núm. Roj: SAP GU 51/2013 – ECLI:ES:APGU:2013:51
- SAP de Barcelona, Sección: Decimoctava, de 27 de enero de 2012. Número Sentencia: 34/2012. Número Recurso: 83/2011. Ponente: María Dolores Viñas Maestre. Núm. Roj: SAP B 5088/2012 – ECLI:ES:APB:2012:5088
- SAP de Zamora, Sección: Primera, de 14 de abril de 2011. Número Sentencia: 109/2011 Número Recurso: 58/2011. Ponente: Andrés Manuel Encinas Bernardo. Núm. Roj: SAP ZA 174/2011 – ECLI:ES:APZA:2011:174
- SAP de Islas Baleares, Sección: Cuarta, de 20 de mayo de 2008. Número Sentencia: 177/2008 Número Recurso: 536/2007. Ponente: Miguel Álvaro Artola Fernández. Núm. Roj: SAP IB 840/2008 – ECLI:ES:APIB:2008:840
- SAP de Barcelona, Sección: Decimoctava, de 20 de junio de 2006. Número Sentencia: 457/2006. Número Recurso: 840/2005. Ponente: María Dolores Viñas Maestre. Núm. Roj: SAP B 8426/2006 – ECLI:ES:APB:2006:8426
- SAP de Barcelona, Sección: Decimoctava, de 01 de diciembre de 2005. Número Sentencia: 789/2005. Número Recurso: 194/2005. Ponente: María Dolores Viñas Maestre. Núm. Roj: SAP B 8762/2005 – ECLI:ES:APB:2005:8762
- SAP de Ciudad Real, Sección: Segunda, de 20 de octubre de 1999. Número Sentencia: 290/1999 Número Recurso: 179/1999. Ponente: José

Arturo Fernández García. Núm. Roj: SAP CR 1199/1999 – ECLI:ES:AP-CR:1999:1199

#### VIII. LEGISLACION CITADA

- Constitución Española
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 1950
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000
- Código de Derecho Canónico
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006
- 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.
- Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

NOTAS

<sup>1</sup> Todo ello se encuentra dispuesto en el Título IV del Código Civil relativo al matrimonio y la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

<sup>2</sup> STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ décimo.

<sup>3</sup> SSTC 148/1990, de 15 de noviembre, FJ tercero y 198/2012, de 6 de noviembre, FJ décimo.

<sup>4</sup> SSTC 159/1989, de 6 de octubre, FJ quinto; 39/2002, de 14 de febrero, FJ quinto; 51/2011, de 14 de abril, FJ octavo y 194/2014, de 1 de diciembre de 2014, FJ cuarto.

<sup>5</sup> SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ quinto; 47/1993, de 8 de febrero, FJ cuarto y 51/2011, de 14 de abril, FJ noveno.

<sup>6</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: "El derecho a contraer matrimonio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, número 87, 2010.

<sup>7</sup> SAP Barcelona, 457/2006, 20 de junio de 2006, FD primero (Rec. 840/2005)

<sup>8</sup> STS, Sala Primera, 248/2001, de 8 de marzo de 2001, FD tercero (Rec. 487/1996); SAP A Coruña, 22/2014, de 28 de enero de 2014, FD primero (Rec. 680/2012); SAP Barcelona, 789/2005, de 1 de diciembre de 2005, FJ primero (Rec. 194/2005); y SAP Barcelona, 34/2012, de 27 de enero de 2012, FJ primero (Rec. 83/2011)

<sup>9</sup> SAP Guadalajara, 39/2013, de 8 de febrero de 2013, FD segundo (Rec.293/2012)

<sup>10</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: "Reserva mental y matrimonio civil (comentario a la SAP de Madrid de 30 de septiembre de 1997)", en *Anuario de Derecho Civil*, número 3, Sección Sentencias comentadas, Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, Tomo LI, Julio 1998.

<sup>11</sup> SAP de Islas Baleares, 177/2008, de 20 de mayo de 2008, FD primero (Rec. 536/2007); y SAP de Zamora, 109/2011, de 14 de abril de 2011, FD segundo (Rec. 58/2011)

<sup>12</sup> Resolución de la DGRN: Consulta de 27 de octubre de 2005, sobre autorización de poder por parte del Cónsul a un marroquí para celebrar matrimonio en España con persona del mismo sexo.

<sup>13</sup> Resolución de 7 de junio de 2005, de la Dirección General de los Registro y del Notariado, en el recurso interpuesto contra el auto dictado por el Encargado del Registro Civil Consular de España en Lima, en el expediente sobre inscripción de matrimonio por poder celebrado en el extranjero.

<sup>14</sup> SAP de Ciudad Real, 290/1999, de 20 de octubre de 1999, FD tercero (Rec. 179/1999)

<sup>15</sup> Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la interpretación y aplicación del artículo 56 del Código Civil, relativo a la forma de celebración del matrimonio.

<sup>16</sup> RUIZ ALCARAZ, Susana: "El derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad: revisión del artículo 56.2 del Código Civil a la luz de la convención de las NNUU de 2006", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 73, Número 2215, 2019

<sup>17</sup> STS 235/2015, de 29 de abril de 2015, (Rec. 803/2014)

<sup>18</sup> STS 145/2018, de 15 de marzo de 2018, (Rec. 3487/2016): Por todo lo dicho, la sala considera que, en aras del principio del favor matrimonii, debe concluirse afirmando la aptitud de D. Álvaro para contraer matrimonio, puesto que, conociendo que se estaba tramitando un procedimiento de modificación judicial de la capacidad, el juez le reconoció capacidad para presentar la demanda de divorcio frente a su anterior esposa y el cónsul no advirtió en la tramitación del expediente la falta de capacidad para otorgar consentimiento matrimonial. Frente a ello no puede prevalecer el informe elaborado durante el procedimiento de modificación de la capacidad y del que resulta que la enfermedad padecida por D. Álvaro desde fechas anteriores a la celebración del matrimonio le impedía, a otros efectos, gobernarse por sí mismo. Puesto que, por lo dicho, ni el estar incapacitado ni el padecer discapacidad intelectual

son hechos que excluyan por sí mismos la aptitud para celebrar el matrimonio, la sentencia recurrida restringe injustificadamente el derecho a contraer matrimonio, derecho reconocido a las personas con discapacidad por los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.



1.2. Derecho de familia

Un necesario análisis de la operatividad  
de las medidas de apoyo tras tres años de  
vigencia de la ley 8/2021, de 2 de junio  
(1ª parte)

*A necessary analysis of the operation  
of the support measures after three years  
of validity of Law 8/2021, of June 2  
(Part 1).*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

*Profesora Contratada Doctora (acreditada a profesora Titular)  
de Derecho Civil en la Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: Tras casi tres años de vigencia de la Ley 8/2021 corresponde llevar a cabo un análisis crítico-jurídico de la reforma para verificar su implantación y desarrollo operativo. Para ello nos parece oportuno realizar un estudio de la aplicabilidad de las diferentes medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad durante el lapso temporal citado, su tratamiento, implicación jurídica en sus diversas funciones y régimen jurídico y, la interrelación o compatibilidad aplicativa de las diferentes medidas de apoyo. No olvidemos que, se ha llevado a cabo un proceso de revisión de las sentencias dictadas con anterioridad a la citada reforma y, tras la misma, asimismo, se han dictado resoluciones judiciales que han supuesto su puesta en práctica y la verificación o no de la necesaria adaptación de la normativa a la realidad práctica que se deriva de su aplicación.

*ABSTRACT: After almost three years of Law 8/2021 being in force, it is necessary to carry out a critical-legal analysis of the reform to verify its implementation and operational development. To this end, it seems appropriate to carry out a study of the applicability of the different support measures for the exercise of the legal capacity of the person with disabilities during the aforementioned period of time, their treatment, legal implication in their various functions and legal regime and, the interrelation or*

*application compatibility of the different support measures. Let us not forget that a process of review of the sentences handed down prior to the aforementioned reform has been carried out and, after it, judicial resolutions have also been issued that have involved their implementation and the verification or not of the necessary adaptation of the regulations to the practical reality that arises from their application.*

**PALABRAS CLAVES:** persona con discapacidad, medidas de apoyo, voluntad, autonomía, guarda de hecho, curatela, apoderamiento o mandatos preventivos, defensor judicial, asistencia, representación, compatibilidad medidas, control y salvaguardas.

**KEYWORDS:** *person with a disability, support measures, will, autonomy, de facto custody, conservatorship, power of attorney or preventive mandates, judicial defender, assistance, representation, compatibility measures, control and safeguards.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO Y EL DEFENSOR JUDICIAL. 1. LOS PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS. 2. LA AUTOCURATELA. A. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA AUTOCURATELA. B. ÁMBITO OBJETIVO DE ACTUACIÓN DE LA AUTOCURATELA. 3. EL DEFENSOR JUDICIAL.—III. LA CURATELA COMO MEDIDA DE APOYO FORMAL. 1. CONCEPTO, FINALIDAD Y CARACTERÍSTICAS DE LA CURATELA. 2. ÁMBITO DE ACTUACIÓN JURÍDICA DEL CURADOR: ESFERA PERSONAL Y ESFERA PATRIMONIAL. 3. REVISIÓN DE LAS MEDIDAS Y PUBLICIDAD DE LA CURATELA.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Han transcurrido casi tres años de la entrada en vigor de 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 concreto, el 3 de septiembre de 2024 se cumplirá dicho plazo) se ha constatado que, además del aumento del otorgamiento de medidas de apoyo preventivas (autocuratela, apoderamientos preventivos)<sup>1</sup>; existe una necesaria interrelación y compatibilidad entre las diferentes medidas de apoyo judiciales y voluntarias; se da importancia a la primacía a la voluntad, a los deseos de la persona con discapacidad, a lo que representa su ámbito de autonomía; y, la actuación de los jueces tanto en la revisión de las resoluciones judiciales como en las adopción de medidas de apoyo tras la reforma atienden a las circunstancias del caso, al entorno social y personal de la persona con discapacidad; al análisis de la situación concreta de la persona y a los principios de proporcionalidad, necesidad y mínima intervención (el llamado “traje a medida”). Si bien, lo expuesto, asimismo, se ha verificado el cierto recelo que en determinados ámbitos de actuación (comercial, asegurativo, financiero, e incluso sanitario) causa una medida de apoyo como es la guarda de hecho; precisamente, por su carácter informal. Lo que exige una mayor conciencia y conocimiento de lo que representa esta medida de apoyo en la población en general y en los ámbitos de actuación específicos citados, siendo el tercer sector clave en esta competencia.

Recordemos que la reforma de la regulación del Código Civil es la más extensa y de mayor calado y sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a



la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad frente a un modelo social. Para ello, se adoptan dos medidas de apoyo: por un lado, las voluntarias o preventivas, basadas en la voluntad de la persona y que se adoptan *ex ante* por el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo que, son: los poderes y mandatos preventivos y la autotutela; y, por otro, medidas legales o judiciales, cuando no se haya previsto por el interesado ninguna medida voluntaria o preventiva anticipadamente, pero resulte necesario adoptar una concreta medida de apoyo: la guarda de hecho, la tutela y el defensor judicial. Se propone, por tanto, un sistema plural de apoyos y medidas de protección para la persona con discapacidad, de acuerdo con los principios de subsidiariedad, necesidad, proporcionalidad y mínima intervención —apuntados en el párrafo anterior— de carácter alternativo y con el objeto de ofrecer una adecuado “traje a medida” que proteja o, en su caso, salvaguarde en un momento determinado y para concretos actos los intereses personales y patrimoniales de las personas<sup>2</sup>. Asimismo, se configura el régimen jurídico de la discapacidad —en especial de la discapacidad intelectual—, partiendo del reconocimiento de una capacidad jurídica en todas las personas y su ejercicio en igualdad de trato, tanto en la esfera personal como patrimonial, además de dotar de un protagonismo destacado, a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad en la adopción y el diseño de medidas de apoyo en el caso de ser necesarias y proporcionadas a las circunstancias personales de cada individuo. Solo excepcionalmente, se admite que una persona sustituya la voluntad de la persona con discapacidad en caso que no pueda expresar dicha voluntad, atendiendo a la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que han de tomarse en consideración con el fin de adoptar la decisión más adecuada para la persona con discapacidad y que hubiera tomado ella misma en caso de no requerir representación. La situación jurídica de la persona con discapacidad es la de un sujeto pleno de derecho al que no se puede privar, como a cualquier persona, de su capacidad jurídica y que puede necesitar medidas de apoyo dirigidas a ayudar a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Dichas medidas de apoyo puede ser voluntarias, esto es, establecidas por la propia persona con discapacidad en escritura pública (medidas voluntarias de apoyo) o en poderes o mandatos preventivos, o mediante la denominada autotutela (nombramiento de curador por la persona afectada), o, pueden establecerse en procedimientos *ad hoc* regulados en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) o en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). De todas formas, la propia Ley establece como medidas de apoyo, además de las voluntarias, unas medidas judiciales y formales como el curador y el defensor judicial, y una medida informal, el guardador de hecho; desapareciendo la figura del tutor para la persona con discapacidad.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2021<sup>3</sup> aplica por primera vez en un recurso de casación el régimen de provisión de apoyos judiciales introducido por la citada reforma y lleva a cabo una interpretación de la nueva normativa. En los términos de la resolución: “1. De la propia regulación, contenida en los artículos 249 y siguientes del Código Civil, así como del reseñado artículo 12 de la Convención, se extraen los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos: i. Es aplicable a las personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen de

una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica; ii. La finalidad de estas medidas de apoyo “es permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad” y han de estar “inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales; iii. Las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que solo se acordarán en defecto o insuficiencia de estas últimas; iv. No se precisa de ningún pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y v. La provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse a su voluntad, deseos y preferencias. 2. A la hora de llevar a cabo esta labor de juzgar sobre la procedencia de las medidas y su contenido, el juez necesariamente ha de tener en cuenta las directrices legales en el artículo 268 del Código Civil: las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben responder a las necesidades de la persona que las precise y ser proporcionadas a esta necesidad, han de respetar “la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica” y atender “en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias”. Además, en esta sentencia se resuelve el debate acerca de si es posible adoptar medidas de apoyo en contra de la voluntad de la persona con discapacidad y aunque, no se plantea, pero van correlativos, si ésta tiene derecho a equivocarse. Y en el presente caso, objeto de recurso, es muy significativo, pues, la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que, lleva asociado la falta de conciencia de la enfermedad. Además, no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, considera el Alto Tribunal sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esta degradación personal. En consecuencia con lo anterior, la Sala estima en parte el recurso de casación, en cuanto que deja sin efecto, la declaración de modificación de capacidad, sustituye la tutela por curatela esencialmente asistencial, consistente ésta en que la entidad designada como curadora realice, por una parte, los servicios de limpieza y orden de su casa, estando, para cumplir esta función autorizada a entrar en el domicilio con la periodicidad necesaria, y por otra asegurar la efectiva atención médico-asistencial del Sr. Dámaso en lo que respeta al trastorno que padece y lo que guarda directa relación con él. La designación de curador para el ejercicio de las reseñadas medidas de apoyo es el servicio competente de la Comunidad Autónoma de la Principado de Asturias y la medida se revisará cada seis meses.

En este caso, la sentencia de nuestro Alto Tribunal opera respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona que es la base sobre la que se sustenta la Ley, en el respeto de su autonomía y dignidad, además de la tutela de sus derechos fundamentales, pero también no prescinde de la necesaria protección que, se debe ofrece a quien se encuentra en situación de especial vulnerabilidad y no es consciente de ello; aunque ello suponga, operar pensando en lo que resulta mejor para su interés como persona y en cada caso concreto, pues, el Estado no ha de ser

neutral en la protección de las personas en general. Por lo que, pueden adoptarse medidas de apoyo en contra de la voluntad del afectado<sup>4</sup>.

Por tanto, de negarse a la prestación de apoyo, siendo respetuosos con que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y se atienda a su voluntad, deseos y preferencias en el ejercicio de su capacidad jurídica, no es menos cierto que, para el Alto Tribunal en casos excepcionales, además de incluir las medidas de apoyo funcionales representativas, podrá protegerse a la persona, dictándose por la autoridad judicial, además de las salvaguardas que se consideren pertinentes, la adopción de una medida de apoyo cuando resultase necesaria —máxime cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona en la que, por supuesto, se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración—. Ciertamente, pone de manifiesto el Tribunal Supremo que resulta significativo que, la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de la enfermedad<sup>5</sup>.

MARIN VELARDE define personas con discapacidad como: “aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que, al interactuar con barreras de diferente naturaleza, les impiden la plena participación en la sociedad y el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad”<sup>6</sup>. Por su parte, en el artículo 1 apartado segundo de la Convención se dispone que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”<sup>7</sup>. En nuestro ordenamiento jurídico anterior a la citada Convención, en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 1.2 reproducía la noción de la Convención, disponiendo que “son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales y sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”, añadiendo que “ello, no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%”.

A su vez, en el Preámbulo de la Convención de 2006 se indica que la discapacidad es “un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás”. Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba al Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social define en su artículo 2 a) la discapacidad como “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Y en su artículo 4.1 reproduce la noción de personas

con discapacidad contenida en el artículo 1.2 del citado Convenio. Y añade en su apartado segundo que "(...) se considera que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad". En este contexto, la Disposición Adicional cuarta del Código Civil indica que se entiende por discapacidad: "*La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica*".

En fin, aunque parece desprenderse de la Ley 8/2021 que ésta se dirige a toda persona que esté afectada por una discapacidad psíquica que, dificulte la formación plena de su voluntad; no es menos cierto que, la propia Ley también hace referencia a algunas discapacidades físicas o sensoriales que, necesitan concretas medidas de apoyo (así en materia testamentaria, vid., los artículos 697.1, 706, 708 y 709 del Código Civil)<sup>8</sup>.

Ahora bien, las medidas de apoyo necesarias para aquellas personas mayores de edad o menores emancipadas que, las precisen para ejercitar su capacidad jurídica, tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su actuación jurídica en condiciones de igualdad. Además, estarán inspiradas en el respeto a la dignidad de las personas y en la tutela de sus derechos fundamentales (artículo 249.1 del Código Civil). De ahí que, la adopción de medidas de apoyo solo proceda en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona que se trate<sup>9</sup>. Efectivamente, no toda discapacidad comporta la necesidad de adoptar una medida de apoyo y, en ocasiones no estamos ante un problema de apoyos, sino de asistencia social<sup>10</sup>. Solo en caso de ausencia o insuficiencia de voluntad y de entendimiento puede ser precisa una medida de apoyo, ya que, en otro caso, la persona afectada por la discapacidad puede dotarse, asimismo, de apoyos voluntarios. Se imponer siempre en estos casos el máximo respeto a su voluntad y, autonomía<sup>11</sup>. Cuando no se trate de medidas de apoyo en los términos descritos en el artículo 249 del Código Civil, estamos ante ajustes razonables o mecanismos o instrumentos útiles para ayudar a la persona con discapacidad en la expresión de su voluntad (lectura fácil, pictogramas, intérpretes, facilitador). Si se comparece ante Notario, sin medidas de apoyo voluntarias y judiciales, además del juicio de capacidad que dicho fedatario público debe realizar, se podrá valer de los ajustes razonable descritos en el artículo 25 de la Ley del Notario para facilitar el conocimiento de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. En la Circular Informativa 3/2021, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con dis-

capacidad (p.4) indica que es conveniente que se levante acta, con carácter previo al otorgamiento, en la que se refleje los posibles informes sociales o documentos complementarios, la colaboración o apoyo para que la propia persona con discapacidad desarrolle su propio proceso de toma de decisiones; y también se puede reflejar la actuación del guardador de hecho meramente asistencial (ayudando y aconsejando a la persona con discapacidad). Por su parte, el juicio de capacidad del Notario se incorpora al documento notarial principal.

En este contexto, las medidas de apoyo de origen legal o judicial y voluntarias tendrán una operatividad subsidiaria y por ello, solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona con discapacidad. Por tanto, en la nueva regulación, se otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas (voluntarias), esto es, a las que puede tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, las cuales han de prevalecer; una vez, constatada la necesidad de apoyo. Ciertamente, la voluntad de la persona con discapacidad constituye la base fundamental sobre la que se sustenta el diseño de los modelos de apoyo<sup>12</sup>.

En todo caso, las instituciones jurídicas de apoyo, legales o judiciales, que precisen las personas para el ejercicio de su capacidad jurídica, son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. El guardador de hecho es una medida informal de apoyo que, puede continuar en el desempeño de su función, aun cuando halla medidas voluntarias o judiciales que, no se estén aplicando eficazmente (artículo 263 del Código Civil) —principio de mínima intervención—.

Por el contrario, la curatela representa una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado, estable y con cierta permanencia<sup>13</sup> y como medida subsidiaria, que entrará en escena en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona necesitada de apoyo<sup>14</sup>.

Su extensión vendrá fijada en la correspondiente resolución judicial atendiendo a la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y a sus necesidades de apoyo (contenido flexible). Es objeto de una regulación más detallada y constituye la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad, en sustitución de la tutela que, solo se aplica a los menores de edad no emancipados.

El nombramiento de defensor judicial también definida como medida formal de apoyo, procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente; o en caso de situación de conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que precisa apoyo.

Sobre tales bases, procede indicar que, entretanto no se adapte el Código Civil de Cataluña a la Convención de Nueva York de 2006 con la aprobación, por parte del Parlament de Catalunya, de los textos legales que implanten un nuevo régimen y la caracterización de las instituciones de apoyo a las personas con discapacidad, se establece un régimen transitorio con el objeto de dar respuesta a las necesidades surgidas una vez desaparecida la modificación judicial de la capacidad y estructurado el modelo procedimental en el derecho de las personas al apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. De ahí, la aprobación del Real Decreto-Ley 19/2021, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad. A partir de la entrada en vigor de este Decreto-Ley la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada ya no se pueden constituir en relación a las personas mayores de edad. Se

les aplicará, si procede, el régimen de la asistencia (artículos 226-1 a 226-7). De ahí que, en tanto, no se produzca la futura reforma del conjunto de instituciones de protección de la persona, la tutela y la curatela se aplicarán sólo a las personas menores de edad, sin perjuicio de que el régimen legal del cargo de la tutela resulte aplicable supletoriamente a la asistencia en todo aquello que no se oponga al régimen propio de esta. Por lo que, una vez que, concluyan los trabajos en curso, se ordenará definitivamente las instituciones de apoyo y protección de las personas con discapacidad de acuerdo con el nuevo concepto de capacidad jurídica. Si bien, con la finalidad de hacer efectivo este proceso, la disposición final segunda ordena al Gobierno que, en el plazo de doce meses, un proyecto de ley en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica.

El Real Decreto regula como medida de apoyo la asistencia que se configura como “un instrumento de apoyo flexible y que abarque la diversidad de situaciones en las que una persona con discapacidad puede requerir un apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica”<sup>15</sup>. La tutela y la curatela persisten para los menores de edad. Asimismo, establece que no pueden constituirse ni la tutela, ni la curatela, ni la potestad prorrogada o rehabilitada, pero no deroga los preceptos contenidos en el capítulo I “Disposiciones comunes; capítulo II “La tutela” y capítulo III “La curatela” pese a que ya no pueden constituirse estas instituciones, ni la sección V del capítulo VI del Título III “La prórroga y la rehabilitación de la potestad parental”. En la Disposición Final tercera y en relación a la normativa vigente dispone que “todas las referencias que la normativa vigente realice a la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada para personas mayores de edad, debe entenderse que se realizan al nuevo régimen de medidas de apoyo a las personas con discapacidad que establece este Decreto-Ley”. Hay una regulación por remisión, debiendo ser la autoridad judicial la que, en tanto el legislador catalán no aborde una modificación integral y completa de esta materia, integre, adapte y complete todo el régimen jurídico de la asistencia en coherencia con el espíritu de la reforma. En la actualidad, se está elaborando por la Comisión de Codificación de Cataluña una propuesta de modificación del Código Civil de Cataluña en materia de discapacidad<sup>16</sup>.

Pues, bien, en este contexto normativo, en el ordenamiento común las medidas de apoyo operan sobre una base asistencial, procurando que la persona con discapacidad pueda participar en el propio proceso de toma de decisiones, siendo necesario para ello que, se le informe adecuadamente, se le ayude a la comprensión de la misma y se facilite la forma de expresar sus deseos, preferencias y voluntad. Solo en casos excepcionales, podrán asumir funciones representativas, cuando no sea posible que la persona con discapacidad pueda participar en la toma de decisiones, al no ser posible determinar su voluntad, deseos y preferencias. En este caso, en el ejercicio de esas funciones representativas se deberá, además, tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores o circunstancias que, ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la propia persona en caso de no requerir representación<sup>17</sup>. Se está pensando en esta última situación en personas que, no son capaces de expresar su voluntad o tomar decisiones con un mínimo entendimiento y voluntad. Estamos ante supuestos no sólo de discapacidad psíquica (enfermedades neurodegenerativas —alzheimer, demencia senil,

parkinson—), sino también discapacidades físicas inhabilitantes de la persona en el desarrollo de su vida cotidiana (enfermedad de ELA —que paraliza progresivamente a la persona). De todas formas, aunque se parte de una participación en la toma de decisiones de la persona con discapacidad; no obstante, existen situaciones que podemos calificar como “intermedias” entre lo que se ha conocido hasta ahora como una modificación de la capacidad total y una modificación de la capacidad parcial, aunque quizá más cercanas a ésta —en lo que representa una limitación parcial para actuar—; que, exigirían, precisamente, una asistencia o ayuda en el ámbito personal o patrimonial o en ambos, bien de manera ocasional o con cierta estabilidad en el tiempo y que, a falta de medidas voluntarias adoptadas por la persona con discapacidad, determinarán antes que el nombramiento de un curador; el de un defensor judicial o guardador de hecho como medidas de apoyo informal o formal respectivamente (precisamente, sería aquellas situaciones derivadas de tratamientos oncológicos o de una fase inicial de enfermedades neurodegenerativas o de carácter físico que van a tener previsiblemente una evolución negativa en el futuro)<sup>18</sup>.

Como hemos señalado, la función de las instituciones de apoyo, como regla general, consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias y su participación en la toma de decisiones que le afecte; lo que resulta esencial, por lo que, la capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de derechos (capacidad jurídica) y la posibilidad de ejercitar las relaciones de la que es titular (capacidad de obrar), esto es, la dimensión estática (capacidad jurídica en sentido técnico restringido) y la dimensión dinámica (capacidad de obrar)<sup>19</sup>. En todo caso, todas las medidas de apoyo deberán ajustarse a los principios de necesidad, de proporcionalidad y mínima intervención<sup>20</sup>.

En este contexto, y atendiendo a tales principios se prevé que, si una persona se encuentra en una situación que exige un apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y se constata que es urgente la actuación, y no tiene un guardador de hecho como medida de apoyo, éste lo prestará de modo provisional, la entidad pública que en el respectivo territorio tenga la protección de mayores. En todo caso, la entidad deberá poner este hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas (artículo 253 del Código Civil).

Sobre tales bases, procede indicar que, en esta regulación también se elimina del ámbito de la discapacidad, tanto la tutela como la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada. Es, por ello, que en la nueva regulación se ha considerado más prudente establecer que, cuando el hijo el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad, se le presten los apoyos, que necesite del mismo modo y por el mismo medio, que se aplique a cualquier otro adulto que los requiera. En este caso, se podrá nombrar a los padres (progenitores) como curadores o como guardadores de hecho.

Así estas medidas se adoptarán, en todo caso, dando participación al menor en el proceso y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias (artículo 254 del Código Civil). Por tanto, estarán legitimados para solicitar la adopción de medidas de apoyo el menor —con dieciséis años, pues, debe hacerlo en los dos años anteriores a la mayoría de edad—, los progenitores, el tutor, y el Ministerio Fiscal, estos también deberán solicitarlo dos años antes que, el menor llegue a la mayo-

ría de edad y serán eficaces, una vez, alcanzada ésta, mientras tanto está sujeto a patria potestad o tutela. No obstante, estas medidas puede haberlas adoptado el mayor de dieciséis años e, igualmente, que surtirán efecto, alcanzada la mayoría de edad. Se trata de medidas voluntarias de apoyo adoptadas por el mayor de dieciséis años se entiende, a falta de mención que, puede concretarlas en documento público o privado. Si bien, como veremos, no podrá exigir el nombramiento de curador (autocuratela); ni tampoco podrá otorgar apoderamientos y mandatos preventivos. De todas formas, habrá situaciones en las que, como hemos indicado, los progenitores sean nombrados curadores con facultades representativas, solicitando la aplicación de tal medida dos años antes alcanzar el hijo/a la mayoría de edad, al padecer éstos una discapacidad física o psíquica que existente en el momento actual y que persistirá al alcanzar la mayoría de edad (pensemos en un hijo/a con parálisis cerebral desde el nacimiento y sin posibilidad de mejora o recuperación)<sup>21</sup>.

En este contexto, procede señalar en una concepción global (holística) que, la reforma del Código Civil en materia de discapacidad está basada en el respeto a la voluntad, deseos y las preferencias de la persona con discapacidad. Por lo que, además de este eje central que constituye la autonomía de la voluntad y la autodeterminación del individuo en su máxima expresión y sobre la que opera todo “el modelo social” de tratamiento de la discapacidad y no paternalista sobre el que descansa la Convención; existe otro eje también fundamental en su configuración como son las medidas de apoyo. Estas deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales y actuar atendiendo a tal voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. En todo caso, la función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso —personal o patrimonial—, respetando su voluntad, deseos y preferencias. Por lo que, en casos excepcionales, cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. Todas las medidas de apoyo deberán ajustarse a los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima intervención y, se dará prioridad a las medidas voluntarias (poderes y mandatos preventivos, autocuratela, acuerdos de apoyo), a las legales y judiciales, en una suerte de “desjudicialización del sistema”, además de en esta línea, fijarse como regla general acudir previamente a la jurisdicción voluntaria, en concreto, el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad previsto en el artículo 42 bis de la LJV<sup>22</sup>.

Como señala la sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona, sección 18ª, de 15 de septiembre de 2021<sup>23</sup> “se busca asegurar la igualdad de las condicio-



nes lo que, implica remover las barreras que impidan a estas personas ejercer sus derechos, mediante apoyos y salvaguarda, a partir del respeto a su voluntad, deseos y preferencias, también en la fijación de medidas de apoyo. Por tanto, no cabe imponer (salvo en casos muy excepcionales) una determinada conducta, ni puede concebirse el apoyo como instrumento para que las personas con discapacidad “deseen” o “desarrollen” las mismas capacidades naturales que otras personas o se alineen con un determinado desiderátum social o proyecto vital. No hay un referente social comparativo, un estándar de conducta, no se puede tratar diferente a la persona discapacitada que a las demás. Sin perjuicio de la deseable inclusión y la aceptación plena de sus diferencias por parte de la sociedad y que ésta deba promover en todos sus ámbitos la igualdad de oportunidades en la participación social, una sentencia judicial que establezca apoyos no lo puede hacer ya en la perspectiva paternalista o médico-asistencial de velar por la persona afectada y promover su desarrollo, sino que debe partir de la capacidad natural y del proyecto vital ya existente (o de su falta) y respetar la libertad, mientras responda a una voluntad bien conformada y no perjudique a terceros. La capacidad de cada persona configura la medida de su libertad y de su voluntad, sin que valga un referente genérico y las limitaciones a la libertad son las aceptables en el seno de una sociedad democrática, conforme al CEDH y la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo. (...) por lo que, en este contexto, la regla básica ha de ser que, en todo lo que no esté determinado judicialmente como necesitado de apoyos, la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica, lo que obliga a la Sala a concretar el elenco de situaciones posibles en las que deberá apoyar a la persona con discapacidad el asistente. El Tribunal Supremo habla de un “traje a medida” y la doctrina apunta a que el juez ha de valorar “las habilidades funcionales de la persona en relación con el diagnóstico y síntomas de su enfermedad, así como las repercusiones que éstas tengan en las distintas dimensiones de su vida social y jurídica. (...) Se trata de que pueda ejercer su capacidad jurídica con total garantía de seguridad, revisando cada cierto tiempo si el apoyo así lo permite. Y para elaborar esa “traje a medida” hay que conocer muy bien la situación de esa concreta persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda, si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de su vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales y patrimoniales y en qué medida precisa de una protección y ayuda”.

Pues bien, en este breve *excursus* sobre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, procede, asimismo, señalar que, el que disponga de bienes a título gratuito en favor de una persona necesitada de apoyo podrá establecer las reglas de administración y disposición de aquellos, así como designar la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades. Igualmente, podrá establecer los órganos de control y supervisión que estime convenientes para el ejercicio de tales facultades y su funcionamiento. Las facultades no conferidas al administrador corresponderán al favorecido, que las ejercerá, si fuera necesario, con el apoyo que proceda y lo tuviera nombrado, si no se debería proceder a ello (artículo 252 del Código Civil). Por lo que su actuación es subsidiaria; en todo lo no atribuido al administrador o administradores nombrados por el donante. En todo caso, la actuación del administrador o admi-

nistradores alcanza a las reglas de administración y disposición de los bienes —se entiende de administración extraordinaria, enajenación y gravamen—; no a los actos de administración ordinaria que puede ejercerlos la persona con discapacidad (donataria) por sí solo, o, si fuera preciso y necesario, con el apoyo asignado.

Y, por su parte, el artículo 9.6 del Código Civil entiende que, la ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será el de su residencia habitual. En el caso de residencia en otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de apoyo acordadas en otros Estados. No obstante, será de aplicación la ley española en la adopción de medidas provisionales o urgentes.

En la actualidad, también se ha procedido a reformar el artículo 49 de la Constitución española para adaptarlo a la Convención de 2006 disponiendo “1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por la ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio. 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión sociales de las personas con discapacidad en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad”. Ciertamente, lo que se supone una simple modificación terminológica de sustituir disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos por personas con discapacidad. Se ha añadido un segundo apartado relativo a las mujeres y menores con discapacidad como colectivos especiales; lo que no se entiende muy bien su inclusión, ya que los poderes públicos tienen el deber y obligación de proteger a todas las personas con discapacidad y de tratarlos en pie de igualdad con las demás personas.

De todas formas, la nueva regulación ha supuesto un cambio de mentalidad en torno al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad y un notable avance en su situación, al dotarlas de plena autonomía en su actuación frente a la negativa sobre la que descansaba el sistema jurídico anterior. No obstante, hay que apreciar que, en estos casi tres años de vigencia de la Ley este cambio de enfoque jurídico, social y, económico no se ha implementado en su totalidad y queda aún mucho por hacer: así se aprecia una necesidad de ofrecer información y conocimiento de lo que supone esta reforma a la población en general (con la implicación del tercer sector); la continua formación de operadores jurídicos; tomar en consideración la suficiencia y adecuación de medidas de apoyo como la guarda de hecho; la importancia de la autonomía de la persona, voluntad, deseos y preferencias y su trayectoria vital como hemos indicado, operativa en todas las esferas de su vida ordinaria (personas y patrimonial). Además de atenderse al principio de mínima intervención, necesidad y proporcionalidad y a las circunstancias que rodean a la persona. Lo que se conoce como “traje a medida”; y, dar plena operatividad a los ajustes razonables, no sólo en lo que implica la accesibilidad, sino la intervención en los expedientes de jurisdicción voluntaria, siendo de especial importancia la labor de los facilitadores —de ahí, la modificación del artículo 7 bis de la LJV por el artículo 107 del Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre<sup>24</sup>.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la operatividad de las medidas de apoyo tanto voluntarias, como formales y judiciales y las informales como la guarda de hecho en cuanto medida de apoyo informal en los que representa sus diferentes ámbitos de actuación tras tres años de vigencia de la Ley 8/2021; asimismo, en las dificultades de aplicación y admisión en determinados ámbitos de la figura de la guarda de hecho; una tendencia hacia la adopción de la curatela como medida de apoyo con funciones representativas sobre todo cuando la persona con discapacidad no puede expresar su voluntad, deseos y preferencias; y, en fin, en la necesaria interrelación o compatibilidad entre las diferentes medidas de apoyo como así lo establecen dos sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2023 en relación con la guarda de hecho y la curatela.

## II. MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO Y EL DEFENSOR JUDICIAL.

El artículo 250 apartado tercero del Código Civil dispone que: *“Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona”*.

Como destaca ALVENTOSA DEL RÍO “suponen una precisión que realiza una persona con discapacidad o que prevé que pueda llegar a padecer alguna causa de discapacidad o, alguna circunstancia que pueda dificultar el ejercicio de su capacidad jurídica, sobre las medidas de apoyo que desea se le apliquen en caso de necesitar dicho apoyo”<sup>25</sup>. De forma que, puede dotarse de medidas voluntarias las personas afectadas por una discapacidad<sup>26</sup>.

Ahora bien, estos apoyos voluntarios se caracterizan por su atipicidad. El Código Civil regula los mandatos o apoderamientos preventivos, pero también deja al arbitrio de la persona interesada la determinación del apoyo y el alcance que deba tener; de forma que, se permite a la persona con discapacidad que se haga su propio “traje a medida”.

Ciertamente, la indeterminación de estas medidas responde a la necesidad que se ajusten a la voluntad, deseos y preferencia de la persona con discapacidad, correspondiendo al notario concretar esa voluntad y los medios adecuados para llevarla a efecto.

Por su parte, en la Circular Informativa 3/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad (p. 6): Estas medidas voluntarias por su propia naturaleza pueden ser variadas. Así: pueden ser relativas al cuidado de la persona u operar solo en el ámbito patrimonial, o ser aplicables a ambos campos de actuación; de carácter esporádico o de aplicación continuada; temporales, revisables y permanentes; por su alcance o valor: de naturaleza orientativa o de prestación o consejo; instrucciones de apoyo informales; instrumentales para acompañarla a ciertos actos, de lo que no es más que un ejemplo, el artículo 25 de

la Ley del Notariado o el “facilitador” del artículo 7 bis de la LJV; y, de prestación de asentimiento o de naturaleza representativa.

Ahora bien, el artículo 255 apartado primero del Código Civil manifiesta que: *“Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes”*. Así pueden otorgarlas los mayores de edad (artículo 240 del Código civil); y los menores emancipados, esto es, los menores de edad mayores de 16 años que, hayan obtenido la emancipación por concesión de quien ejerce la patria potestad (artículos 239.1 y 241 del Código Civil); por concesión judicial (artículos 239.3 y 244 del Código Civil); lo que vivan de forma independiente de sus padres con el consentimiento de éstos (artículo 243 del Código Civil); y los que han obtenido el beneficio de la mayoría de edad, pues, se les aplica el mismo régimen que al menor emancipado (artículos 245 y 247.3 del Código Civil).

No tienen aptitud para otorgar estas medidas, los menores de edad no emancipados: sin embargo, el Código Civil permite en su artículo 254: *“Cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán si el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad. En otro caso se dará participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias”*. Sobre esta base legal, se permite al menor de edad no emancipado establecer medidas de apoyo anticipadamente y en escritura pública, siendo eficaces cuando alcance la mayoría de edad, si, precisamente, precisa apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. El contenido de dichas previsiones (medidas voluntarias) puede incluir el nombramiento de las personas que haya de prestar apoyo, régimen actuación y alcance, mecanismos de control y salvaguarda y revisión<sup>27</sup>. Se trata de medidas de apoyo voluntarias dispuestas *ad hoc* por el menor mayor de dieciséis años; sin que de ello se derive que pueden otorgar documento de autocratela, ni mandatos o apoderamiento preventivos, pues, éstos exigen la mayoría de edad y emancipación<sup>28</sup>.

Si no se hace ninguna previsión por parte del menor mayor de 16 años, atendiendo al precepto se prevé que, las otorguen, los progenitores, tutor o Ministerio Fiscal, si lo estiman necesario, en los dos años anteriores a la mayoría de edad del menor y, con eficacia cuando alcance ésta.

En este contexto, tal como establece el citado artículo 255 apartados 1, 2 y 3, las medidas de apoyo voluntarias podrán contener medidas atinentes a la esfera personal y patrimonial de la persona que necesite apoyo, la persona que ha de ejercer la medida de apoyo, su régimen de actuación, el contenido de las facultades, las medidas u órganos de control, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas y, plazos de revisión de las medidas de apoyo establecidas. Habrán de otorgarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Civil, estando obligado el Notario autorizante a comunicar de

oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo para su constancia en el registro individual del otorgante.

#### 1. LOS PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS.

Los poderes preventivos se han conceptualizado como negocios jurídicos de apoderamiento que responden a la voluntad de una persona (poderdante o mandante) que en previsión de una futura situación de pérdida —más o menos acusada— de su capacidad, dispone facultar a otra u otras personas para actuar válidamente en su nombre en distintos ámbitos. Constituyen así un medio o mecanismo de protección de los intereses (personales y patrimoniales) de una persona ante un eventual supuesto de pérdida sobrevenida de capacidad, tal y como, ya antes de la reforma, se había puesto de relieve por los juzgados y tribunales, admitidos por el artículo 1732 del Código Civil (modificado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), y se regulaba, por ejemplo, en el artículo 222-2 del Código Civil de Cataluña.

Al tiempo del otorgamiento de la escritura de apoderamiento preventivo, el notario autorizante debe valorar si el poderdante está afectado, o podría estar afectado en el futuro, por discapacidad y mediante tal apoderamiento prevé el otorgante cómo habría de actuarse en tales supuestos; algo que quedará reflejado en dicha escritura de apoderamiento para cuya autorización el notario necesariamente ha de valorar su capacidad y prestarle el apoyo necesario para desplegar ese margen de autonomía, previsión y autorregulación personal que, ya existente con anterioridad, ha sido sustancialmente ampliado por la entrada en vigor de la Ley 8/2021. Por tanto, esa decisión y previsión derivada de una autonomía personal legalmente reconocida, con previsión de las medidas complementarias para tener en cuenta en la operativa futura del poder conferido, es algo que sin duda alguna debe ser protegido y salvaguardado. Los poderes preventivos son instrumentos adecuados de prevención ante la aparición de la discapacidad o enfermedad degenerativa sin pasar por el juzgado y por tanto, de una manera mucho más rápida y económica.

En el nuevo régimen legal resultante de la reforma operada por la Ley 8/2021, los poderes y mandatos preventivos se configuran como categoría particular de las medidas voluntarias de apoyo a las personas con discapacidad, diferenciando entre las dos modalidades de poderes preventivos que se venían utilizando en la práctica: los poderes en los que el poderdante incluye una cláusula de subsistencia del poder si en el futuro precisara apoyo en el ejercicio de su capacidad (poder prorrogado), así como los poderes otorgados por una persona sólo para el supuesto de que en el futuro precisare apoyo en el ejercicio de su capacidad (poder de protección). En relación con esta segunda modalidad de poderes preventivos (los que doctrinalmente se han considerado más propiamente como tales poderes preventivos), para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante, con posibilidad de que el cumplimiento de estas se garantice mediante acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial al respecto<sup>29</sup>. Y ambas modalidades de poderes preventivos se mantendrán vigentes aun cuando se constituyan otras medidas de apoyo distintas, y habrán de constituirse necesariamente en escritura pública, siendo

comunicados por el notario autorizante al Registro Civil competente (artículos 256 y 257 del Código Civil). Puede ser otorgado por cualquier persona mayor de edad o menor emancipado y ha de realizarse en escritura pública ante Notario que, será el encargado de emitir el juicio de capacidad. Nada se dice sobre el apoderado de la persona con discapacidad. La doctrina entiende que pueden ser personas físicas como jurídicas y además exigen la concurrencia de dos presupuestos legales: 1. Que el otorgante se encuentre en situación de necesitar apoyo; y, 2. La concurrencia en el futuro de circunstancias que puedan dificultar al poderdante el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás<sup>30</sup>.

Por lo demás, el vigente artículo 259 del Código Civil establece que: “Cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto y, en ambos casos, comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa”.

Ahora bien, la disposición transitoria tercera de la Ley 8/2021 establece que: “Los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley quedarán sujetos a esta. No obstante, cuando, en virtud del artículo 259, se apliquen al apoderado las reglas establecidas para la curatela, quedarán excluidas las correspondientes a los artículos 284 a 290 del Código Civil”.

Como ha puesto de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2021, con cita de las Sentencias de 20 y 22 de noviembre de 2018: “1. Corresponde al notario emitir un juicio de suficiencia de las facultades de representación, con una reseña del documento auténtico del que resulta la representación, que debe ser congruente con el negocio jurídico representativo. Y la función del registrador es calificar la existencia de esta reseña y del juicio notarial de suficiencia, así como su congruencia con el negocio jurídico otorgado, 2. La valoración de la suficiencia de las facultades de representación del otorgante de la escritura le corresponde al notario autorizante de la escritura, sin que el registrador pueda revisar dicho juicio de suficiencia, en la medida en que resulte congruente con el contenido del título al que se refiere; 3. Para emitir ese juicio de suficiencia, el notario autorizante ha de examinar la existencia, validez y vigencia del poder del que resulta la legitimación. Y en la escritura o el título otorgado, el notario debe dejar constancia expresa de que ha cumplido esa obligación, es decir, que ha comprobado la validez y vigencia del poder, además de realizar una “reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada”.»

Igualmente, según las mismas Sentencias “conforme al tenor del artículo 98.2 de la Ley 24/2001, el registrador no puede revisar el juicio de validez y vigencia del poder realizado por el notario autorizante, pues limita la calificación registral “a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación””.

Ciertamente, al tratarse de un poder preventivo debe tenerse en cuenta que, como antes se ha apuntado, para acreditar que se ha producido la situación de

necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante, como establece el artículo 257 del Código Civil respecto del poder otorgado solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad, según el cual “para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido”.

Por ello, partiendo de la presunción de plena capacidad y autogobierno de las personas, en los supuestos en que no exista una resolución judicial que declare la situación de discapacidad y, sin embargo, el poder preventivo deba ser aplicado, el notario debe indagar en cada caso concreto la especial situación en que se encuentre la persona afectada de una eventual discapacidad, con la posibilidad de comparecencia de esta persona si, según las circunstancias, es precisa para que el notario realice el control que legalmente tiene encomendado.

En todo caso, para la realización de ese control, será necesaria la exhibición de un certificado médico (de fecha próxima al negocio jurídico en el que se va utilizar dicho poder preventivo), o el uso de cualquier otro medio admitido en derecho que permita al notario concluir que el poderdante ha devenido en una situación de necesidad de apoyo, o de que se cumplen las previsiones del poderdante con respeto a su voluntad expresada, de modo que si, incluso tras esto, no quedara lo suficientemente claro dicho extremo, deberá el notario proceder con arreglo a lo prevenido en el artículo 257 del Código Civil, levantando acta notarial, si fuera preciso, que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido o cualquier otro documento en que se base dicho juicio.

El legislador ha convertido al notario en garante del cumplimiento de las previsiones del poderdante, de modo que, las comprobaciones que realice para indagar si se están cumpliendo dichas previsiones deberán constar en la escritura en la que se otorgue el negocio jurídico con la suficiente claridad que permita inferir que estos extremos han sido cumplidos<sup>31</sup>.

Finalmente, respecto a lo que representa su contenido, el poderdante podrá establecer medidas personales y patrimoniales; y más concretamente, como señala el artículo 258 apartado tercero del Código Civil además de las facultades que otorgue al apoderado, las medidas u órganos de control que estime oportuno, condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Podrá también prever formas específicas de extinción del poder. Y, en fin, se podrá ejercer por el apoderado funciones asistenciales y representativas y, respecto de estas últimas, el artículo 261 del Código Civil su ejercicio será personal, sin perjuicio de la posibilidad de encomendar la realización de uno o varios actos concretos a terceras personas. Aquellas facultades que tengan por objeto la protección de la persona no serán delegables.

## 2. LA AUTOCURATELA.

ESCARTÍN IPIÉNS la define como “una declaración de voluntad del mismo potencial beneficiario, una persona física, mayor de edad, menor emancipado (ar-

título 269 del Código Civil) o habilitado de edad (artículo 244 del Código Civil), que en previsión que se produzca una eventual y futura situación de discapacidad (artículo 248 del Código Civil) que requiera un apoyo continuado (artículo 249 del Código Civil), propone la curatela como medida de apoyo necesaria para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, desarrollo pleno de su personalidad y en condiciones de igualdad (artículo 248 del Código Civil)<sup>32</sup>. Para la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2021<sup>33</sup> estamos “ante una manifestación del principio de autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la dignidad humana reconocidos por el artículo 10 de la Constitución Española, que faculta a una persona mayor de edad o menor emancipada para designar la persona que ejerza la función de curador o incluso excluir alguna o algunas del ejercicio del cargo”.

Ciertamente, a autocuratela como plasmación del principio de autonomía de la voluntad y de la dignidad de la persona representa aquel documento público —escritura pública notarial— otorgado por persona mayor de edad o menor emancipada que en previsión de necesitar apoyo en un futuro para el ejercicio de su capacidad jurídica propone anticipadamente el nombramiento o exclusión de una o varias personas como curadores, además de establecer las reglas de su funcionamiento, actuación en la esfera personal o patrimonial —actos de disposición y administración— del curatelado, su retribución, la obligación de hacer inventario, en su caso, prestar fianza y, en fin, las medidas de vigilancia y control que, estime necesarias como las personas que han de ocupar tales órganos.

Ahora bien, al igual que los apoderamientos o mandatos preventivos existe una base negocial en la autocuratela y, su calificación como negocio jurídico de familia. Sobre tal base negocial podemos señalar como caracteres del mismo los siguientes: unilateral, recepticio, personalísimo, *inter vivos*, gratuito, solemne, revocable y revisable, principal, familiar y típico<sup>34</sup>.

Representa la expresión de sus deseos, voluntad, preferencias y propuestas respecto de su cuidado y asistencia personal como en lo relativo a la gestión de su patrimonio<sup>35</sup>.

Supone el reconocimiento de la dignidad de la persona que, comprende la facultad de autorregulación que, el Código Civil concede a todo mayor de edad o menor emancipado para autorregular la medida de apoyo judicial que, puede en un futuro fijarse como medida asistencial y excepcionalmente representativa cuando el ejercicio de su capacidad jurídica lo exija como persona con discapacidad. En esencia, la “autodelación” del curador y, la persona con discapacidad se convierte en el protagonista de su propia existencia, de adoptar aquellas decisiones más trascendentes que, marcarán su curso vital, segundo sus deseos, sentimientos en la medida que quedan satisfechos y su voluntad.

Quien mejor que uno mismo para saber cómo autoprotegerse y para saber quién es la persona más adecuada para asistirle o, excepcionalmente, representarle y cuidarle cuando necesite una medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Ciertamente, estamos una declaración de voluntad que vincula a la autoridad judicial y en el que la futura persona con discapacidad decide quién será su eventual curador; asimismo concretará su funcionamiento, actuación y alcance —esfera personal o patrimonial o ambas—; si bien, todo ello predeterminado por



la extensión y límites de la resolución judicial que, constituya la curatela como medida de apoyo; y con los controles y medidas de vigilancia que, el propio interesado haya establecido en protección de su situación jurídica y que, exige escritura pública ante notario.

A. *Ámbito subjetivo de la autocuratela.*

En lo que representa la persona del curador apenas suscita problemas que, no se encuentran resuelto en la regulación general de la curatela.

El artículo 275.1 del Código Civil indica que podrán ser curadores las personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, sean aptas para el adecuado desempeño de su función, quedan, por tanto, excluidos sobre la exigencia de capacidad de obrar plena, los menores de edad emancipados y los menores de edad no emancipados. Además, de plena capacidad de obrar, se exige que tenga aptitud para el ejercicio del cargo de curador, además de acreditada solvencia y experiencia y, no deben incurrir en causa de inhabilidad. Así, conforme al artículo 275.2 del citado cuerpo legal no pueden ser curadores: 1º. Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo; 2º. Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección; 3º. Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior.

En todo caso, la autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas enumeradas en el artículo 275.3 del Código Civil. Tampoco, conforme establece el artículo 250 apartado 8 del citado cuerpo legal, podrán ser curadores quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que, precisa el apoyo.

Por regla general, puede ser curador una persona física (curatela unipersonal). No obstante, se puede proponer el nombramiento de más de un curador (pluralidad de curadores). En particular, podrán separarse como cargos distintos el curador de persona (curador personal) y el curador del patrimonio (curador real) (artículo 277 del Código Civil). Asimismo, se puede convenir el modo de funcionamiento o actuación (conjunto, mancomunado, solidario o subsidiario) y con qué alcance. Así se puede prever que operen de forma mancomunada y los acuerdos se tomen por mayoría, o de forma solidaria y se exija la unanimidad de todos los curadores. También se puede plantear su actuación simultánea o sucesiva.

Ahora bien, si se proponen el nombramiento de sustitutos al curador y no se concreta el orden de la sustitución, si se ha hecho en diferentes documentos públicos se optará por el propuesto en el último documento; si se propone varios en el mismo documento, será preferido el propuesto en primer lugar (artículo 273 del Código Civil)<sup>36</sup>.

En todo caso, se puede delegar en el cónyuge o en otra persona la elección de curador de entre los nombrados en escritura pública por la persona interesada (artículo 274 del Código Civil). No obstante, solo la elección de curador, no su nombramiento. En cuanto al alcance de tal elección, una tendencia mayoritaria se orienta a que el cónyuge puede designar a cualquier persona, siempre que no

haya separación o divorcio en línea con lo previsto en el artículo 258.2 del Código Civil para los poderes preventivos. Ahora bien, si la elección recae en otra persona, solo puede designar a alguno de los relacionados en escritura pública<sup>37</sup>. De todas formas, dicha delegación puede tener lugar en la misma escritura pública de autotutelada o en otra escritura pública posterior, aunque lo habitual sea la primera opción.

Además de curador persona física, podrán ser curadores personas jurídicas, en concreto como establece el artículo 275.1 párrafo segundo las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

En todo caso, se pueden llevar a cabo designaciones simultáneas o sucesivas de diversas personas jurídicas de las que permite el artículo 275.1.

Por otra parte, en la escritura pública de autotutelada el otorgante puede excluir a determinadas personas físicas (hijos, cónyuge u otros parientes, o terceros), o a una determinada institución pública o privada del cargo de curador<sup>38</sup>. O no nombrarse por el juez a quien tenga un conflicto de intereses con la persona del autotutelado<sup>39</sup>.

En cuanto a la persona que puede otorgarlo, cualquier persona mayor de edad o menor emancipado, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que, puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador (artículo 271 del Código Civil)<sup>40</sup>.

En este contexto, recordemos que, el artículo 254 del Código Civil se refiere a la previsión medidas de apoyo relativas a su persona o bienes que, puede hacer cualquier persona mayor de dieciséis años —no mayor de edad o menor emancipada—, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, puede establecer medidas de apoyo para cuando alcance su mayoría de edad, y establecer, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo. No obstante, lo dispuesto en este precepto, no podrá otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador; pues, se exige una capacidad determinada en ambos supuestos (mayor de edad o menor emancipado). No parece que, en principio, el legislador haya querido excepcionar la capacidad para otorgar ambos documentos para este supuesto, pues, hubiera realizado al respecto una salvedad; pero tampoco lo ha excluido expresamente, simplemente se refiere al hecho que tal mayor de dieciséis años pueda hacer sus propias previsiones (medidas de apoyo) que, serán efectivas una vez alcance la mayoría de edad y se constate que, cuando alcance tal edad, precisará de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>41</sup>.

En todo caso, se podrán proponer por el mayor de dieciséis años otras medidas voluntarias de apoyo en documento público o privado, cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada la mayoría de edad. A falta de tales previsiones, la autoridad judicial en este caso podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario,

la procedencia de adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Estará legitimado el menor de dieciséis años —al plantearse en los dos años anteriores a la mayoría de edad—, además de las personas indicadas, cuando se entienda que el menor debe seguir necesitando alcanzada la mayoría de edad de medidas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. Si bien, se dará participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencia. Tales medidas de apoyo judiciales serán efectivas cuando alcance el menor la mayoría de edad y se constate la necesidad de aquél tanto antes de los dos años anteriores a la mayoría de edad, como cuando se alcance ésta y persista la necesidad de apoyo. Eso sí, el menor de dieciséis años puede solicitar el nombramiento de curador al estar legitimado para plantear la adopción de medidas judiciales de apoyo.

Ahora bien, como destaca FERNÁNDEZ-TRESGUERRES aunque nada diga la norma “no se prohíbe y no se impide, su posible otorgamiento por dos personas, por ejemplo, cónyuges, para designarse recíprocamente curador, siempre que exista suficiente autonomía negocial, que permitirá una causalización de las designaciones y el contenido deriva de la relación personal de los otorgantes”<sup>42</sup>.

En fin, el artículo 271 establece que, cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás otorgar escritura de autotratela y se emplea el término *previsión*; mientras que, el artículo 255 indica que, cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica puede prever en escritura pública medidas de apoyo, por lo que no solo en *previsión*, sino también *apreciando la concurrencia ya de circunstancias que pueden dificultarle en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Por lo que, se puede plantear, por una parte, que se pueda otorgar escritura de autotratela no sólo en previsión para el futuro, sino también para el presente, cuando se aprecie las primeras necesidades; y por otro que, también se pueda otorgarse aun admitida a trámite la solicitud de provisión de apoyos por el letrado de la Administración de Justicia, pero antes de la celebración de comparecencia (artículo 42 bis b) 2 de la LJV)<sup>43</sup>.

#### B. *Ámbito objetivo de actuación de la autotratela.*

Se concede en el artículo 271 del Código Civil a la autonomía del individuo en la configuración de la autotratela y en atención a la admisión tanto de la autotratela positiva como negativa; igualmente, podrá establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela, y, en especial sobre el cuidado de su personas, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador; obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo. Respecto a la administración y disposición de bienes alcanza, en todo caso, a los actos de administración extraordinaria, enajenación y gravamen; no así a los actos de administración ordinaria que, en principio, podrán ser realizados por el curatelado en aras del fomento de su participación activa en la toma de decisiones, salvo que

su capacidad jurídica no le permita la toma de decisiones en relación con tales actos. Aunque no se debe olvidar que, se fomenta que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica participando en la toma de decisiones respecto de tales actos de administración y disposición. De todas formas, la labor asistencial que representa la regla general, puede ir desde un consejo hasta una ayuda, apoyo efectivo en el ámbito personal o patrimonial, o en ambos. Si bien, no alcanza la actuación del curador a los actos personalísimos.

En este contexto, se podrán indicar en el documento de autcuratela las facultades, derechos y obligaciones de los nombrados, además de las previstas con carácter general en sede de curatela; asimismo, causas de exclusión (inhabilidad) a parte de las mencionadas en el citado artículo 275.2 del Código Civil; de remoción distintas de las contenidas en el artículo 276 del Código Civil; o de excusa, diferentes de las previstas en el artículo 279 del Código Civil, e, incluso, supuestos de extinción no previstos en la regulación general de la curatela

Ciertamente una vez que, el curador tome posesión de su cargo, en el ejercicio de la curatela está obligado a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida. Asistirá a la persona que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseo y preferencias. En todo caso, procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones (artículo 282 del Código Civil)<sup>44</sup>.

En todo caso, el curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesitará autorización judicial para los actos que, determine la propia resolución, y en concreto los enumerados en el artículo 287 del Código Civil, cuyo análisis remitimos al apartado dedicado a la medida de apoyo judicial y formal que constituye la curatela.

Ahora bien, en todos estos supuestos, conviene precisar que, no puede la persona del autcuratelado excluir la autorización judicial; si partimos de necesaria exigencia de la misma en materia de curatela. Además, se pretende evitar abusos, conflictos de intereses e influencia indebida que afecten a la persona con discapacidad (artículo 270 del Código Civil).

### 3. EL DEFENSOR JUDICIAL

Igualmente, de forma breve, procede señalar que, el nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente (artículo 250.6 del Código Civil).

Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes: 1. Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona; 2. Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo<sup>45</sup>; 3. Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario; 4. Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de

los bienes hasta que recaiga resolución judicial; y, 5. Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

A tal fin, la autoridad judicial, una vez oída la persona con discapacidad nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella.

En el nombramiento se podrá dispensar al defensor judicial de la venta en subasta pública, fijando un precio mínimo, y de la aprobación judicial posterior de los actos.

Serán aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador, así como las obligaciones que a este se atribuyen de conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se preste apoyo.

El defensor judicial, una vez realizada su gestión, deberá rendir cuentas de ella.

Además de las funciones indicadas como medida de apoyo autónoma, se nombrará también defensor judicial para completar la capacidad del menor emancipado en los actos enumerados en el artículo 247 apartado primero del Código Civil, cuando no haya progenitores.

### III. LA CURATELA COMO MEDIDA DE APOYO FORMAL.

#### 1. CONCEPTO, FINALIDAD Y CARACTERÍSTICAS DE LA CURATELA.

Las medidas de apoyo de origen legal o judicial solo operan en defecto o ante la insuficiencia de la voluntad de la persona con discapacidad (artículo 249 apartado primero del Código Civil) y, asimismo, las medidas de autorregulación pueden coexistir con las medidas legales o judiciales que, se imponga, cuando, precisamente, aquéllas resulten insuficientes. Así puede coexistir la vigencia de un poder o mandato preventivo con el nombramiento de un curador<sup>46</sup> y de un curador y guardador de hecho. En todo caso, todas las medidas de apoyo y con tal la curatela, deberán ajustarse a los principios de subsidiariedad, necesidad, proporcionalidad y mínima intervención<sup>47</sup>. En todo caso, si la persona con discapacidad puede ejercer su capacidad jurídica no necesita medidas de apoyo para ejercitar su capacidad jurídica.

El Código Civil define a la curatela como “una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado” (artículo 250.5º del Código Civil).

De ahí que, la curatela se configura como una institución de apoyo judicial básica de las personas discapacitadas<sup>48</sup>, dando para ello una nueva regulación a la misma y ampliando el contenido y alcance de esta figura jurídica. Y el propio significado de la palabra curatela —cuidado— revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica. Por lo que, tiene un carácter asistencial y solo excepcionalmente se le atribuyen funciones representativas —en este último caso, a diferencia del tutor, el curador no es un representante de la persona con discapacidad—.

Será proporcional a las necesidades de la persona que las precise, respetando al máximo su autonomía, voluntad, deseos y preferencias.

Se trata de una medida de apoyo estable, pues, se acuerda cuando la persona con discapacidad requiere una medida de apoyo de carácter continuado que, se aplica a las personas con discapacidad, dejando de operar respecto a la protección del emancipado que, estará asistido por un defensor judicial (artículo 247.1 del Código Civil).

Es de constitución judicial —mediante resolución motivada, a través de expediente de provisión de medidas de apoyo previsto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (expediente *ad hoc* —artículo 42 bis y siguientes—); o, en su caso, en procedimiento verbal contencioso en caso de oposición (un proceso judicial específico de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad —artículos 748 y siguientes de la LEC—) y aplicable a aquellas personas discapacitadas que, requieren de medidas de apoyo continuadas. Su contenido vendrá determinado en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo (artículo 250.5 del Código Civil). De ahí, su contenido estable, aunque provisional, pues, depende siempre de la situación personal y patrimonial de la persona y, asimismo, de la exigencia de revisión de las medidas. En concreto, siempre que se produzca cualquier cambio en la situación de la persona que requiera una modificación de las medidas que se hubieran tomado; y periódicamente, en un plazo máximo de tres años; y de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o modificación de apoyos, podrá establecerse un plazo de provisión superior, pero sin que pueda exceder de seis años. Ahora bien, para garantizar el respeto a la voluntad, deseos, y preferencias de la persona con discapacidad y, además evitar los abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas, se podrán establecer medidas de control que se estimen oportunas (artículo 270.1 del Código Civil). E, igualmente, tanto la autoridad judicial como el Ministerio Fiscal podrán recabar del curador información sobre la situación personal y patrimonial de la persona con discapacidad, como la que se considere necesaria a fin de garantizar un buen funcionamiento de la curatela respectivamente.

Sobre tales bases, como pone de manifiesto el artículo 269 apartado primero del Código Civil, también estamos ante una medida subsidiaria que, solo se constituirá por la autoridad judicial cuando “no exista otra medida de apoyo suficiente”. Además, como toda medida de apoyo, deberá ajustarse, tal como hemos manifestado, a los principios de necesidad y proporcionalidad, esto es, ha de ser proporcionadas a las necesidades de la personas con discapacidad que las precise, respetando siempre la máxima autonomía de ésta en el ejercicio de su capacidad jurídica y, asimismo, atendiendo en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias (artículo 268 apartado 1 del Código Civil) tanto para los actos en que el curador deba prestar asistencia, como para aquellos otros en que deba ejercerse la representación, han de fijarse de manera precisa —han de ser proporcionales— (artículo 269 apartado cuarto del Código Civil). En fin, ha de adaptarse a las circunstancias concretas de la persona con discapacidad. Como hemos mencionados tantas veces ha de hacerse un “traje a medida” en el que se respete la voluntad, los deseos y preferencia de la persona a quien se presta apoyo (artículo 268 del Código Civil). Precisamente, el curador asistirá a la persona a la que preste apoyo en el

ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias y procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que se preste apoyo; de modo que, pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro (artículo 282 del Código Civil) —principio de mínima intervención—. Igualmente, cuando quien desempeñe la curatela esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo, el defensor judicial que lo sustituya, además de oír a la persona que precise apoyo, respetará su voluntad, deseos y preferencias (artículo 283 del Código Civil). Por otra parte, en la configuración de este apoyo, la autoridad judicial establecerá en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precise apoyo (artículo 270 del Código Civil).

El propio significado de la palabra curatela —cuidado—, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial.

Por tanto, en principio, el juez constituirá una curatela asistencial, determinando que actos requieren la asistencia de curador no sólo en la esfera personal sino también en la patrimonial; y solo excepcionalmente, cuando la persona tenga tal grado de discapacidad que, le impida decidir por sí mismo, se establecerá una curatela representativa. Ciertamente, aunque el legislador entiende que el juez debe procurar fijar una curatela asistencial —función de asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias (artículo 250.2 del Código Civil)—; esto no le impide que, ante la situación fáctica del discapacitado se proceda a otorgarla con carácter representativo. Lo cierto que procede la curatela asistencial o representativa atendiendo al grado de discapacidad de la persona; de forma que, si ésta es de tal grado que le impide operar en la vida normal con plenas facultades, se proceda a su representatividad, pues se ha de atender a las necesidades de las personas con discapacidad y a la proporcionalidad de la medida y con el respecto de la voluntad, autonomía y preferencias de aquélla. Si se diera el caso que, la personas con discapacidad no puede expresar su voluntad, pues, el grado de discapacidad que padece, se lo impide, en este caso la curatela será representativa. Se impone, por tanto, al curador que, tome, en consideración, en lo que representa su actuación “la trayectoria vital, los valores y las creencias de las personas con discapacidad”. En consecuencia, la curatela representativa opera en casos excepcionales, tal como indica el artículo 249 del Código Civil, siendo aquellos en los que la persona está privada absolutamente de sus facultades volitivas y cognitivas. Esta medida de apoyo será necesaria y proporcional a la situación de discapacidad de la persona.

Sobre tales bases, además de la curatela ordinaria o asistencial en la que intervienen la persona discapacitada, o la curatela representativa que, excepcionalmente se puede sustituir a la persona, LORA-TAMAYO se inclina también por una curatela mixta en la que se atribuye al curador facultades asistenciales y representativas<sup>49</sup>. La curatela representa una medida de apoyo de contenido variable en

función de la situación de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, de carácter continuo y revisable, siendo la función asistencial, como para toda medida de apoyo, la preferente en la configuración de su actuación<sup>50</sup>.

Así, la curatela asistencial se configura como medida de apoyo más flexible, caracterizándose por su contenido de asistencia, ayuda, información, supervisión, abarcando tanto la esfera personal o patrimonial de la persona con discapacidad o ambas a la vez. El curador asistencial no suplente la voluntad de la persona, sino que asiste, encauza y, la complementa en su toma de decisiones, mientras que la curatela representativa es una forma de apoyo más intensa, cuando la persona con discapacidad no puede tomar autónomamente decisiones en asuntos personales y patrimoniales que le incumbe. No supone un mecanismo de sustitución, pues, la persona afectada sigue conservando facultades de autodeterminación y de toma de decisiones en mayor proporción que, si se opta por la curatela representativa<sup>51</sup>.

Como hemos tantas veces reiterado, esta medida de apoyo judicial excepcionalmente puede incluir funciones representativas, especialmente, cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona; si bien, en su ejercicio se tendrá presente, como también hemos destacado, la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los diferentes factores que se tendrán en cuenta con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir la representación. La curatela con facultades de representación puede operar tanto en el ámbito personal (toma de decisiones para el normal desarrollo de su vida cotidiana en el ámbito habitacional/residencial), como en el sanitario (asistencia y tratamiento médico) y en el patrimonial (gestión y administración de su patrimonio)<sup>52</sup>. En este supuesto, corresponde a la autoridad judicial determinar los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad, esto es, habrán de fijarse de manera precisa, cuáles son aquellos en que deba ejercer dicha representación (artículo 269 apartado 4 del Código Civil)<sup>53</sup>. En todo caso, tanto los actos en los que el curador deba prestar asistencia como aquellos otros en que deba ejercer la representación deberán fijarse de manera precisa y, no se podrá incluir en la sentencia la mera privación de derechos (artículo 269 apartado 5 del citado cuerpo legal)<sup>54</sup>. No es función de la resolución judicial que se dicte en un procedimiento de determinación de apoyos, privar de derechos a las personas con discapacidad, ni la prohibición de derechos.

De todas formas, el Código Civil recoge la posibilidad de una curatela con funciones representativas plenas (alcance general) cuando la situación de la persona con discapacidad lo exija. Por lo que, parece que hay grados en la curatela representativa, atendiendo a cada situación personal —necesidad y proporcionalidad de la medida— y, se fijarán en el auto que pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria o la sentencia del juicio verbal<sup>55</sup>.

No obstante, aunque el legislador no alude a ello expresamente, se puede acordar por la autoridad judicial una *curatela mixta* con funciones representativas y de asistencia social<sup>56</sup>. Tanto en la curatela asistencial como representativa se opera en el ámbito personal y patrimonial. Incluso, cuando se procede a la una curatela mixta operan una y otra curatela asistencial o representativa en ambos ámbitos de actuación (personal y patrimonial) indistintamente<sup>57</sup>. En unos casos, se indican los concretos actos que debe realizar el curador, procediendo a una enumeración



exhaustiva, en otros simplemente se hace una remisión al artículo 287 del Código Civil en referencia a los actos que necesitan autorización judicial<sup>58</sup>. Y, lo habitual es que, cuando la demandada puede expresar su voluntad, deseos y preferencia la curatela será no representativa<sup>59</sup>. Ahora bien, partiendo de la base que es posible el nombramiento de varios curadores, uno podría actuar en el ámbito personal y otro en el ámbito patrimonial bien con una curatela asistencial o representativa o mixta respectivamente.

En este contexto, la autoridad judicial constituirá la curatela cuando no exista otras medidas de apoyo suficiente para la persona con discapacidad y, determinará los actos para los que la persona requiera la intervención del curador, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo (artículo 269 apartados 1 y 2 del Código Civil). Como regla general, quien toma las decisiones es la persona con discapacidad, asistida por el curador, que le informa, asesora y explica las consecuencias de la posición adoptada. Cuando sea preciso y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas y sometido a un régimen específico de actuación en los términos apuntados: formación de inventario (artículos 285 y 286 del Código Civil); autorizaciones judiciales (artículo 287 del Código Civil). No se le exige fianza hipotecaria como si sucede con la tutela de los menores de edad no emancipados (artículo 192 de la LH). En cambio, si se le aplican normas específicas como la prohibición testamentaria del artículo 758 del Código Civil; o en materia de gananciales (artículo 1393.1 del Código Civil); y contrato de sociedad (artículo 1700.5º del Código Civil).

Ahora bien, con el objeto de proteger a las personas con discapacidad, por un lado, en la resolución judicial que constituya la curatela o en otra posterior, se fijarán aquellas medidas de control que estime oportunas dirigidas a garantizar el respeto de los derechos, la voluntad; y, atendiendo a las preferencias de la persona que, precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida. Y, por otro, podrá exigir en cualquier momento al curador, en el ámbito de sus funciones que, informe sobre la situación personal o patrimonial de la persona con discapacidad (artículo 270 del Código Civil).

De todas formas, el Ministerio Fiscal podrá recabar, en cualquier momento, la información que, considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela.

En todo caso, procede el nombramiento de curador cuando la afectada padece un deterioro cognitivo que le impide proveer correctamente a su cuidado personal y advertir la necesidad de ayuda y gestionar correctamente su patrimonio<sup>60</sup>; o la presencia de una causa grave de limitación de su capacidad de decisión que no es previsible que varíe en un futuro cercano<sup>61</sup>; o existe un deterioro cognitivo irreversible que menoscaba parcialmente sus facultades intelectivas y volitivas, no siendo capaz de gobierno total de su persona, ni la administración de sus bienes<sup>62</sup>; o una enfermedad irreversible y en progresiva evolución<sup>63</sup>.

Ahora bien, además de la curatela judicial asistencial, representativa o mixta, ésta puede tener, como señala GARCÍA RUBIO, un origen voluntario con carácter preventivo o *ex ante*, la llamada autocuratela y constituir, en consecuencia, una figura de carácter mixto (voluntario y judicial)<sup>64</sup>. Así, la persona con discapacidad, mayor de edad o menor emancipada, que en previsión de la concurrencia de circunstancias que, pueden dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica

en igualdad de condiciones que las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. Igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo (artículo 271 del Código Civil). Incluso excluir la necesidad de autorización judicial para la realización de los actos previstos en el artículo 287 del Código Civil<sup>65</sup>.

No obstante, aunque la escritura de autocuratela vincula a la autoridad judicial al constituir la curatela —de ahí, la importancia del juego de la autonomía de voluntad—; no obstante, aquélla podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones, siempre mediante resolución motivada (artículo 272 del Código Civil)<sup>66</sup>.

## 2. ÁMBITO DE ACTUACIÓN JURÍDICA DEL CURADOR: ESFERA PERSONAL Y ESFERA PATRIMONIAL.

El curador, una vez nombrado y tomado posesión de su cargo ante el Letrado de la Administración de Justicia, deberá cumplir con determinados deberes y obligaciones. Por una parte, asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias y, procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones —en esencia, pueda decidir por sí misma—.

Aunque, no tiene la obligación de velar o proteger a la persona con discapacidad, ni convivir con ella; en el ejercicio de la curatela estará obligado a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo<sup>67</sup> y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida<sup>68</sup>. No se exige necesariamente la convivencia curador-curatelado; no obstante, si la misma ha sido la circunstancia que ha tenido en cuenta la autoridad judicial para la elección y nombramiento de curador, el cese de la convivencia puede tenerse en cuenta ante una posible remoción del curador (artículo 276 del Código Civil).

Igualmente, procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. En esta línea, fomentará que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica por sí misma, si su situación jurídica lo permite o, plantear una disminución del alcance asistencial o representativo del curador. En caso que el curador asuma funciones representativas, deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencia y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación (artículo 249 del Código Civil). En todo caso, fomentará las aptitudes de la persona a la que preste apoyo; de modo que, pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro o prescindiendo

de éste —operando en el ejercicio de su plena capacidad jurídica sin necesidad de apoyos—.

En cuanto a las posibles obligaciones a cumplir por el curador antes de comenzar en el ejercicio del cargo, está, como hemos indicado en líneas precedentes, la de prestar fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, cuando lo considere necesario por concurrir circunstancias excepcionales; si bien, en cualquier momento, la autoridad judicial podrá modificar o dejar sin efecto la garantía que hubiese prestado (artículo 284); y, si se trata de curatela con facultades representativas: la formación de inventario y constitución de depósito. Precisamente, estará obligado a hacer *inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo* dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquél en que hubiese tomado posesión de su cargo, precisa acertadamente RUIZ-RICO RUIZ MORÓN que “la práctica del inventario constituye una garantía para los intereses patrimoniales de la persona que precisa de apoyo. Es la vía que permitirá comprobar, al finalizar la curatela, el resultado de la gestión del curador, sin perjuicio de las medidas de control que la autoridad judicial o el propio interesado hubieren establecido (artículos 270 y 271 del Código Civil)”<sup>69</sup>. En todo caso, la autoridad judicial no puede dispensar de la obligación de hacer inventario, aunque, si la persona sujeta a curatela en la escritura de autocratela (artículo 271 del Código Civil). De todas formas, el incumplimiento de la obligación de hacer inventario es causa de remoción conforme a lo previsto en el artículo 278 del Código Civil.

En todo caso, como igualmente hemos indicado, de existir en el patrimonio de la persona con discapacidad dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, podrán ser depositados en un establecimiento destinado a este efecto, si, a juicio del Letrado de la Administración de Justicia, no deban quedar en poder del curador. En todo caso, si el depósito ha sido realizado por una persona con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo cuando sean precisas y el depositante conociera la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación, o se hubiera aprovechado de la situación de la discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta, el depositante solo tendrá acción para reivindicar la cosa depositada mientras estén en poder del depositario, o que éste le abone la cantidad en que se hubiera enriquecido con la cosa o con el precio (artículo 1765 del Código Civil). No obstante, si después de hacer el depósito, el depositante contara con medidas de apoyo, la devolución del depósito se ajustará a lo que resulte de tales medidas (artículo 1773 del Código Civil).

Conforme al artículo 46.3 de la LJV practicadas todas las diligencias acordadas, el nombrado aceptará en acta otorgada ante el Letrado de la Administración de Justicia la obligación de cumplir los deberes de su cargo conforme a las leyes y este acordará dar posesión del cargo, le conferirá las facultades establecidas en la resolución judicial que acordó su nombramiento y le entregará certificación de esta. Por lo que, para asumir la condición de curador no solo basta la resolución judicial en la que se le nombre, sino que acepte el cargo y que le haya dado posesión del mismo el Letrado de Administración de Justicia. Asimismo, el Juzgado que haya acordado la curatela remitirá testimonio al Registro Civil correspondiente tanto de la resolución dictada como del acta de la posesión del cargo, a los efectos oportunos.

En este contexto, durante el ejercicio del cargo, además del apoyo a la persona discapacitada señalado: si se *trata de curatela asistencial*: asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias y procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. De forma que, cuando se formalice documentalmente un negocio deberá intervenir el curador en su labor asistencial, aunque, el consentimiento lo preste el curatelado; dejando constancia de su intervención y asistencia, pues, si se prescinde de ella puede el negocio ser anulado por la vía de los artículos 1301 y 1302 del Código Civil. Si la *curatela es representativa*, el curador representa a la persona discapacitada, siendo su intervención necesaria en el otorgamiento del negocio y en la prestación del consentimiento. Si bien, en el ejercicio de su función representativa, además de actuar con la diligencia debida, tendrá en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. De ahí que, el ejercicio de las funciones representativas por parte del curador en cuanto supone sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad se contempla con carácter excepcional; por lo que, solo resultará operativa cuando las circunstancias personales de especial gravedad del curatelado hagan imprescindible tal forma de actuar por parte del curador.

De todas formas, en cualquiera de los supuestos —asistencial o representativo— el curador procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo; de modo que, pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro. Sobre tales bases, el contenido de la curatela vendrá determinado por la autoridad judicial que delimitará los actos para los que la persona con discapacidad necesita la asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo y en la proporción que exija su situación personal y patrimonial. Por lo que, si se trata de curatela asistencial se determinará el campo de actuación asistencial del curador —esfera personal o esfera patrimonial—, esto es, se concretará los actos en los que el curador deberá prestar apoyos a la persona con discapacidad. Si, por el contrario, la curatela es representativa corresponde a la autoridad judicial señalar también de manera precisa los concretos actos en los cuales el curador debe ejercer la representación de la persona con discapacidad (artículo 269.4 del Código Civil).

En cualquier caso, el curador actuará bajo los criterios fijados en el artículo 249 del Código Civil<sup>70</sup> y, la resolución judicial en que lo nombre y fije el contenido de su actuación, no podrá incluir la mera privación de derechos —un contenido negativo— tantas veces reiterado. Asimismo, conviene precisar que, la existencia de la curatela es compatible con otras medidas de apoyo como la guarda de hecho (artículo 263 del Código Civil).

Por otra parte, el curador que ejerza funciones de representación de la persona, que precisa el apoyo, necesita *autorización judicial* para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:

1°. Realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí mismo; todo ello a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales<sup>71</sup>.

Ahora bien, en esta reforma no se modifica la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, por lo que, en relación con el consentimiento por representación se otorgará en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (artículo 9.3 a)). En ese caso, lo prestará el curador, salvo que, en instrucciones previas otorgadas exista un representante sanitario nombrado por la propia persona con discapacidad.

En relación con la legalización de la eutanasia activa o el suicidio asistido en España, el artículo 5.2 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo establece que en los casos en los que el médico responsable certifique que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades, ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, cumpla lo previsto en el apartado 1) —sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley, certificada por el médico responsable— y haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos (mandatos y apoderamientos preventivos) se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento, y si se ha nombrado representante en ese documento —*vgr.*, el propio curador— será el interlocutor válido con el médico responsable.

En caso de internamiento, éste puede ser voluntario o involuntario. En lo referente al internamiento no voluntario por razón del trastorno psíquico de una persona que no está en condiciones de decidirlo, procede señalar de forma preliminar que, el antiguo artículo 271.1 del Código Civil el tutor necesitaba autorización judicial “para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o de formación especial”. Lo que sigue manteniendo el artículo 763 de la LEC que no ha sido reformado tampoco por la Ley 8/2021 y, se requiere autorización judicial previa al internamiento.

En consecuencia, si la persona con discapacidad de cierta edad (tercera edad) que no necesita medidas de apoyos, decide ingresar en un centro geriátrico o residencial de la tercera edad, a aquélla corresponde prestar el consentimiento a dicho internamiento voluntario. Si esa misma persona con discapacidad tiene medidas de apoyo, como un curador, éste deberá actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias, informándola, ayudándola y facilitando que pueda expresar su voluntad y preferencias. Como en el supuesto anterior, a la persona con discapacidad corresponde tomar la decisión —consentir— el ingreso en tales centros. Si se trata de personas con discapacidad que padecen un deterioro cognitivo que le impide proveer correctamente su cuidado personal y gestionar su patrimonio, pues, sufre una enfermedad neurodegenerativa —tipo alzhéimer, demencia senil, parkinson—, y, respecto de las que no es posible determinar su voluntad, deseos y preferencias, el curador asume funciones representativas, y en este caso, deberá tener en cuenta en el ejercicio de estas funciones la trayectoria vital del curatelado, sus creencias y valores, así como los factores que ésta hubiera tenido en cuenta,

con el fin de adoptar la decisión que habría tomado en caso de no requerir representación en este supuesto. Si de la misma se deduce claramente que, su voluntad es el ingreso en dicho centro residencial, se procederá al mismo. De no ser posible conocer la decisión que hubiera tomado, atendiendo a lo dispuesto legalmente en materia de internamiento y al ser un acto de trascendencia personal adquiere, en este caso, la naturaleza de involuntario y, el curador necesitará autorización judicial (artículo 287.1 del Código Civil)<sup>72</sup>. En todo caso, debemos volver a recordar que, conforme el artículo 269 apartado 5 del Código Civil: “En ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera privación de derechos” —en relación con el artículo 17 de la Constitución Española en esta materia—.

Por otra parte, si se trata de una persona con discapacidad que sufre un trastorno psicótico grave —esquizofrenia, bipolaridad— y tiene una curatela como medida de apoyo (padres, hermanos, otros parientes o personas interesadas) y resulta necesario su internamiento en un centro especializado en salud mental para, junto con las medidas de naturaleza sanitaria que resulten necesarias para su bienestar, se determine que tratamiento concreto precisa; si la persona no quiere consentir su internamiento, éste será involuntario aplicando lo dispuesto en el artículo 763 de la LEC —no modificado en esta reforma, como hemos indicado—, que, se refiere al internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo. Para ello será necesario autorización judicial previa a dicho internamiento que, será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal. En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. De todas formas, este internamiento tendrá carácter temporal, pues, como indica el citado precepto en su apartado cuarto párrafo cuarto, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán de alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.

Ahora bien, pese a lo expuesto, la realidad práctica es que el artículo 287.2.1º del Código Civil excepciona la necesidad de que el curador requiera autorización judicial. Por lo que, en este caso, pese a lo dispuesto en el citado artículo 763 de la LEC entendemos de aplicación preferente la regulación establecida en nuestro Código Civil.

Tampoco necesitara autorización judicial para actos personalísimos: matrimonio, testamento, reconocimiento de hijos, nacionalidad, vecindad civil, nulidad, separación o divorcio, capitulaciones matrimoniales.

2º. Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos, y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en

arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o para celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción<sup>73</sup>. Se refiere a bienes de especial significado personal o familiar; concepto indeterminado que, exigirá atender a la voluntad del sujeto a la hora de concretar su alcance; o bien que se haga referencia expresa de ello en el propio poder o mandato. Emplea el término bienes que, podrá ser muebles o inmuebles, al no especificar como en los otros casos. Por otra parte, se refiere a actos de disposición o gravamen sobre bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, para celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. En consecuencia, no será necesaria la autorización judicial para actos de administración sobre inmuebles, si no son susceptibles de inscripción registral.

De todas formas, la enajenación de los referidos bienes se realizará mediante venta directa, salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular. Se elimina el requisito de la subasta judicial muy criticado antaño. Por lo que, la regla general es la venta directa y la excepción la venta en subasta. No obstante, respecto de la autorización o aprobación judicial de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, el artículo 63.3 de la LJV indica que, si la solicitud fuera para la realización de un acto de disposición podrá también incluirse en la solicitud la petición que la autorización se extienda a la celebración de venta directa sin necesidad de subasta, ni intervención de persona o entidad especializada. En este caso, deberá acompañarse de dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar. Por lo que, al no haber sido objeto de modificación su redacción, se deduce la regla contraria a la prevista en el artículo 287 del Código Civil, debiendo, en todo caso, atender a lo previsto en este último precepto al quedar tácitamente derogado el mencionado artículo 63.3 en lo referente a la exigencia de venta en subasta como regla general<sup>74</sup>. No obstante, a la solicitud de autorización judicial para la venta de valores no cotizados en mercados oficiales se deberá acompañar los documentos, que precisa tal artículo 63.3 de la LJV, esto es, dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar.

En todo caso, se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones y la venta de valores mobiliarios cotizados en bolsa, aunque tengan extraordinario valor. Con anterioridad, sin embargo, se exigía autorización judicial para todos los valores mobiliarios. Tampoco se necesita autorización judicial para los arrendamientos inferiores a seis años, aunque sean inscribibles; ni a los arrendamientos que, sean superiores a esos seis años, pero sean consecuencia de prórrogas legales (artículo 10 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos)<sup>75</sup>.

En todo caso, la referencia a los establecimientos mercantiles o industriales procede de la redacción originaria del Código Civil y, como precisa FERNÁNDEZ—TRESGUERRES tiene dos acepciones —ambas distintas a la empresa o sucursal—. Así “la primera, la de conjunto organizado de bienes y derechos con los que

el empresario lleva a cabo su actividad empresarial; la segunda, como base física, sede abierta al público, desde que el empresario lleva a cabo sus operaciones”. En ambos casos, la persona con discapacidad puede ser titular o cotitular del establecimiento mercantil, o llevar la organización un tercero<sup>76</sup>. De todas formas, el artículo 4 del Código de Comercio dispone que: “*Tendrán capacidad para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes*”. En cualquier caso, puede tratarse de empresario individual, o disponer de una licencia o concesión administrativa para su desarrollo —por ejemplo, licencia de taxi, concesión de una administración de lotería—.

Respecto al concepto bienes de extraordinario valor junto a los objetos preciosos que estaba en la legislación anterior y se mantiene en la nueva legislación, aparte de atender al valor sentimental, habrá que acudir al su valor económico que habrá que determinar en relación con la composición y cuantía del patrimonio del curatelado. En todo caso, recordemos que el dinero, alhajas, objeto precioso y valores mobiliarios podrán ser depositados en establecimiento destinado al efecto. En fin, en cuanto a bienes o derechos de especial significado personal o familiar, que, precisamente, no se atiende a su valor económico, sino sentimental, puede darse el caso que, siendo rentable económicamente su venta, no pueda realizarse sin una previa autorización judicial al tratarse de un bien de especial significado personal o familiar (cubertería de plata de la abuela; o la vajilla de santa clara).

3º. Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. Esto es, los regalos o donaciones que sean habituales en el ejercicio de los usos sociales (regalos navidad, cumpleaños) siempre que sean de escasa relevancia económica. Ahora bien, la exigencia de autorización judicial en la disposición a título de donación siendo una forma habitual de proceder de la persona con discapacidad en determinados momentos (donaciones habituales a ONGs, a Caritas). En estos casos, el curador deberá en el ejercicio de sus funciones tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación como sería realizar la donación en los términos habituales<sup>77</sup>.

4º. Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. La renuncia es no solo abdicativa, sino también traslativa<sup>78</sup>.

No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo. Al respecto, se modifica el artículo 1811 del Código Civil en el que reiteran que “el tutor y el curador con facultades de representación necesitarán autorización judicial para transigir sobre cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya representación ostentan, salvo que se trata de asuntos de escasa relevancia”.

Por su parte, el artículo 63 de la LJV establece al respecto que, en la solicitud deberá expresarse el motivo del acto o negocio que se trate y, se razonará la necesidad, utilidad o conveniencia del mismo; se identificará con precisión el bien o derecho a que se refiera; y se expondrá, en su caso, la finalidad a que deba aplicarse la suma que se obtenga. Asimismo, con la petición que se deduzca se presentarán los documentos y antecedentes necesarios para poder formular juicio exacto sobre



el negocio que se trate y, en su caso, las operaciones particionales de la herencia o de la división de la cosa común realizada. Y añade el apartado 2 que, en el caso de autorización solicitada para transigir, se acompañará, además, el documento en que se hubieren formulado las bases de la transacción. En fin, el artículo 65.3 de la LJV determina que, si la autorización solicitada para transigir fuera concedida por el Juez, determinará la expedición de testimonio que se entregará al solicitante para el uso que corresponda.

No obstante, no se hace mención ni a la mediación, ni a la conciliación.

5°. Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades. También necesitará autorización judicial el curador con facultades representativas para aceptar pura y simplemente la herencia y los legados y donaciones modales u onerosas, y, en cambio, no la necesitará para aceptar herencia a beneficio de inventario, los legados, la donación pura y simple<sup>79</sup>.

A tal efecto establece el artículo 93.2 b) de la LJV que necesitarán autorización judicial *“los curadores representativos para aceptar a beneficio de inventario cualquier herencia o legado o para repudiar los mismos”*. Y el artículo 95 de la LJV respecto a la resolución que dicte al efecto dispone que: *“1. El Juez, teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando su conveniencia a los intereses de los llamados a la herencia, resolverá concediendo o denegando la autorización o aprobación solicitada. 2. En el caso de haberse solicitado autorización o aprobación para aceptar sin beneficio de inventario o repudiar la herencia, si no fuera concedida por el Juez, sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario. 3. La resolución será recurrible en apelación con efectos suspensivos”*.

6°. Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo. La mayoría de la doctrina toma como referencia lo establecido en el artículo 500 del Código Civil en sede de usufructo. Así en su apartado 2 considera gastos ordinarios *“los que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación”*; por lo que, los no comprendidos en dicha definición precisarán de autorización judicial —así los gastos útiles y los de lujo y mero recreo<sup>80</sup>. Por su parte, FERNÁNDEZ-TREGUERRES aclara que, en los gastos extraordinarios se tendrá en cuenta la proporcionalidad del patrimonio de la persona sujeta a curatela en relación con aquellos gastos que no sean de mera conservación o administración<sup>81</sup>.

7°. Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. Con independencia de la jurisdicción y en defensa de los intereses personales y patrimoniales del curatelado. No se exigirá autorización judicial, cuando se trate de asuntos de escasa cuantía y riesgo para el patrimonio del curatelado o urgentes (vencimiento de un plazo). Ambos extremos habrán de probarse y justificarse por el curador<sup>82</sup>.

No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiese determinado los apoyos. En este caso, podrá interponer tal expediente de revisión tanto la persona discapacitada como el curador, sin necesitar autorización judicial. Insistamos, de nuevo, que siempre se fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro; asimismo, que, las medidas adoptadas por la autoridad judicial en un procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise

respetando siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atendiendo en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Además, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años. Todo lo anterior, sin perjuicio que, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se pueden revisar, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas (artículos 249 y 268 del Código Civil).

8°. Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza. Se entiende a toda clase de garantías de deudas u obligaciones ajenas —prenda de acciones que coticen en bolsa —propiedad de los padres— para garantizar un crédito ajeno (del hijo); y, al préstamo de dinero y negocios equivalentes al mismo —*vgr.*, pólizas de crédito en cuenta corriente—<sup>83</sup>.

9°. Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia<sup>84</sup> y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria (artículo 287 del Código Civil)<sup>85</sup>. De nuevo, se emplea un concepto indeterminado “inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria”. Para su concreción habrá que atender a la situación patrimonial de la persona con discapacidad —al valor total de su patrimonio— y, a la cuantía de la inversión sobre el total del mismo. No es lo mismo un patrimonio de escasa cuantía, donde una inversión media en tales instrumentos financieros puede representar una cifra importante (extraordinaria) sobre el total; que, si esta misma operación se realiza sobre un patrimonio de cuantía importante con la consiguiente calificación de inversión ordinaria<sup>86</sup>. En todo caso, no queda claro si el parámetro para determinar la inversión o aportación extraordinaria sea objetivo o subjetivo, o atender a ambos. Ahora bien, se habla de celebrar contratos, no, por ejemplo, de rescate de un plan de pensiones o contrato de seguro. De todas formas, cabe plantearse si en esa necesaria autorización judicial para la celebración de contrato de seguro, se puede extender a cuando sea nombrada persona beneficiaria del seguro el propio curador. Y, respecto a otros contratos análogos, estarían los seguros de renta, planes de pensiones, contratos de alimentos.

Para fórmulas de financiación como la venta de la nuda propiedad manteniendo el usufructo o la hipoteca inversa se necesitará autorización judicial por la vía del artículo 287.2 del Código Civil al tratarse de venta y gravamen de un bien inmueble.

En todo caso, con la autorización judicial se pretende, asimismo, evitar abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas (artículo 270 del Código Civil)<sup>87</sup>.

De todas formas, con el objeto de favorecer a la persona de curatelado 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 (*vgr.* operaciones bursátiles) (artículo 288 del Código Civil).

Por otra parte, no necesitarán autorización judicial previa, pero si aprobación judicial una vez practicadas:

1. La partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo<sup>88</sup>. Se trata de partición o división de mutuo acuerdo entre comuneros. No así para la división judicial. En cuanto a la practicada por árbitros coincide con GUILARTE MARTÍN-CALERO que su ubicación correcta sería el artículo 287.4<sup>89</sup>. Por otra parte, la designación testamentaria de un contador partidor no excluye la aprobación judicial preceptiva<sup>90</sup>.

2. Si se hubiese nombrado para la partición un defensor judicial deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento (artículo 289 del Código Civil)<sup>91</sup>.

De todas formas, antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos que, o bien necesitan autorización judicial previa, o aprobación judicial posterior, la autoridad judicial oír al Ministerio Fiscal y a la persona con medidas de apoyo y recabará los informes que, le sean solicitados o estime pertinentes (artículo 290 del Código Civil). Asimismo, la autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus particulares necesidades de apoyo y a los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad; si bien, en este último caso, mediante resolución motivada —traje o trajes a medida— (artículo 269.2 y 3 del Código Civil). Puede ir desde actos cotidianos hasta actos de especial trascendencia personal y patrimonial —actos de administración y disposición—. Si bien, se procurará que, la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica participe en la toma de decisiones y, sea adecuadamente informada, ayudándola en la comprensión de los que representa la actuación concreta a realizar. Esto no impide que, en la labor asistencial del curador se pueda plantear un conflicto de intereses entre la actuación de éste y la voluntad de la persona con discapacidad por entender aquél que, proceder conforme a dicha voluntad, le puede resultar perjudicial al curatelado; por lo que, resultará procedente en este caso nombrar un defensor judicial (artículo 295.2 del Código Civil).

En este ámbito, resulta curioso que el guardador de hecho pueda solicitar una prestación económica a favor de una persona con discapacidad —una pensión retributiva o no— sin necesidad de autorización judicial, siempre, además que, ésta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona. Asimismo, indica que, no será necesaria la autorización judicial para realizar actos jurídicos sobre bienes de la persona guardada, si tiene escasa relevancia económica o carecen de especial significado personal o familiar (artículo 264.3 del Código Civil). Se puede plantear su aplicación con relación a la actuación del curador.

Por otra parte, de darse el caso que, la persona que desempeñe la curatela esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo, el Letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que lo sustituya<sup>92</sup>. Para este nombramiento se oír a la persona que precise el apoyo y se respetará su voluntad, deseos y preferencias. De ser varios los curadores con funciones homogéneas, estas serán asumidas por quien de entre ellos no esté afectado por el impedimento o el conflicto de intereses. Por tanto, no será necesaria el nombramiento de defensor judicial, cuando sean varios los nombrados para el

ámbito personal o para el ámbito patrimonial y puedan ejercer funciones personales en los ámbitos indicados.

En todo caso, si la situación de impedimento o conflicto fuera prolongada o reiterada, la autoridad judicial podrá reorganizar el funcionamiento de la curatela, e incluso proceder al nombramiento de un nuevo curador (artículo 283 del Código Civil).

Ahora bien, puede suceder que, el curador esté en desacuerdo con la decisión de la personas con discapacidad, aunque no se prevé en la norma que, hacer ante esta situación; de plantearse un conflicto de intereses, se nombrará un defensor judicial por imposibilidad transitoria para ejercer las funciones (artículo 283 del Código Civil); o bien se solicitará autorización judicial *ad hoc* para actuar en el marco de las salvaguardas que la autoridad judicial puede dictar a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera (artículo 249 *in fine* del Código Civil)<sup>93</sup>.

En fin, en el caso que no se solicite autorización judicial por el curador representativo para los actos enumerados en el citado artículo 287 del Código Civil, si, precisamente, se dota de carácter imperativo a dicha exigencia de autorización judicial se consideraría nulo el acto<sup>94</sup>. Ahora bien, atendiendo al contenido de la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2018 se podría optar por la anulabilidad<sup>95</sup>; o, en fin, no faltan resoluciones que se han inclinado por la vía del artículo 1259 del mencionado Código Civil que, permite al *dominus negotii* o dueño del negocio suplir la falta de autorización judicial con la ratificación del acto, si no hay conflicto de intereses.

Sobre tales bases y partiendo del hecho que, el legislador no se ha manifestado de forma expresa; quizá sería conveniente operar sobre la anulabilidad, si partimos de la naturaleza no imperativa del artículo 287 del Código Civil —máxime si en el apoderamiento preventivo se puede excluir por el poderdante la aplicación de las reglas de la curatela—; pues, de otra forma, se haría de mejor condición al apoderado que al curador en su actuación; e incluso, como hemos apuntado en líneas precedentes en la escritura de autocuratela-<sup>96</sup>.

Por otra parte, en cuanto al régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin la medida de apoyo establecida por las personas con discapacidad, cuando éstas existen y son eficaces, el artículo 1302 del Código Civil permite su impugnación y ser anulables pero resulta necesario que, el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o, se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo con ello una ventaja injusta y se trata de contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas, cuando fueran precisas.

Se dispone como legitimados para solicitar la anulación del contrato: la persona con discapacidad con el apoyo que precise. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción. Y, en fin, por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. Por tanto, para ejercitar dicha acción de anulación resulta necesario no sólo que se haya realizado el contrato sin las medidas de apoyo, sino que también

resultan necesarias para formar un consentimiento válido. De todas formas, como precisa TENA ARREGUI “se trata de conceder una legitimación especial derivada de la mala fe y del abuso, que es lo único que debería probar el titular de la medida de apoyo. Si prueba que el otro contratante ha actuado de mala fe, aprovechándose de la situación de discapacidad y ha obtenido por ello una ventaja injusta que rompe el principio de justicia conmutativa, se está probando simultáneamente un vicio del consentimiento cercano al dolo”<sup>97</sup>.

Si bien, esto no impide que, si la otra parte contratante ha operado de buena fe, y prueba que en ese momento y para ese concreto acto, a pesar de prescindir de las medidas de apoyo, la persona con discapacidad ha prestado un consentimiento informado y, existe un juicio positivo de capacidad del notario, el contrato se considere válido.

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de marzo de 2023 ha declarado la nulidad de un contrato celebrado por la persona con discapacidad sin la asistencia del curador e, igualmente, ha determinado, al respecto, el alcance de la obligación de restitución. A tal fin, señala que la generalidad de la doctrina ha explicado que la finalidad del artículo 1303 del Código Civil es que no resulte ilusoria la protección que se quiere dispensar mediante la nulidad de los contratos celebrados por menores o por las personas con discapacidad psíquica o intelectual, cosa que sucedería si para conseguir la restitución de lo por ellos entregado, se vieran obligados a pagar con cargo a su patrimonio el equivalente de lo recibido. En el caso que se juzga la Audiencia declara que en atención al precio que recibió (un bar en funcionamiento) ha reducido su valor por el fracaso de su gestión, rechaza que se le deba restituir el precio que pagó porque no existe reciprocidad en la restitución y ello, porque el contratante con discapacidad “no puede reclamar las participaciones de un negocio que ya no existe....pero que tenía un valor apreciable cuando fue transmitido y por el que....pago 39.000 euros.

Asimismo, la Audiencia parte que el valor de la prestación recibida por la persona con discapacidad (las participaciones que permiten explotar el bar) ha desaparecido por su gestión del bar. Y esa es la razón por la que niega que deba restituirse el dinero que pagó. Este razonamiento es contrario al régimen expuesto de la restitución de los contratos anulados por razón de la discapacidad, que permite a la persona con discapacidad ejercer la acción de nulidad y obtener la restitución de lo que entregó aun cuando lo que recibió, se hubiera perdido, desaparecido o reducido su valor (salvo “dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad”, que ha quedado excluido en el caso).

De ahí que, la Sala estime el recurso de casación, asumiendo la instancia, y desestime el recurso de apelación interpuesto por los Sres. Justiniano, Eloísa y Leandro declarando que procede la condena a restituir al demandante la cantidad abonada por el contrato. Ahora bien, puesto que el recurrente no ha interpuesto recurso por infracción procesal para impugnar la valoración de la prueba realizada por la Audiencia por lo que se refiere a la cuantía entregada y ésta considera acreditada únicamente la suma de 39.000 euros, se debe estar en su condena a esa cantidad. Todo ello, señala el Alto Tribunal con independencia de que no haya sido objeto de este procedimiento y, por tanto, no exista un pronunciamiento sobre la subsistencia de los derechos de explotación del bar en atención al resultado mate-

rial perseguido por el contrato de llevar a cabo un traspaso que se dice no contaba con el consentimiento de la propiedad. De forma que, para el caso que el actor retenga la posesión del bar Madriz que se le entregó como materialización de la compraventa de las denominadas participaciones de la comunidad de bienes, se le condena, como hizo el juzgado, a su restitución.

En este contexto, hay actos que por su propia naturaleza o por disposición de ley no puede realizar el curador con facultades representativas, ni con autorización judicial. Se trata de los actos de carácter personalísimos, ya mencionados en líneas precedentes (entre otros, el ejercicio de la patria potestad, el cambio de nombre y apellidos y el cambio de sexo, el matrimonio, el testamento, la adopción, el ejercicio de los derechos de la personalidad, el derecho al sufragio, entre otros): los excluidos en la resolución judicial de provisión de apoyos; los excluidos por disposición legal y los excluidos por la propia persona con discapacidad<sup>98</sup>.

En fin, relacionado con el ámbito de actuación del curador y aplicable, en general, a quien desempeñe alguna medida de apoyo, están las *prohibiciones* contenidas en el artículo 251 del Código Civil.

En concreto, se prohíbe al curador: 1. Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor. SERRANO CHAMORRO señala al respecto que recibir liberalidades “no debería ser un acto prohibido sin más, por lo que habría que distinguir de qué liberalidades estamos hablando y cuánto supone en el patrimonio del tutelado” y, añade que “no tiene dudas en permitir la donación remuneratoria, cuando se trate de gratitud por los cuidados físicos, atenciones, cariños, muestras de apoyo, auxilios recibidos”<sup>99</sup>. Por su parte, indica ÁLVAREZ LATA que, el término liberalidades hace referencia “a todos los actos *inter vivos* que tengan carácter lucrativo (y no sólo que sean actos gratuitos)”<sup>100</sup>; 2. Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. Se opera sobre una doble representación en nombre propio y en nombre de un tercero y además que hay un conflicto de intereses<sup>101</sup>; y, 3. Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título<sup>102</sup>.

De todas, formas, estas prohibiciones no resultan de aplicación cuando en las medidas de apoyo voluntarias el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de las medidas de apoyo voluntarias —podría plantearse su exclusión en la escritura de autocratela, partiendo del sustrato voluntario sobre el que opera— (artículo 251.2 del Código Civil).

Por último, nos parece oportuno referirnos a las actuaciones del curador, trasladables al guardador de hecho con respecto a los datos personales del curatelado o guardado de hecho fallecido; y por otra a la revisión de las medidas de apoyo otorgadas conforme a la anterior regulación.

Con respecto a la primera cuestión, aunque el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos no ofrece una regulación sobre esta materia; no obstante, posibilita que, si sus normas deban ser especificadas, interpretadas o, excepcionalmente, restringidas por el Derecho de los Estados miembros, estos tengan la posibilidad de incorporar al derecho nacional previsiones contenidas específicamente en el Reglamento, en la medida en que sea necesario por razones de coherencia y com-

prensión. De ahí que, la adaptación al Reglamento haya supuesto la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. En todo caso, estamos ante datos personales que el Reglamento los define en su artículo 4.1 como “toda información sobre una persona física identificada o identificable (“interesado”); se considera persona física identificable toda persona cuya identidad puede determinarse directa o indirectamente, en particular mediante un identificador como, por ejemplo, un nombre, un número de identificación de datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”.

De ahí que, con respecto al tratamiento de datos personales, el artículo 3.3 apartado 2 de la Ley Orgánica 3/2018 dispone que, en caso de fallecimiento de personas con discapacidad, las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente para ello podrán solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de este y, en su caso su rectificación o supresión. Estas facultades también podrán ejercerse por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo, si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado. De nuevo, aunque se trata de datos personales, se posibilita el acceso a los mismos a las personas indicadas en el citado artículo 3 de la Ley.

En cuanto al derecho al testamento digital, el artículo 96.1 letra d) de la citada Ley Orgánica dispone que, en caso de fallecimiento de personas con discapacidad, el acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información podrán ejercerse además de las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado. Las personas legitimadas podrán decidir, asimismo, acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones.

El responsable del servicio al que se le comunique la solicitud de eliminación del perfil, deberá proceder sin dilación a la misma.

Ahora bien, lo establecido en este artículo en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se regirá por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación. El artículo 222-36.3 del Código Civil catalán señala que, el asistente puede promover las medidas adecuadas y oportunas ante los prestadores de servicios digitales y, entre otras, instarlos a suspender provisionalmente el acceso de los tutelados a sus cuentas activas, siempre y cuando exista un riesgo claro, inmediato y grave para su salud física o mental, habiéndolos escuchado previamente.

### 3. REVISIÓN DE LAS MEDIDAS Y PUBLICIDAD DE LA CURATELA.

La Disposición Transitoria quinta de la Ley 8/2021 se refiere a la *revisión de las medidas ya adoptadas* que se hubieran establecido con anterioridad a la entra-

da en vigor de la citada Ley. Así: 1. Están legitimadas para solicitar la revisión de las medidas: 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; revisión que, habrá de tener lugar en el plazo máximo de un año desde la solicitud; y, 2. Si las personas mencionadas no hubieran solicitado la revisión ésta se llevará a cabo por parte de la autoridad judicial, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, en un plazo máximo de tres años. En todo caso, la revisión de las medidas es judicial<sup>103</sup>.

Pues bien, en la práctica ante el cúmulo de medidas que han de ser objeto de revisión, se ha constatado que, el plazo de tres años fijado para la misma resulta insuficiente y no se va a poder cumplir al decaer en breve. De ahí que, mediante Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 24 de abril de 2024 se insta al Gobierno, por conducto del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, para que se impulse la modificación legislativa pertinente a los efectos de ampliación por un periodo de cinco años adicionales, esto es, hasta el 3 de diciembre de 2029, el plazo de tres años establecido en la mencionada Disposición Transitoria quinta de la Ley 8/2021.

En cuanto a la *publicidad de las medidas de apoyo* el Letrado de la Administración de Justicia acordará que las sentencias y demás resoluciones dictadas en estos procedimientos se comunicará de oficio a los Registros Civiles para la práctica de asientos que corresponda, así como al Registro de la Propiedad, cuando afecten a las facultades de administración y disposición de bienes inmuebles, y a los Registros de lo Mercantil o de Bienes Muebles cuando resulte procedente. A petición de parte, se comunicarán también a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso correspondan (artículo 755 de la LEC). Asimismo, el artículo 300 del Código Civil indica que, las resoluciones judiciales sobre cargos tutelares habrán de inscribirse en el Registro Civil.

Por su parte, el artículo 4 ordinal 11 de la LRC señala, al respecto, que, serán inscribibles en el Registro Civil: *“las resoluciones judiciales dictadas en procedimiento de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad”*. La resolución judicial dictada en un proceso de provisión de apoyos, así como la que la deje sin efecto o la modifique, señala el artículo 72 apartado 1 de la LRC *“se inscribirá en el registro individual de la persona con discapacidad. La inscripción expresará la extensión y los límites de las medidas judiciales de apoyo. Asimismo, se inscribirá cualquier otra resolución judicial sobre medidas de apoyo a personas con discapacidad (modificación de las medidas de apoyo). Estas resoluciones solo serán oponibles frente a terceros cuando se hayan practicado las oportunas inscripciones”* (artículo 73 de la LRC). De todas formas, por tratarse de datos de publicidad restringida, el artículo 84 del primer párrafo de la LRC que, solo podrán acceder a autorizar a terceras personas la publicidad de loa asientos que contengan datos especialmente protegidos, el inscrito o el curador en caso de persona con discapacidad (artículo 84 primer párrafo de la LRC). Y, el apartado 2 del artículo 19 de la mencionada LRC establece que: *“En los casos legalmente previstos, los hechos y actos inscribibles conforme a las prescripciones de esta Ley serán oponibles a terceros desde que accedan al Registro Civil”* (vid., asimismo, artículos 72 y 73 de esta misma ley).



Según la referida doctrina de este Centro Directivo (vid., por todas, las Resoluciones de 18 de octubre de 2006, 28 de octubre de 2014, 26 de octubre de 2021 y 3 de enero y 5 de septiembre de 2023), en tales casos no se trata sólo de probar las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a la persona con discapacidad, sino que, en tanto no tenga lugar su inscripción en el Registro Civil, no son oponibles frente a terceros, por lo que no deberá accederse a la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos o contratos otorgados en nombre de la persona con discapacidad por el representante —o por el afectado por discapacidad con asistencia del curador— sin aquella previa inscripción en el Registro Civil, ya que en caso contrario existe el riesgo de que se produzca una colisión entre la inoponibilidad de la medida de apoyo derivada de su falta de inscripción en el Registro Civil y la oponibilidad del Registro de la Propiedad en caso de que se inscriba la venta otorgada por el representante legal de la persona con discapacidad (o por ésta con capacidad complementada por aquél) si el nombramiento del representante o del curador asistencial —por el motivo que sea— no llegara a inscribirse en el Registro Civil.

No obstante, esta Dirección General recientemente (en Resolución de 31 de octubre de 2023) ha estimado necesario superar este último criterio y volver al inicialmente sostenido en resoluciones como las de 14 de mayo de 1984 y 6 de noviembre de 2002, antes citadas, de modo que, para la práctica de la inscripción en el Registro de la Propiedad de escrituras otorgadas por el representante de la persona afectada por discapacidad —o por éste con asistencia del curador—, será suficiente la diligencia por la que se ordena remitir exhorto al Registro Civil para la inscripción del auto sobre la medida de apoyo adoptada<sup>104</sup>.

Ahora bien, el artículo 2.4 de la LH señala que en los registros expresados en el artículo 1 se inscribirán: “4. Las resoluciones judiciales que establezcan medias de apoyo a las personas con discapacidad, las resoluciones dictada en los expedientes de declaración de ausencia y fallecimiento, las resoluciones judiciales de prodigalidad y de concurso establecidas en la legislación concursal, así como las demás resoluciones y medidas previstas en las leyes que afectan a la libre administración y disposición de los bienes de una persona. Las inscripciones se practicarán a nombre de la persona con discapacidad que recibe medidas de apoyo y en el libro único informatizado de situaciones de la persona a que se refiere el último inciso del apartado 5 del artículo 222 bis”.

Sobre la base de lo previsto en el citado artículo 755.2 de la LEC, el artículo 242 bis de la LH señala que, serán objeto de asiento en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles las resoluciones judiciales sobre personas con discapacidad.

En fin, procede señalar que, el artículo 222 apartado 3, segundo párrafo de la LEC dispone que “en las sentencias sobre provisión de medidas judiciales de apoyo la cosa juzgada tendrá efecto frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro”.

## NOTAS

<sup>1</sup> Según el Informe del Centro de Información Estadístico del Notariado (CIEN) de 27 de septiembre de 2023 en el primer semestre los notarios autorizados 9.256 documentos de voluntades anticipadas que suponen un 51% más que en el mismo período del año anterior. Asimismo, desde enero de 2017 hasta junio de 2023 los notarios han autorizado 5.543.340 testamentos, poderes generales y preventivos, voluntades anticipadas, cesión de bienes a cambio de alimentos y/o renta; e hipotecas inversas (se ha registrado una subida del 34% en 2022).

<sup>2</sup> En este sentido, GARCIA RUBIO, M<sup>a</sup>. P. (2018). “La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. 58, p. 153.

En esta línea, de que todas las medidas deben ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18<sup>a</sup>, de 16 de noviembre de 2021 (Roj. SAP B 13596/2021; ECLI:ES:APB:2021.13596).

<sup>3</sup> Roj. STS 3276/2021; ECLI:ES:TS:2021:3276. Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2022 (Roj. STS 4791/2022; ECLI:ES:TS:2022:4791) la propia persona con discapacidad D<sup>a</sup> Sacramento niega las dificultades a las que se enfrenta para la satisfacción por sí misma de sus necesidades básicas y es consciente que necesita ayuda. De hecho, fue iniciativa suya solicitar de los servicios sociales ayuda de comida, que no se le llegó a prestar por superar la unidad familiar los mínimos económicos exigidos. Fue esa solicitud suya la que dio lugar a la visita de los servicios sociales, que parecieron falta de orden y limpieza en la vivienda que comparte con su pareja Sr. Everardo, con quien convive desde los 21 años. Los informes elaborados por la asistente social y dirigido a la Fiscalía se refieren a la familia y comprende a los miembros de la pareja, la Sra. Sacramento y el Sr. Everardo.

Ahora bien, han quedado evidenciados los problemas de salud y los problemas sociales de la Sra. Sacramento, la compleja patología psíquica y física que padece, pero no que se trate de una discapacidad que afecte a la toma de decisiones con efectos jurídicos en sus asuntos personales y patrimoniales, que es la que justifica una medida judicial de apoyo, por lo que no precisa de curatela.

<sup>4</sup> En la línea favorable a la sentencia, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2022). “Protección o derecho a equivocarse en la Ley 8/2021 (más sobre la STS de 8 de septiembre de 2021)”, *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril, núm. 102, pp. 28-29. Igualmente, CORRIPIO GIL-DELGADO, M<sup>a</sup>. R. (2022). “El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril, núm. 790, p. 673 se muestra partidaria que “el nuevo sistema admite que, se pueda imponer a la persona, aun en contra de su voluntad, apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica, siempre que existan déficits naturales que le impidan la conformación válida de su voluntad”. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1<sup>a</sup>, de 22 de noviembre de 2021 (Roj. SAP OU 777/2021; ECLI:ES:APOU:2021:777) En contra de los postulados de la sentencia, se manifiesta DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. (2021). “Sentencia del Pleno de 8 de septiembre de 2021, sobre adopción de medidas de apoyo en aplicación de la Ley 8/2021. ¿Van a cambiar muchas las cosas?”, *Blog Hay Derecho*, 27 de septiembre, p. 4, pues, a su entender “claramente se abandonan los principios rectores de la reforma para ser sustituidos por los de protección mediante sustitución en la toma de decisiones”. Y se plantea un gran interrogante “¿Habría sido posible adoptar alguna otra medida de las que brinda la norma, sin tener que llegar a la adopción de una curatela representativa?. A ello responde que cree que sí, precisamente, acudiendo a la figura del defensor judicial prevista por el nuevo artículo 295.5”.

<sup>5</sup> En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2022 (RJ 2023,356) destaca que de los hechos acreditados en la sentencia recurrida no resulta que la negativa expresada por Sra. Sacramento a que se constituyen apoyos judi-

ciales sea expresión de la voluntad patológica secundaria a la depresión o al trastorno de personalidad que padece; sino que pese a la compleja patología física o psíquica que padece, no representa una discapacidad que afecte a la toma de decisiones con efectos jurídicos en sus asuntos personales y patrimoniales que justifiquen una medida de apoyo judicial como la curatela. Y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 27 de octubre de 2021 (JUR 2022,40753); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6ª, de 21 de febrero de 2022 (JUR 2022,143504).

<sup>6</sup> MARÍN VELARDE, A. (2020). “La discapacidad: su delimitación jurídica”. En: E. Muñiz Espada (dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Madrid: La Ley, p. 64.

<sup>7</sup> El artículo 2.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad a los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento; b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento. 3. El grado de discapacidad se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.

Por su parte, La Disposición Adicional cuarta del Código Civil establece que: “La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia” y añade en su párrafo segundo que “A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica”.

<sup>8</sup> En esta línea, vid., entre otros RIBOT IGUALADA, J. (2019). “La nueva curatela: diferencia con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento”. En: S. de Salas Murillo y Mª. V. Mayor del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de las Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: tirant lo blanch, pp. 228-229; ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2022). *La curatela tras la Ley 8/2021*, Valencia: tirant lo blanch, pp. 117-118; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2022). “La curatela: ¿una nueva institución?”. En: M. Pereña Vicente y Mª del M Heras Hernández (dirs.) y M. Núñez Núñez (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021*, de 2 de junio, Valencia: tirant lo blanch, p. 224.

En contra, GARCÍA RUBIO, Mª.P. (2020). “Notas sobre el propósito y significado del anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con incapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”. En: Mª. Del C. Gete-Alonso Calera (coord.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Madrid: Marcial Pons, pp. 50-51 para quien la noción de discapacidad barca cualquier tipo de discapacidad.

<sup>9</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, secc. 4ª, de 17 de enero de 2022 (Roj SAP IB 8/2022; ECLI:ES:APIB:2022:8) aunque es una persona de edad avanzada y con una situación de salud precaria, con serias limitaciones por sus dificultades de movilidad y por la hipoacusia que padece. Ahora bien, ella es conocedora de su situación y se encuentra capacitada para solicitar las ayudas que precisa que en la actualidad recibe para el desarrollo de su vida ordinaria, encontrándose en la actualidad correctamente atendida; y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, 25 de octubre de 2022 (Roj. SAP A 2911/2022; ECLI:ES:APA:2022:2911).

<sup>10</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3ª, de 9 de diciembre de 2022 (Roj. SAP C 2732/2022); y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4ª, de 22 de febrero de 2023 (JUR 2023,2283285). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de

Santander, secc. 2ª, de 12 de julio de 2022 (Roj. SAP S 963/2022; ECLI:ES:APS:2022:963) se indica que se ha constatado ante el Tribunal mediante prueba practicada que D. Evelio cuenta en su vivir diario con apoyos suficientes que hacen innecesarias las medidas de apoyo de carácter judicial que se solicitan. Tal apoyo viene constituido esencialmente por la presencia de su pareja sentimental la Sra. Carla con quien convive desde hace 21 años y que manifiesta o sólo D. Evelio que es suficiente y capaz para atender por sí solo sus necesidades, tanto de la vida ordinaria como de la económica, sino que ella y los abogados del demandado suplen cualquier deficiencia que pudiera presentarse.

<sup>11</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 6 de julio de 2022 (JUR 2022,283145).

<sup>12</sup> En esta línea, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019). “El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo”. En: por S. De Salas Murillo y Mª. V. Mayor Del Hoyo (dirs.), Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad, Valencia, tirant lo blanch, p. 131.

<sup>13</sup> En este sentido, RIBOT IGUALADA, J. (2019). “La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento”, op. cit., p. 222.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 2021 (RJ 2021,2381) destaca que la curatela es una institución flexible, susceptible de abarcar tanto el ámbito personal como el patrimonial.

<sup>14</sup> En esta línea, MUNAR BERNAT, P.A. (2022). “Comentario al artículo 269 del Código Civil”. En: Mª.P. García Rubio y Mª. J. Moro Almaraz (dirs.), I. Varela Castro (coord.), Comentario al articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, p. 347; VIVÁS TESÓN, I. (2021). “Curatela y asistencia”. En: P. M. A. Munar Bernat (dir.), Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política, Madrid: Marcial Pons, p. 286; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2021), Principios de Derecho Civil, T. I Parte General y Derecho de la Persona, vigésimosexta edición, revisada y actualizada con la colaboración de F. Yáñez Vivero, A. Donado Vara y Fco. J. Jiménez Muñoz, Madrid: Marcial Pons, pp. 218-219 precisa que “la curatela aparece configurada en el nuevo sistema no sólo como medida subsidiaria respecto a cualquier medida adoptada por la persona, sino como medida supletoria cuando no exista ninguna otra medida de apoyo suficiente, es decir, es la última medida (entre las judiciales) a la que puede acudirse”.

Asimismo, vid., la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 5, de Córdoba de 30 de septiembre de 2021 (LA LEY 293516,2021) no se nombra curador, pues, Dª Juana actúa como guardadora de hecho de su esposo y debe seguir ejerciendo su labor con el apoyo y colaboración de sus hijos; sin perjuicio que en caso que de forma excepcional necesite funciones representativas.

<sup>15</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc.18ª, de 17 de noviembre de 2021 (Roj. SAP B 13710/2021; ECLI:ES:APB:2021:13710); de la misma Audiencia y sección, de 16 de febrero de 2022 (JUR 2022,141285); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1ª, de 2 de marzo de 2022 (Roj. SAP T 371/2022) la exploración ha puesto de manifiesto que sus habilidades están limitadas al auto cuidado (higiene personal, vestirse, comer, desplazarse) e incluso en estos actos precisa de la ayuda materna; por consiguiente, coincidimos con la sentencia en que precisa de asistencia representativa para los aspectos económicos, jurídicos, administrativos, los relacionados con la salud, contractuales y médicas, y asimismo, con que la persona idónea para la asistencia es su señora madre; y, de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1ª, de 14 de marzo de 2022 (Roj. SAP GI 323/2022) partiendo que los principios que rige la nueva regulación es que la persona siga teniendo su capacidad jurídica, pero, dado que, puede ejercerla incorrectamente, se precisa de ayuda de un tercero para que sus decisiones no le sean perjudiciales. Se procede al nombramiento de asistencia con función asistencia, ya que las facultades de representación solo se adoptarán de forma excepcional, no apreciándose que ante la situación psíquica de Dª Virginia

deba ser representada por el asistente en todos los actos relacionados con su patrimonio, sino que simplemente será necesaria su ayuda o asistencia en dichos actos, lo mismo que respecto a su ámbito personal; de la misma Audiencia y sección, de 14 de marzo de 2022 (Roj. SAP GI 576/2022; ECLI:ES:APGI:2022:576) teniendo en cuenta el diagnóstico y el actual estado de salud de D<sup>a</sup> Francisca, así como que, debido a su patología que padece, ha precisado ser internada en el hospital de Santa Catalina en varias ocasiones, parece adecuado atribuir al apelante la condición de asistente representativo en el ámbito económico y asistente con funciones asistenciales en los restantes ámbitos de la vida de D<sup>a</sup>. Francisca. Así el asistente tendrá las siguientes facultades representativas: 1. Apoyo y supervisión para conocer y apoyar a D<sup>a</sup> Francisca en el ámbito de la salud, superando en la interlocución con los profesionales sanitarios la normativa de protección de datos, así como en materia de información y documentación clínica, salvo cuando conste expresamente la oposición de la asistida. Podrá en este ámbito realizar gestiones como pedir visita, informarse del resultado de las pruebas, gestionar la medicación o prestar consentimiento por sustitución; 2. Facultades representativas en la gestión de asuntos de la esfera económica y patrimonial, de administración ordinaria y extraordinaria de sus bienes, derechos y obligaciones, en especial, en relación con entidades bancarias o financieras, registros, notarías, compañías aseguradoras, etc.; y, 3. Facultades de apoyo y supervisión de D<sup>a</sup> Francisca en el tipo de trámites administrativos y judiciales; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18<sup>a</sup>, de 29 de junio de 2022 (Roj. SAP B 6644/2022; ECLI:ES:APB:2022:6644) deberá garantizarse el seguimiento médico y el cumplimiento del tratamiento prescrito por los médicos; y, de la misma Audiencia Provincial y sección, de 20 de julio de 2022 (JUR 2022,311409) designa asistente para el acompañamiento en el otorgamiento de poderes, para el seguimiento de la salud y el control farmacológico, y en su caso, en lo económico, jurídico y administrativo para cuestiones complejas; de 11 de enero de 2023 (Roj. SAP B 79/2023; ECLI:APB:2023:79); de 2 de febrero de 2023 (Roj SAP B 1642/2023; ECLI:ES:APB:2023:1642); de 23 de marzo de 2023 (Roj. SAP B 3489/2023; ECLI:ES:APB:2023:3489); de 16 de noviembre de 2023 (Roj. SAP B 12582/2023; ECLI:ES:APB:2023:12582); y, de 28 de noviembre de 2023 (Roj SAP B 12780/2023; ECLI:ES:APB:2023:12780)

<sup>16</sup> Vid., un estudio completo de la materia SOLÉ RESINA, J. (2024). “La asistencia: la medida formal de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica del Derecho catalán (1)”, *Actualidad Civil*, número 4, abril 2024, pp. 1-13.

<sup>17</sup> En algunos preceptos objeto de reforma (artículos 1387, 1393, 1700.5 y, 1903 del Código Civil) se emplea el término representación plena; que recuerda a la función del tutor en la tutela de personas mayores de edad cuando la modificación de la capacidad de obrar era total. No entiende bien porque el legislador en los citados preceptos ha utilizado tal concepto.

Parece que el legislador en estos preceptos, se distingue entre una representación simple (general) o una representación plena (específica) —se establecen grados—; cuando simplemente, se indica en las disposiciones generales relativas a las medidas de apoyo que, excepcionalmente se podrán otorgar al curador, por ejemplo, funciones representativas, sin ningún apelativo adicional.

Para RIBOT IGUALADA, J. (2019): “La nueva curatela: diferencias”, op. cit., p. 227 entendiéndose que “la referencia a la representación plena parece una puerta trasera desde lo que sería posible recuperar, si conviene una eficacia equivalente a la actual tutela, sobre todo para actuales las situaciones de incapacidad “total” pero no necesariamente sólo para estos casos”.

De todas formas, en la reforma por esta Ley 8/2021 del Código Penal, también se vuelve a emplear el término representación plena en el artículo 120 ordinal 1<sup>o</sup>.

<sup>18</sup> RIBOT IGUALADA, J. (2019): “La nueva curatela: diferencias”, op. cit., p. 230 para dar lugar al nombramiento de un curador basta “con una necesidad de apoyo continuado de cualquier género o intensidad que, no permita limitar la provisión de apoyos a un acto o tipo de actos que se prevea ocasional”.

Por su parte, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, á. (2022). “Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Boliviana de Derecho*, enero, núm. 33, p. 22 manifiesta al respecto que “en casos extremos y severos de discapacidad intelectual de una persona, situaciones donde el apoyo no puede darse de otro modo y solo ante situaciones de imposibilidad de este, pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones”.

<sup>19</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Navarra: Aranzadi, pp. 75-76; ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2019). “Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas vulnerables”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero, núm. 10, pp. 236-237; LÓPEZ SAN LUIS, R. (2020). “El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Indret*, número 2, p. 119; SERRANO GARCÍA, I. (2020). “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad”. En: E. Muñiz Espada (dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Madrid: La Ley, p.75; ROGEL VIDE, C. (2021). ¿Capacidad de los discapaces? Notas en torno al Proyecto de Ley 121/27”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, pp. 14-15 indica al respecto que, “la supresión de la categoría jurídica de la capacidad de obrar supone poner patas arriba la esencia misma de los conceptos esenciales del derecho”.

<sup>20</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4ª, de 8 de octubre de 2021 (Roj. SAP C 2310/2021; ECLI:ES:APC:2021:2310) manifiesta al efecto que, aunque Dª Cecilia está capacitada para tomar sus propias decisiones de medidas de apoyo, a salvo la ayuda que viene impuesta por su edad y sus limitaciones de movilidad, al haber sido diagnosticada de parkinson. En la situación actual, está en disposición de tomar sus decisiones por sí sola y no están de momento justificadas razones que sustenten la provisión judicial de apoyos para que Dª Cecilia pueda, en igualdad de condiciones, ejercitar sus derechos y tomar sus decisiones; de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1ª, de 17 de noviembre de 2021 (Roj. SAP T 1818/2021; ECLI:ES:APT:2021:1818); y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3ª, de 18 de noviembre de 2021 (Roj. SAP C 2608/2021; ECLI:ES:APC:2021:2608). Asimismo, vid., la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, Massamagrell, secc. 4ª, de 16 de noviembre de 2021 (Roj. SJPII 922/2021; ECLI:ES:JPII:2021:922).

<sup>21</sup> En el Preámbulo de la Ley 8/2021 se especifica que, el menor con discapacidad, cuando llegue a la mayoría de edad, se le prestarán los apoyos que, necesite, al igual que, a cualquier adulto. Y habrá que añadir, ante el hecho claro que persista esa necesidad de asistencia o, en su caso, representación, cuando el hijo/a alcancen su mayoría de edad. Los progenitores en lugar de prorrogar su patria potestad, serán nombrados curadores o guardadores de hecho según la situación personal y patrimonial de sus hijos.

<sup>22</sup> Si bien, como puntualiza SANTOS UBANEJA, F. (2021). *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras le Ley 8/2021*, de 2 de junio, Madrid: Cuniep, p. 250 esta desjudicialización no significa desautorización y es importante entender esto bien pues, “se propone “la razonable desjudicialización” porque en la actualidad la intervención judicial es excesiva, está sobredimensionada sin justificación en perjuicio del colectivo de las personas con discapacidad, sus familiares y allegados”. Por tanto, “el sistema judicial deberá actuar cuando sea necesario y en la medida que sea necesario. Fuera de esto lo normal, lo cotidiano es que se acuda al Juzgado cuando se haya producido una situación que lo justifique”.

<sup>23</sup> Roj. SAP B 9511/2021; ECLI:ES:APB:2021:9511.

<sup>24</sup> En relación con el ejercicio de autonomía financiera y la accesibilidad universal, vid., por un lado, La Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad, incluye por primera vez en una normativa estatal de defensa de las personas consumidoras, la figura de la persona consumidora vulnerable (reformando el artículo 3 del TRLGDCU); y, por otro, el Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las

personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público en cuyo artículo 1 fija como objeto del citado Real Decreto-Ley “regular las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público y establecer una serie de medidas de acción positiva y otros apoyos complementarios orientados a compensar las desventajas de partida que experimentan de forma generalizada las personas con discapacidad”. A los efectos de este Real Decreto se entiende por personas con discapacidad: “aquellas comprendidas en los artículos 4.1 y 4.1 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2023, de 29 de noviembre” (artículo 2 a)).

<sup>25</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2022). La curatela tras la Ley 8/2021, op. cit., p. 145.

<sup>26</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 6 de julio de 2022 (JUR 2022,283145).

<sup>27</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2022). La curatela tras la Ley 8/2021, op. cit., p. 148.

<sup>28</sup> En contra, TORAL LARA, E. (2022). “Las medidas de apoyo voluntarias en el nuevo sistema de provisión de apoyos del Código Civil”. En: E. Llamas Pombo; N. Martínez Rodríguez y E. Toral Lara (dirs.), El nuevo derecho de las discapacidades. De la incapacitación al nuevo reconocimiento, Madrid: La Ley, p. 96 quien permite a los menores la constitución de curatela o poderes preventivos.

<sup>29</sup> Vid., la Resolución de la DGFPJSJ de 4 de noviembre de 2022 (RJ 2023,5380) respecto a una escritura de aceptación y partición de herencia: el notario autorizante de la escritura de aceptación y partición de herencia ha reseñado el documento auténtico del que nacen las facultades representativas: el título de representación es una escritura de poder preventivo autorizada por él mismo y se especifican los datos de dicha escritura de apoderamiento. Debe tenerse en cuenta que para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. En los supuestos en que no exista resolución judicial que declare la situación de discapacidad y, sin embargo, el poder preventivo deba ser aplicado, el notario debe indagar en cada caso concreto la especial situación en que se encuentre la persona afectada de una eventual discapacidad: al añadir el notario que junto con la copia autorizada de la escritura de poder se le exhibe un “certificado médico” sobre el poderdante, sin reseñar fecha, autor ni objeto y al haberse incorporado a la escritura un documento administrativo titulado “calificación de minusvalía”, faltan en la escritura calificada la claridad y previsión exigibles para que no haya lugar a duda sobre el hecho que el notario ha ejercido el control que la ley le encomienda y, para que la registradora pueda apreciar que el título autorizante contiene los elementos que permiten corroborar que el notario ha ejercido dicho control.

<sup>30</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2022). La curatela tras la Ley 8/2021, op. cit., pp. 155-156; RIBOT IGUALADA, J. (2021). “Comentarios a los artículos 257 a 262 del Código Civil”. En: C. Guilarte Martín Calero (dir.), Comentarios a la Ley 8/2021 por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, vol. III, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 633; TORAL LARA, E. (2022). “Las medidas de apoyo voluntarias en el nuevo sistema de provisión de apoyos del Código Civil”, op. cit., p. 105.

<sup>31</sup> Vid, la Resolución de la DGSJFP de 4 de noviembre de 2022 (BOE, núm. 289, 22 de diciembre de 2022, pp. 165429 a 165439).

<sup>32</sup> ESCARTÍN IPIÉNS J.A. “La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, Revista de Derecho Civil, vol. V, número 3, julio-septiembre 2018, p. 87.

<sup>33</sup> Roj. STS 4003/2021; ECLI:ES:TS:2021:4003. Vid., también la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021 (RJ 2021,4847) nombramiento de curador a tres de sus seis hijos, expresando, asimismo, su deseo que no se nombrase a ninguno de los otros tres hijos ni a institución pública o privada; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 19 de mayo de 2023 (JUR 2023,386267).

<sup>34</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, número 734, de 2 de noviembre de 2021 (Roj. STS 4003/2021; ECLI:ES:TS:2021:4003) habla de tales características que delimitan la autocratela, tal y como es concebida por la ley y son las siguientes: 1. Nos hallamos ante un negocio jurídico de familia, de carácter unilateral, pues proviene de la voluntad del otorgante, sin necesidad de concordarla con la propia persona designada, al tiempo de su otorgamiento; 2. Es personalísimo, pues pertenece exclusivamente a la esfera dispositiva de la persona interesada que la ejerce, en tanto en cuanto le compete la designación de la persona que, en virtud de su disponibilidad, solicitud, empatía, cercanía y afecto, considera más idónea para prestarle los apoyos precisos para el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad; en definitiva, para acompañarla, asistirle, o incluso, excepcionalmente representarla con la confianza que ejercerá dicho cargo con respecto a su voluntad, deseos, preferencias, creencias, valores y trayectoria vital (artículos 249 y 250 del CC). Sin perjuicio, claro está, de la facultad de designar a una persona jurídica pública o privada que desempeñe tales funciones. La Ley prevé la posibilidad que se delegue al cónyuge o a otra persona, la elección entre las llamadas en escritura pública a ejercer el cargo. No, por lo tanto, la designación del curador, sino la elección entre los escogidos por la persona interesada (artículo 274 del CC); 3. Es un negocio jurídico inter vivos, en tanto en cuanto desengadena sus efectos en vida de la persona con discapacidad, al ser concebida precisamente para el apoyo, acompañamiento amistoso, ayuda técnica, ruptura de barreras, consejo e incluso ejercitar excepcionalmente funciones representativas, cuando sea menester; 4. Es solemne, puesto que su validez precisa que la voluntad se manifieste en escritura pública notarial, como las medidas voluntarias de apoyo (artículo 271 del CC); 5. Vincula al juez al proceder al nombramiento del curador, sin perjuicio que pueda prescindir de dicha designación mediante resolución motivada, por razones graves, desconocidas al tiempo del otorgamiento o por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la designación, en los términos del párrafo segundo del artículo 272 del CC; 6. Es revocable, puesto que entra en el marco de las facultades dispositivas del otorgante dejar sin efecto una previa designación efectuada; 7. Es inscribible en el registro Civil; 8. Por último, las facultades de la persona interesada no solo se limitan a la designación de quien vaya a ejercer las funciones del curador, incluso sus sustitutos (artículo 273 del CC), sino también contempla la opción de establecer las disposiciones, que se consideren oportunas con respecto al funcionamiento y ejercicio del cargo (artículo 271.2 del CC)”.

<sup>35</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 2021 (Roj. STS 1894/2021; ECLI:ES:TS:2021:1894).

<sup>36</sup> Vid., el artículo 222-7 del Código Civil catalán. Asimismo, el artículo 112 del Código Foral aragonés.

<sup>37</sup> Vid., por todos, HIJAS CID E., “Novedades en la regulación de la autocratela”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, número 99, septiembre-octubre 2021, p. 29.

<sup>38</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021 (Roj. STS 3770/2021; ECLI:ES:TS:2021:3770)

<sup>39</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2021 (Roj. STS 2675/2021; ECLI:ES:TS:2021:2675)

<sup>40</sup> El artículo 108 del Código Foral aragonés establece que “1. Conforme al principio *standum est chartae* cualquier persona mayor de edad y con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitado judicialmente podrá, en escritura pública, designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar causas de inhabilidad, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes. Podrá también establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos sin perjuicio de la vigilancia y control del Juez y el Ministerio Fiscal”.

<sup>41</sup> En esta línea, DE SALAS MURILLO S., “Comentarios a los artículos 271 a 274 del Código Civil. De la autocratela”, *Comentarios a la Ley 8/2021*, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, dirigida por C. Guilarte Martín-Calero,



Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021, p.716 si bien, matiza cuando se den los presupuestos del propio artículo 254 del Código Civil.

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS A., El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021, pp. 90-91.

<sup>43</sup> LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ I., Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad, Francis Lefebvre, Madrid 2021, p. 80 cree que no es posible otorgar una escritura de autotutela, cuando la tutela ya está constituida.

<sup>44</sup> A diferencia del antiguo artículo 269 del Código Civil no está el curador obligado a velar por el tutelado, procurar los alimentos o convivir con él o fijar el lugar de residencia.

<sup>45</sup> Vid., las Resoluciones de la DGSJYFP de 19 de julio de 2022 (RJ 2022,5189); y, de 7 de octubre de 2022 (BOE, núm. 261, 31 de octubre de 2022, pp. 148405 a 148409). Se indica en la primera que este precepto: “No se prohíbe por tanto en la Ley la autocontratación, sino la mera existencia de conflicto de interés, aunque no haya autocontrato. Se producirá una situación de autocontrato en aquellos supuestos en los que una persona, con su sola voluntad, pueda vincular a dos o más patrimonios o centros de intereses diversos que se encuentran en una situación económica de confrontación o colisión; de tal manera que necesariamente el beneficio de uno se tenga que obtener a costa o en detrimento del otro. Pero en el caso concreto de este expediente la situación de autocontrato puede entenderse salvada por la intervención de otro apoderado mancomunado en la conformación de la voluntad de la sociedad vendedora y por la ratificación expresa por parte del Consejo de administración de la sociedad vendedora.

Por el contrario, lo que no salva es la apreciación de la existencia de conflicto de intereses, que es una situación subjetiva, que existe siempre que en una determinada situación una misma persona tenga posiciones jurídicas contrapuestas, de tal manera que el provecho de una necesariamente tenga que obtenerse en detrimento de la otra. Esto es lo que ocurre en el caso que nos ocupa, en el que una determinada persona —el curador— no sólo es apoderado mancomunado de la sociedad vendedora sino al mismo tiempo representante legal (tutela representativa) del comprador con discapacidad, de manera que económicamente lo que le favorece como vendedor (como es la fijación de un precio cuanto más alto mejor) le perjudica al comprador discapacitado por él representado. Debe destacarse que para salvar ese conflicto de interés ni siquiera existe justificación alguna de la conveniencia de la compra de las plazas de garaje por parte de la persona con discapacidad.

Necesariamente el beneficio como representante de la sociedad vendedora deriva del perjuicio o menoscabo de la posición del discapacitado, por la propia estructura del contrato, como ocurre en todos los contratos onerosos con obligaciones recíprocas o sinalagmáticas.

Y, respecto al conflicto de intereses: “Hay por tanto conflicto de interés en el curador, cuya voluntad como apoderado mancomunado de la sociedad vendedora es decisiva para la formalización del negocio jurídico que sin ella no se hubiera producido, y cuyo interés está —como representante de la sociedad vendedora— en contraposición a los del discapacitado comprador por él representado. Y el hecho de que el mismo tutor —ahora curador— forme parte del consejo de administración de la sociedad vendedora hace que la ratificación por el Consejo no salve la concurrencia de conflicto de intereses, sino que lo acentúe, a diferencia de lo dicho en materia de autocontratación.

Todo ello dentro de un contexto en el que claramente se prohíbe al curador, conforme al artículo 251.2º prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses, precepto que debe interpretarse en favor de la protección de discapacitado, por lo que debe entenderse que su comparecencia personal en la escritura nada obvia la existencia de la autocontratación ni el conflicto de interés.

En fin, en cuanto la necesidad de autorización judicial debe revocarse la nota de calificación manifiesta este Centro Directivo que: “El registrador en su nota de calificación además de poner de manifiesto el conflicto de interés ya analizado, considera que la actuación del tutor —hoy sujeto a las normas de la tutela representativa—, “está necesitada de autorización

judicial, que sigue sin acreditarse”. Tal autorización judicial no es exigible, y en esto debe revocarse la calificación. 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. Por ello, la necesidad de autorización que se expresa en la nota de calificación no puede basarse en este precepto legal.

Así el artículo 287.2.º del Código Civil establece que “el curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes: (...) 2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular”. Entre estos actos dispositivos necesitados de autorización judicial no se encuentra la compra de inmuebles. También tiene razón el recurrente cuando indica que el artículo 275.3.2º del Código Civil, mencionado en la nota para justificar la necesidad de autorización judicial, no es aplicable al presente caso porque este precepto trata de prohibiciones para el nombramiento de curador. Para los casos en que exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo, el remedio legalmente prevenido no es la autorización judicial a que se refiere el registrador en su calificación sino el nombramiento de defensor judicial, con las consecuencias que se derivan de su régimen jurídico (cfr. artículos 295.2º y concordantes del Código Civil).

Por consiguiente, no se ajusta a Derecho la calificación en cuanto exige, “per se”, autorización judicial para realizar una compra de un inmueble como la formalizada”.

Esta Dirección General concluye que: “ha acordado estimar el recurso en cuanto a la necesidad de autorización judicial y confirmar la calificación impugnada en cuanto a la existencia de un conflicto de interés que exige la designación de un defensor judicial al discapaz”

<sup>46</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2021 (RAJ 2021,4002) además de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso, a su voluntad, deseos y preferencias. Igualmente, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 2021 (RJ 2021,2381) se hacía referencia a que uno de los principios que deriva de la Convención de Nueva York, en su interpretación jurisprudencial, era el de la consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad.

<sup>47</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4ª, de 8 de octubre de 2021 (LA LEY 244174,2021) pese a la edad y algunos rasgos de su personalidad, en la época actual Dª Cecilia no precisa que se adopten medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica —principio de necesidad—. Asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3ª, de 13 de enero de 2022 (Roj. SAP PO 24/2022; ECLI:ES:A-PPO:2022:24) en el juicio notarial de capacidad se considera que la persona con discapacidad tiene capacidad jurídica para otorgar una donación.

<sup>48</sup> En esta línea, MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). “Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre Discapacidad”, Revista de Derecho Civil, julio-septiembre, vol. V, núm. 3 p. 200.

Para PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. (2021). “Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad”. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia, 6ª ed., Madrid: Edisofer, pp. 438-439 la curatela “es una medida formal prevista para las personas con dis-

capacidad que precisen apoyo de modo continuado por la autoridad judicial en el preceptivo procedimiento de provisión de apoyos y con la extensión que fije la correspondiente resolución”.

Por su parte, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2021). *Compendio de Derecho Civil, T. V Derecho de la familia*, 4ª ed., Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 302 señala que “la curatela es la institución y el curador la persona que complementa la capacidad del sujeto a la misma, en aquellos casos que necesite un apoyo para tomar decisiones en cuestiones que le afecten, de todo tipo”.

<sup>49</sup> LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Madrid: Francis Lefebvre, p. 74.

<sup>50</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 19 de febrero de 2021 (JUR 2021,83628) curatela asistencial en el ámbito de la salud, en la gestión de actividades instrumentales de la vida como organización de la vivienda y limpieza y en el ámbito económico en la gestión o administración y disposición de sus bienes, salvo para gestión de dinero de bolsillo manteniendo como institución tutela el nombramiento de una persona jurídica que ejercerá las funciones de curador; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3ª, de 21 de marzo de 2022 (Roj. SAP PO 469/2022) requerirá apoyo de curador no representativo en la gestión de su patrimonio, en todo cuanto exceda el dinero de bolsillo, a cuyo fin, este estará autorizado en las cuentas, para su conocimiento, lo que abarcará la gestión no comprendida en los gastos ordinarios, pudiendo recabar cuanta información bancaria considere oportuna, debiendo en caso de conflicto o disparidad de opiniones, acudir a la vía judicial, así como en los casos previstos en el artículo 287 del CC; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24ª, de 28 de junio de 2022 (Roj. SAP M 11418/2022).

<sup>51</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4ª, de 8 de octubre de 2021 (LA LEY 254333,2021); de la Audiencia Provincial de Pamplona, secc. 3ª, de 21 de octubre de 2021 (Roj. SAP NA 1753/2021; ECLI:ES:APNA:2021:1753); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 20 de octubre de 2021 (LA LEY 265322,2021); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2ª, de 15 de noviembre de 2021 (Roj. SAP Z2327/2021; ECLI:ES:APZ:2021:2327); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 25 octubre de 2021 (LA LEY 251571,2021); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1ª, de 22 de noviembre de 2021 (Roj. SAP CR 136/2021; ECLI:ES:APCR:2021:1326); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1ª, de 25 de noviembre de 2021 (Roj. SAP T 1898/2021; ECLI:ES:APT:2021:1898); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 25 de noviembre de 2021 (Roj. SAP J 1538/2021; ECLI:ES:APJ:2021:1538); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5ª, de 20 de diciembre de 2021 (Roj. SAP C 3029/2021; ECLI:ES:APC:2021:3029); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1ª, de 23 de diciembre de 2021 (Roj. SAP VA 1928/2021; ECLI:ES:APVA:2021:1928); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2ª, de 14 de marzo de 2022 (JUR 2022,186486); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3ª, de 21 de marzo de 2022 (Roj. SAP PO 469/2022; ECLI:ES:APO:2022:469); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 5 de abril de 2022 (Roj. SAP GR 845/2022); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2ª, de 30 de junio de 2022 (JUR 2002,304708) curatela asistencial para supervisar la asistencia médica y el seguimiento de los tratamientos médicos que, especialmente en la salud mental le pudieran pautar al curatelado; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 24 de febrero de 2023 (Roj. SAP M 4227/20023); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7ª, de 7 de julio de 2023 (JUR 2023,354489) limitación de la medida de apoyo a la esfera personal. Así el curador designado actuará en la esfera persona atinente a la salud de la persona con discapacidad con relación al manejo de la medicación psicofarmacológica crónica que se le prescriba, consentimiento de los tratamientos médicos necesarios para su patología y también para la asistencia a las consultas programadas con su psiquiatra. Asimismo, vid., las sentencias del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2, de Tafalla, 16 junio 2021 (LA LEY 232952,2021); del Juzgado de Primera Instancia, número 9, de Castellón de la Plana, 23 septiembre 2021 (Roj. SJPI 1530/2021; ECLI:ES:JPI:2021:1530); del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 4, de Toledo, 16 de noviembre 2021 (LA

LEY 290175,2021); del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 3, de Durango, 25 noviembre 2021 (LA LEY 225488, 2021); y, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2, de Orgaz, 27 de diciembre 2021 (LA LEY 304858,2021).

<sup>52</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 16 de septiembre de 2021 (LA LEY 212410,2021); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 29 de octubre de 2021 (Roj. SAP S 1237/2021; ECLI:ES:APS:2021:1237); de la Audiencia Provincial de Elche, de 22 de noviembre de 2021 (Roj. SAP A 2610; ECLI:ES:APA:2021:2610); de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1ª, de 22 de noviembre de 2021 (Roj. SAP OU 777/2021; ECLI:ES:APOU:2021:777); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5ª, de 1 de diciembre de 2021 (JUR 2022,60566) extensión a los actos patrimoniales de los ordinales 2 a 9 del artículo 287 del Código Civil y a la defensa de sus intereses como contratante en los juicios promovido frente a él por quienes accionan como sus acreedores; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 19 de enero de 2022 (Roj. SAP V 111/2022; ECLI:ES:APV:2022:111); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 28 de diciembre de 2022 (JUR 2023, 375091); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5ª, de 12 de julio de 2023 (Roj. SAP C 1832/2023) curatela representativa en los siguientes ámbitos: para prestar consentimiento válido en contratos o negocios jurídicos que afecten a su persona o patrimonio y otorgar testamento; entablar acciones judiciales; administrar su patrimonio; realizar trámites administrativos; decidir su lugar de residencia; y prestar consentimiento válido informado para cualquier intervención o tratamiento médico o quirúrgico; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 22 de septiembre de 2023 (JUR 2023,406588) el curador designado ha de asumir la representación para aquellos actos de mayor trascendencia patrimonial y concretamente para los indicados en el artículo 287 del CC, los de mayor relevancia económica, entre los que se encuentran los de disposición a título gratuito; aceptación y repudiación de herencia; compra o venta de bienes inmuebles; tomar dinero a préstamo; gravar bienes de su propiedad, etc.. Por otro lado, en su estado actual D. José Pablo carece de autonomía para realizar algunas actividades básicas e instrumentales de la vida, especialmente en lo relativo a su propia salud, dada su nula conciencia de la enfermedad, lo que justifica que en ese ámbito se adopten medida de protección en la forma más amplia legalmente prevista. Asimismo, vid., las sentencias del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 4, de Massamagrell, 21 de septiembre 2021 (LA LEY 275376,2021); del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 1, de Tafalla, de 28 de septiembre de 2021 (LA LEY 229587,2021) D. Eduardo está diagnosticado de enfermedad de alzhéimer grado GDS 5 y que el déficit de funciones intelectuales y volitivas es permanente e irreversible. Tiene afectadas las habilidades funcionales necesarias para ejercer el gobierno de sí mismo en sus esferas personal y patrimonial y necesita vivir en un medio controlado con capacidad de provisión de cuidados sanitarios y básicos continuados para su persona. Aunque en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado, en casos como este, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, está justificada la adopción de las medidas asistenciales, proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona aun en contra de la voluntad del interesado, porque el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que tenga clara conciencia de su situación. En consecuencia, se nombra curadores de D. Eduardo con facultades de representación a su hija Dª. Carmen debiendo prestarle el apoyo necesario para las actividades cotidianas, situación económica y administración de sus bienes, consentimiento en tratamientos médicos y seguimiento de pautas de alimentación y médicas (la cursiva es nuestra); del Juzgado de Primera Instancia, número 9, de Castellón de la Plana, de 4 de octubre de 2021 (LA LEY 179291,2021); del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 1, de Alcaraz, de 14 de octubre de 2021 (LA LEY 204752,2021); del Juzgado de Primera Instancia, número 6, de Albacete, de 21 de octubre de 2021 (LA LEY 209579,2021); del Juzgado de Primera Instancia, número 7, de Guadalajara, de 27 de octubre de 2021 (LA LEY 207395,2021); la SJPII, número 3, de Durango, de 23 de noviembre de 2021 (LA LEY

205270,2021); la SJPII, número 2, de Tafalla, 23 noviembre 2021 (LA LEY 307912,2021); del Juzgado de Primera Instancia, número 7, de Guadalajara, de 20 de diciembre de 2021 (LA LEY 290223,2021); del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2, de Tafalla, de 29 de diciembre de 2021 (Roj. AJPII 851/2021; ECLI:ES:JPII:2021:851A); del Juzgado de Primera Instancia, número 8, de Albacete 7/2022, de 14 de enero de 2022; del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2, de Villarrobledo, de 7 de febrero de 2022 (LA LEY 23812,2022); y, del Juzgado de Primera Instancia, número 8, de Albacete, de 14 enero y de 10 febrero de 2022 (LA LEY 10868,2022; LA LEY 15338,2022).

Para SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á. (2022). “Aspectos generales de la reforma”, op. cit., p. 31 se establece como medida de apoyo la curatela representativa cuando “se trate de una discapacidad intelectual severa que, impida a la persona decidir por sí misma”.

<sup>53</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, secc. 2ª, de 17 de marzo de 2022 (Roj. SAP CS 331/2022; ECLI:ES:APCS:2022:331) constitución de una curatela que se extenderá a las decisiones de índole médica que le afecten, así como al control y seguimiento de los tratamientos farmacológicos y de rehabilitación que se prescriban y a todos los actos de administración y disposición patrimonial que pretendan llevar a cabo la persona discapacitada; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 25 de marzo de 2022 (Roj. SAP J 413/2022; ECLI:ES:APJ:2022:413) se constituye como medida de apoyo un sistema de curatela representativa que deberá ser ejercida por Dª Marfía, teniendo en cuenta tanto la voluntad consciente del representado, como su personalidad y los deseos que en el pasado haya manifestado inequívocamente en previsión de futuro, representando a la curadora al sometido a la medida en la toma de decisiones de medicación y tratamiento de D. Eutimio y al respecto de actos dispositivos que representen un valor superior a 50 euros, sean o no inscribibles, debiendo cumplir el curador con los deberes establecidos en el fundamento jurídico tercero de esta resolución; de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3ª, de 28 de marzo de 2022 (JUR 2022,186501) se mantiene la curatela representativa de FUNGA respecto a los actos de contenido económico de Dª. Aurora, en concreto para los actos de administración patrimonial, otorgamiento de poderes y decisiones de contenido económico, contratos, préstamos y créditos o realizar donaciones. La curadora gestionará el patrimonio e ingresos de la curatelada que fijará una cantidad mensual para sus gastos, dependiendo del importe de su pensión e ingresos; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, de 4 de abril de 2022 (Roj. SAP TF 279/2022) los actos para los que requiere función representativa serán los siguientes: a) En el ámbito o esfera personal: supervisión del estado personal y residencial del discapaz, teniendo en cuenta sus propias preferencias. Supervisión de aspectos médicos de la misma. Posibilidad de solicitud de internamiento en centro adecuado, o en este caso, ratificación del internamiento en el Centro Atalaya; y b) En el ámbito patrimonial: en los actos de administración y disposición económica y en la celebración de contratos, salvo para los que precisa autorización judicial en los supuestos del artículo 287 del Código Civil. administración y control de su patrimonio que, deberá mantenerse a fin de que si fuese en el futuro necesario dotar a Dª Angélica de los medios adecuados para llevar una vida digna y adecuada; de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, de 2 de junio de 2022 (JUR 2022,335793) curador con facultades representativas en materia de cuidado personal, salud, y patrimonial en actuaciones laborales, administrativa jurídica y económicas, incluso manejo de dinero de bolsillo; de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1ª, de 14 de septiembre de 2022 (Roj. SAP VI 1400/2022; ECLI:ES:APVI:2022:1400) los actos de representación se deben extender a todos los concernientes a la esfera personal (aseo personal, vestirse, comer, desplazarse) y actividades cotidianas (comprar, preparar la comida, limpiar la casa, telefonar). Necesita representación para todas las actividades económico administrativas y jurídicas, seguimiento de sus cuentas corrientes, para controlar ingresos, gastos, realizar actos de carácter económico complejos como préstamos, enajenaciones, donaciones. También para tomar decisiones sobre su salud, tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas, pautas alimenticias, medicación pautada; de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3ª, de 10 de octubre de 2022 (JUR 2022,362396); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 9 de enero

de 2023 (Roj. SAP V 138/2023; ECLI:ES:APV:2023:138) se acuerda como medida de apoyo la curatela representativa, que deberá realizar las funciones de prestar el apoyo, en la forma que se indica: 1. Asistencia personal: a) Para el autocuidado: aseo personal, vestirse, comer, desplazarse, etc.; b) Para las actividades cotidianas: comprar; preparar la comida, limpieza de la casa, telefonar, respuesta ante la necesidad de ayuda; 2. Apoyo, siendo la intensidad del mismo la representación: a) Respecto de las habilidades económico-jurídico-administrativas y contractuales: para conocimiento de su situación económica, para tomar decisiones de contenido económico; seguimiento efectivo de sus cuentas, de sus ingresos, gastos, etc., para administrar sus ingresos, incluso el dinero de bolsillo, para realizar actos de carácter económico o administrativo complejo como préstamos, enajenaciones, donaciones, etc.; b) Respecto de las habilidades sobre la salud: para consentimiento de tratamiento médico, para consentimiento de intervenciones quirúrgicas, para seguimiento de pautas alimenticias, para el suministro de medicación pautada; el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3ª, de 19 de abril de 2023 (JUR 2023,435227) prestación de apoyo en todo lo referente a actos de la vida persona, cotidiana e independiente; actos de carácter jurídico, económico, contractual y administrativo; actos relacionados con el ámbito de la salud. Ha de confirmarse la curatela representativa sin que sea posible otra solución jurídica más adecuada a la vista de las expresadas circunstancias personales y sin que, en contra de lo solicitado por la parte apelante, sea suficiente para lograr el desarrollo pleno de la personalidad de aquel y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad el simple mantenimiento de la guarda de hecho, a todas las luces insuficiente aquí; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3ª, de 12 de junio de 2023 (JUR 2023,368633); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 31 de octubre de 2023 (Roj. SAP MA 3471/2023; ECLI:ES:APMA:2023:3471).

<sup>54</sup> Coincidimos con GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>.P. (2018). “Comentario al artículo 250 del Código Civil”, op. cit., pp. 236-237 que hay “casos difíciles” o casos límite” y ante este tipo de situaciones “no queda más remedio que, entender que el curador representativo actuará en representación de la persona a la que se presta apoyo y que esa sustitución será además general o plena”.

<sup>55</sup> En esta línea, CORRIPIO GIL-DELGADO, M<sup>a</sup>.R. (2022). “El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril, núm. 790, p. 700.

<sup>56</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1ª, de 22 de noviembre de 2021 (Roj. AAP CR 1326/2021; ECLI:ES:APCR:2021:1326) D. Rodolfo sufre un trastorno psicótico grave compatible con la esquizofrenia, no tratada, sin conciencia de enfermedad y que limita su capacidad de juicio, abstracción y volición, así como su interacción social. Cumple criterio diagnósticos actuales de esquizofrenia con predominio de síntomas positivos (delirio y alucinaciones), además de alteración en el comportamiento y repercusión grave social, familiar y laboral. Para el Tribunal una curatela representativa extensiva a todos los actos del mismo, resulta excesiva en las limitaciones que, a su libre actuación, afecta. En consonancia, con la situación actual que éste presenta. Se nombra como curadora a la Fundación MADRE quien asumirá y ejercerá el cargo conforme a los requisitos fijado en la Ley y en la esfera personal a las funciones representativas tendentes a cumplir con el internamiento obligatorio autorizado en un centro especializado de salud mental y al tratamiento médico ambulatorio, psicofarmacológico, terapéutico psicosocial de salud mental en un centro adecuado, si D. Rodolfo, no accede de forma voluntaria. A la asistencia relativos a los actos relativos al cuidado de su personal, en general y en concreto, en el ámbito médico sanitario en todo lo que le afecta, sin perjuicio del control de la medicación, seguimiento del tratamiento, asistencia a citas médicas e ingresos hospitalarios; en la esfera patrimonial, D. Rodolfo conserva la posibilidad de gestionar y administrar sus ingresos, igualmente, conserva la iniciativa, pero necesitará ser asistido, apoyado y controlado tuitivamente por la curadora para los actos del artículo 287 y estas medidas será revisadas a los seis meses; de la Audiencia Provincial de Bilbao, secc. 4ª, de 18 de febrero de 2022 (Roj. BI 391/2022) se opta por una curatela representativa respecto: 1. Al lugar de residencia en un centro socio-sani-

tario de alta intensidad, que responda a las necesidades y atendiendo a su edad y estado de salud para respetar su máxima autonomía y, a poder ser, en un entorno urbano; y, 2. A los temas relacionados con sus estado de salud, en especial en la supervisión de la toma de la medicación pautada, autorización de tratamientos médicos, realización efectiva de consultas facultativas programadas por el sistema de salud y todas las demás que, fueran necesarias. Medidas necesarias y cuya ausencia le provocarían un grave deterioro personal, atendiendo a que únicamente se ha evidenciado una mejoría física y mental desde febrero de 2020 en que se acordó su ingreso en centro socio-sanitario de alta intensidad; y una curatela asistencial en las actividades instrumentales ordinarias; de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1ª, de 24 de febrero de 2022 (Roj. SAP TO 333/2022) la designación de curador a la entidad que determine la Comisión Tutelar de Castilla-La Mancha atendiendo las características de D. Vicente con el fin de proteger su patrimonio, en concreto para: a) Realizar actuaciones complejas o de administración de su patrimonio, incluida la disposición a título gratuito de bienes y derechos; b) Otorgar testamento; c) Entablar acciones judiciales; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 13 de mayo de 2022 (Roj. SAP M 7330/2022) curatela asistencia en la atención médico-asistencial en lo que respecta al trastorno psiquiátrico de esquizofrenia paranoide que padre Dª. Ana y lo que guarde directa relación con él; y, asumirá la representación únicamente para aquellos actos de mayor trascendencia patrimonial y concretamente para los previstos en el artículo 287 del Código Civil como actos del curador sujetos a aprobación judicial; de la Audiencia Provincial de Santander, secc. 2ª, de 5 de octubre de 2022 (Roj. SAP S 1283/2022); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 21 de diciembre de 2022 (Roj. SAP J 1703/2022); de la Audiencia Provincial de Santander, secc. 2ª, de 18 de enero de 2023 (Roj. SAP S 50/2023); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, de 27 de marzo de 2023 (JUR 2023,259517) curatela representativa en el seguimiento y administración del tratamiento farmacológico periódico del trastorno esquizoafetivo de tipo bipolar y curatela asistencial del 50% de sus ingresos; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 28 de abril de 2023 (Roj. SAP J 498/2023) se establece una curatela asistencial en relación con las habilidades de la vida independiente: necesidad de ayuda y supervisión de tercera persona para cada uno de ellas, para las necesidades instrumentales cotidianas: comprar; preparar la comida, limpiar la casa, telefonar; respuesta ante la necesidad de ayuda; manejo diario de dinero de bolsillo, gastos de uso cotidiano de carácter menor; y, la curatela será representativa: 1. Para el resto de las habilidades económico jurídico-administrativas y concretamente para a toma de decisiones de contenido económico, como seguimiento efectivo de cuentas corrientes, ingresos, gastos, apertura de cuentas bancarias; domiciliación bancaria de recibos; uso de tarjeta de crédito/débito, otras facetas de análoga complejidad; 2. En relación a sus habilidades sobre su salud, como manejo y toma de medicamentos, seguimiento de revisiones periódicas o pautas alimenticias, autocuidado, prestación de consentimiento informado en tratamientos médicos en el ámbito de la salud física y en el ámbito de la salud mental; finalmente, 3. En relación con sus habilidades en el ámbito contractual: compraventa, préstamos donaciones, otros actos de disposición o gravamen patrimonial; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 27 de octubre de 2023 (Roj. M 16772/2023).

Asimismo, las sentencias del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 1, del Toro, 20 octubre 2021 (LA LEY 181844,2021); del Juzgado de Primera Instancia, número 7, de Guadalajara, 29 diciembre 2021 (LA LEY 290214,2021); y, del Juzgado de Primera Instancia, número 7, de Guadalajara, 8 febrero 2022 (LA LEY 29194,2022).

<sup>57</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1ª, de 16 de febrero de 2022 (JUR 2022,143773) la curatela será representativa para todos los actos de naturaleza económica y patrimonial complejos, para los actos que tengan consecuencias jurídica (como contractuales, incluido productos bancarios y/o financieros, testamentarios y cualesquiera otros de naturaleza semejante) y para los médicos tratamientos farmacológicos facultativamente pautados, hospitalarios e incluso quirúrgicos relativos a patologías físicas, somáticas psíquicas que padece D. Evaristo; y la curatela será no representativa o asistencial para los actos cotidianos independiente de la vida diaria (como la administración ordinaria de los

bienes de D. Evaristo, incluida la autorización para operar con sus cuentas bancarias, a los afectos de gestionar el pago de recibos, tributos, impuestos y actuaciones de administración ordinarias del patrimonio, así como para proveer a los gastos y atenciones de manutención, vestido, higiene personal y demás cuidados que precise D. Evaristo, excepto en los casos en que sea necesaria la autorización judicial); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 7 de junio de 2023 la curatela será asistencia en relación con las habilidades de Dª Asunción relacionadas con su vida diaria, su salud en general, así como las habilidades de carácter económico jurídico-administrativo y contractuales, éstas últimas en relación al adecuado cumplimiento de sus obligaciones económicas y manejo adecuado de sus gastos y bienes; y la curatela será representativa en relación a la atención médico-asistencia de Dª Asunción en lo que respecta a la enfermedad que padece; el cuidado de su salud; el control de tratamientos farmacológicos; asistencia a consultas médicas y prestación del consentimiento informado; el apoyo sanitario, con ayuda para visitas médicas, seguimiento y administración de medicación y tratamientos, gestiones y autorizaciones en el ámbito sanitario; y cualquier decisión relacionada con la salud de Dª Asunción específicamente relacionada con la esquizofrenia paranoide que padece; cuidando de evitar el manejo de vehículos y armas cuando tenga y/o persista tendencia a sufrir alucinaciones auditivas e ideas autorreferenciales.

<sup>58</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, secc. 3ª, de 9 de febrero de 2022 (Roj. SAP GC 584/2022; ECLI:ES:APGC:2022:584) con facultades representativas en el aspecto patrimonial y en el área de la salud; de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, secc. 3ª, de 9 de marzo de 2022 (Roj. SAP GC 710/2022; ECLI:ES:APGC:2022:710) la procedencia de medidas de apoyo a favor de Dª Camila consistentes en que su hermano D. Eulalio como curador de la persona de su hermana la asista para una efectiva atención médico-asistencial de aquélla. Asimismo, como curador con funciones representativas de los bienes de Dª Camila, deberá administrar su patrimonio, realizando los actos burocrático precisos para su salvaguarda, debiendo formar inventario, sin necesidad de prestar fianza, en el plazo previsto en el artículo 285 del CC y rendir cuentas anuales, necesitará autorización judicial para realizar los actos enumerados en el artículo 287 del CC; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24ª, de 11 de marzo de 2022 (Roj. SAP M 3544/2022; ECLI:ES:APM:2022:3544) la Agencia Madrileña de Tutela del adulto es quien asume las funciones de curador representativo de Dª Purificación para las siguientes actividades: a) Toma de decisiones de contenido económico (seguimiento efectivo de sus cuentas corrientes, depósitos, fondos de inversión u otros productos financieros, o de ingresos o gastos); b) Realización de actos de carácter económico administrativo como préstamos, ya sean hipotecas o de otra índole, enajenaciones, arrendamientos, donaciones, permutas, aceptación/repudiación de herencia, venta de inmuebles, etc.; c) Ejercicio de acciones judiciales tanto como demandante como demandada; d) Apoyo sanitario, con ayuda para visitas médicas, seguimiento y administración de medicación, tratamientos, gestiones y autorizaciones en el ámbito sanitario; e) Toma de decisiones en materia de salud, medicación, tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas y materias relacionadas con la seguridad; f) Contratar a las personas que, como en la actualidad, vienen auxiliando a Doña Purificación, para su atención y para el fomento terapéutico de sus habilidades físicas, cognitivas, psicomotrices y psicológicas; g) Representación y gestión de arrendamientos inmuebles de los que es dueña o usufructuaria Doña Purificación; y h) Establecer una disponibilidad de cincuenta euros a la semana para atender pequeños gastos y liberalidades. La AMTA deberá respetar su voluntad de permanecer residiendo en el que siempre ha sido su domicilio, donde actualmente vive, bajo asistencia domiciliaria permanente e ininterrumpida para la realización de las labores domésticas, aseo y cuidado personas, alimentación, desplazamientos y avituallamiento, salvo que por razones médicas tenga que ser ingresada. Y curatela asistencial: a) Para el autocuidado (aseo, vestirse, comer, desplazarse, etc.); b) Para actividades cotidianas (telefonar, responder ante la necesidad de ayuda, etc.); y c) Para disponer libremente de dinero de bolsillo semanal de 50 euros; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 20 de septiembre de 2022 (Roj. SAP MA 4362/2022; ECLI:ES:APMA:2022:4362) se fija como actos de curador



los establecidos en el artículo 287 del Código Civil; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, de 27 de septiembre de 2022 (Roj. SAP CO 785/2022; ECLI:ES:APCO:2022:785) curatela representativa para los actos enumerados en el artículo 287 del Código Civil; y, de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1ª, de 1 de febrero de 2023 (Roj. SAP LU 128/2023; ECLI:ES:LU:2023:128) se nombra como curadora de Noemi a Rafaela, a quien se hará saber el nombramiento y dispone de facultades asistenciales en la esfera persona de la persona discapacitada: en el ámbito médico-sanitario necesitará la asistencia del curador en todo lo relativo a la necesidad de ingresos hospitalarios o en un centro adecuado que podrá decidir el curador, seguimiento de tratamiento, asistencia a las citas médicas y control de su medicación, esfera en la que el curador tendrá facultades representativas. En lo que se refiere al ámbito jurídico económico administrativo, precisará de la asistencia y apoyo del curador, que tendrá facultades representativas para celebrar contratos y negocios jurídicos de cualquier tipo; para otorgar poderes; para la gestión, administración y disposición de su patrimonio. Y, todo ello, sin perjuicio de la necesaria autorización judicial para los actos contemplados en el artículo 287 del CC. Se ratifica, a su vez, el internamiento no voluntario de Dª Noemi en la Residencia de San Bartolomeu de Xove en la que vive; de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 8 de febrero de 2023 (Roj SAP LE 185/2023; ECLI:ES:APLE:2023:185) se constituye régimen de curatela para la ejecución de las medidas de apoyo que será asistencial en relación con todas ellas y representativa en relación con las indicadas en el apartado 1.3 y en relación con todas las de los apartados 2,3,4 y 5 de la sentencia y deberá solicitar autorización judicial para cualquier acto de representación de los previstos en el artículo 287 del CC; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 9 de febrero de 2023 (Roj. SAP V 22/2023; ECLI:ES:APV:2023:22) nombra curadora con funciones de representación al IVASS que ha de abarcar todas las actividades de su vida, tanto personales como económicas y patrimoniales; si bien el curador necesitará autorización judicial para los actos establecidos en el artículo 287 del CC; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 27 de octubre de 2023 (Roj. SAP M 16772/2023) procedencia de unas medidas de apoyo a favor de D. Aquilino de carácter esencialmente asistencial consistentes en que la designada curadora asegure la efectiva atención médico-asistencias de aquella en lo que respecto al trastorno de deficiencia cognitiva grave: y, asimismo, la curadora asumirá la representación de la demandada únicamente para aquellos actos de mayor trascendencia patrimonial y concretamente para los previstos en el artículo 287 del Código Civil.

<sup>59</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 10 de febrero de 2022 (Roj SAP V 386/2022; ECLI:ES:APV:2022:386).

<sup>60</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1ª, de 22 de noviembre de 2021 (JUR 2022,51033).

<sup>61</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9ª, de 22 de noviembre de 2021 (JUR 2022,106694).

<sup>62</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia de Ciudad Real, secc. 2ª, de 29 de noviembre de 2021 (JUR 2022,98866).

<sup>63</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5ª, de 1 de diciembre de 2021 (JUR 2022,60566); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, de 5 de octubre de 2023 (JUR 2024,12649) la demandada padece Alzheimer, depresión neurótica y trastorno bipolar con deterioro cognitivo con carácter permanente e irreversible. Tratándose de una patología crónica de la que no cabe esperar curación y que parece que la demandada no puede expresar su voluntad, deseos, preferencias de manera libre, además tiene su capacidad anulada y requiere de un apoyo externo y permanente en relación a las habilidades de vida independiente económico-jurídico administrativas y sobre su salud, se procede a la designación de un curador con facultades representativas. Se designa a su hija.

<sup>64</sup> GARCÍA RUBIO, Mª.P. (2022). "Comentario al artículo 250 del Código Civil". En: Mª.P. García Rubio y Mª.J. Moro Almaraz (dirs.), Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad, Cirzur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi, p. 235.

Para la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021,4958) la posibilidad de nombrar curador “es una manifestación del principio de autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la dignidad humana reconocidos por el artículo 10 CE, que faculta a una persona mayor de edad o menor emancipada para designar la persona que ejerza la función de curador, e incluso, excluir alguna o algunas del ejercicio de tal cargo”. Las características que delimitan jurídicamente la autotutela, tal y como es concebida por la ley son las siguientes: “1. Nos hallamos ante y negocio jurídico de derecho de familia; 2. Es personalísimo; 3. Es un negocio inter vivos; 4. Es solemne; 5. Vincula al juez al proceder al nombramiento de curador; 6. Es revocable; 7. Inscriptible en el registro Civil; 8. La facultades de la persona interesada no sólo se limitan a la designación de quien vaya a ejercer las funciones del curador, incluso sus sustitutos, sino también contempla la opción de establecer las disposiciones que, considere oportunas con respecto al funcionamiento y ejercicio del cargo”.

<sup>65</sup> En esta línea, GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>.P. (2022). “Comentario al artículo 250 del Código Civil”, op. cit., p. 237.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021 (RJ 2021,4847) dispuso la testadora nombrando tutores a tres de sus seis hijos expresando su deseo que no se nombrase a ninguno de los otros tres hijos no a institución pública o privada. Respecto a la voluntad, preferencias y deseos de las personas con discapacidad, no procede el nombramiento de la institución tutelar que hizo el juzgador de instancia, ni el nombramiento que la Audiencia efectuó de hijos no nombrados por la testadora. No se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de aquella en la prestación de los apoyos que necesita. No cabe la imposición de otro sistema alternativo de tutela que no sea el nombramiento de la hija con la que convive que es la persona que con disponibilidad, cercanía, empatía y afecto le asiste en sus necesidades, conforma a sus propios deseos notarialmente expresados que deben ser respetados.

<sup>66</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021,4958) indica que, la sentencia recurrida no respetó la voluntad de la demandada, sin razones bastantes que justificasen debidamente una decisión de tal clase. La demandada exteriorizó su voluntad que fuera su hija la que asumiera el cargo de curadora, tanto en la esfera personal, para la que fue designada por la Audiencia, como en la esfera patrimonial. La aplicación de la nueva Ley determina que se deje sin efecto la declaración de incapacidad, que ya no existe como tal, la cual debe ser sustituida por la declaración de la procedencia de la fijación de medidas judiciales de apoyo: sustitución de la tutela por la tutela, ya que aquella queda circunscrita a los menores de edad, no sujetos a patria potestad o en situación de desamparo.

Asimismo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021 (Roj. STS 3770/2021; ECLI:ES:TS:2021:3770) en el caso presente no se dan las circunstancias previstas en el artículo 272.2 del Código Civil para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandante, ya que concurren circunstancias graves desconocidas por la misma o variación de las contempladas al fijar la persona que prestará apoyos a D<sup>a</sup>. Virginia. Convivía y sigue conviviendo con su hija D<sup>a</sup>. Virginia que, es la persona que le asiste en sus necesidades conforme a los propios deseos expresados notarialmente, que deben ser respetados, toda vez que, dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que, en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeña el cargo de curadora.

Y, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2021 (RJ 2022,217) se considera insuficiente la motivación para prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado, dada la trascendencia que se le otorga en la nueva Ley. Se requiere una motivación especial que brilla por su ausencia, con lo que la nueva sentencia que se dicte, se deberá manifestar expresamente al respecto, explicitando las concretas razones por las que, en su caso, se prescinde de la voluntad y preferencia en tal aspecto exteriorizado por el demandado.

<sup>67</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 20 de diciembre de 2021 (JUR 2022,88516).

<sup>68</sup> Para RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. (2022). “Medidas de apoyo a personas con discapacidad y sistema tutelar de menores”. En: Fco. J. Sánchez Calero (coord.), Curso de Derecho Civil IV Derecho de familia y sucesiones, 10ª ed., Valencia: tirant lo blanch, pp. 353-354 el contacto personal es “ciertamente la base imprescindible para un adecuado desarrollo de la función de curador; es la vía que permite materializar personalmente los apoyos que sean necesarios, en la medida y en la proporción que reclama esa misma necesidad. Se podrá catalogar de deber instrumental; el medio de cumplimiento de los deberes que entraña la función que el curador ha asumido”.

<sup>69</sup> RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. (2022). “Medidas de apoyo a personas”, op. cit., p. 353.

<sup>70</sup> Así, el curador deberá actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente, procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentará que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. En el supuesto excepcional de curatela representativa el curador en el ejercicio de sus funciones representativa, deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

<sup>71</sup> Vid., los artículos 9 y 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica respecto al consentimiento informado y el documento de instrucciones previas; y los artículos 3 h) y 5.2 Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo de regulación de la eutanasia, respecto de la solicitud de la eutanasia activa o el suicidio asistido.

Precisamente, con relación a la vacunación con relación al COVID 19, la sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 20 de abril de 2023 (BOE, número 121, 22 de mayo de 2023) después de establecer que “donde no puede operar la voluntad de la persona con discapacidad (o donde la manifestación de dicha voluntad puede no ser suficiente), el papel que reserva la ley a las llamadas “medidas de apoyo” es el de atender de modo imparcial del interés de la persona afectada, de acuerdo con criterios puramente objetivos, plenamente fiscalizables por el juez civil. No puede ignorarse en este punto, que la actividad de apoyo a la persona con discapacidad está sujeta a fiscalización permanente del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial (artículos 270 y 287 del Código Civil)”; señala que el artículo 9.6 de la Ley 41/2022: (i) de un lado, la decisión que se adopte ha de responder al fin estricto de proteger a la persona con discapacidad, sin que puedan perseguirse intereses distintos, de terceros o públicos, siendo, igualmente, irrelevante el particular ideario de la persona que debe prestar su apoyo; ii) de otra parte, la ponderación de los beneficios y perjuicios han de adecuarse a dicho fin; en particular, tanto la decisión adoptada por la persona que presta apoyo como la resolución judicial que revisa dicha decisión han de estar basadas en argumentos que permitan considerar que el criterio adoptado es proporcionado a las necesidades de la persona con discapacidad, de acuerdo con las circunstancias concurrentes”. Para concluir el enjuiciamiento del caso que debe descartarse que, en el presente supuesto se haya producido una vulneración del derecho a la integridad persona de doña F.R.S., pues, por una parte, la negativa del tutor a la vacunación obedeció a una posición personal contraria a la vacunación en general (...); (...) que, la misión de la persona llamada a prestar apoyo no es la de sustituir las convicciones de la persona con discapacidad por las propias, sino velar por el respeto a la “voluntad, deseos y preferencia de aquella”. Más allá de esta actuación vicarial, como portavoz de los deseos de la persona afectada, la capacidad decisoria de quien presta apoyo queda circunscrita a la búsqueda de la realización del interés de la persona afectada, lo que ha de responder a criterios objetivos que son plenamente fiscalizables por la autoridad judicial”; (...) y, en consecuencia, es claro que la decisión adoptada por la autoridad judicial,

favorable a la vacunación de doña F.R.S., no desbordó los límites de la cobertura del precepto habilitante (artículo 9.6 de la Ley 41/2002)”.

Con anterioridad, en esta línea, vid., el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 6, Santiago de Compostela, de 20 de enero de 2021 (Roj. AJPI 1/2021; ECLI:ES:JPI:2021:1A) autoriza el suministro de vacuna contra el Sars-Covid 19 a D. Gerónimo mayor de edad, considerando que el consentimiento informado por sustitución prestado por la entidad tutelar FUNGA debe ser atendido a pesar de la negativa del paciente, careciendo el mismo de capacidad natural actual para comprender el alcance de la intervención médica pautaada. Deberá verificarse la vacunación en las fechas previstas conformes a las dosis prescritas u por el personal sanitario especializado que corresponda según el Plan Gallego de Vacunación frente al Sars-Covid.

Por su parte, el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 6, Girona, de 3 de diciembre de 2021 (Roj. AJPI:507/2021; ECLI:ES:JPI:2021:507A) nos recuerda que el artículo 763 de la LC faculta al juez para autorizar el internamiento en un centro adecuado para el tratamiento médico de personas que, con patentes trastornos psíquicos, no están en condiciones de decidir ellas mismas. En este caso, el dictamen del facultativo ha indicado al efecto que, la persona internada requiere de tratamiento médico en régimen de internamiento, y es procedente la autorización judicial para esta medida, que durará el tiempo que sea clínicamente necesario. No obstante, se dispone que, se ha de informar a este tribunal cada seis meses sobre la necesidad de proseguir con el internamiento o, proceder a darle la alta clínica.

<sup>72</sup> En esta línea, MIGUEL ALHAMBRA, L. Y CHACÓN CAMPOLLO, R. (2022). “Internamiento en residencia de ancianos con demencia. Reflexiones con motivo de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril, núm. 102, p. 35.

Por su parte, antes de la reforma por Ley 8/2021, el Tribunal Constitucional en sentencias 13/2016, de 1 de febrero; 34/2016, de 29 de febrero y 132/2016, de 18 de julio, como la Circular 2/2017, de 8 de julio de la Fiscalía General del estado sobre el ingreso no voluntario urgente por trastorno psíquico en centros residenciales, ampliaron al ámbito objeto de aplicación del artículo 763 de la LEC al ingreso involuntario en residencia geriátricas.

<sup>73</sup> Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 4 de mayo de 2023 (JUR 2023,383499) concede autorización judicial para venta de inmuebles: la autorización se interesa para la venta de fincas que pertenecen en copropiedad a la promotora del expediente y a su hermana, por lo que la curadora intervendrá en el acto de la venta en nombre propio y prestando apoyo a su hermana, no apreciándose conflicto de intereses dado que, si se trata de inmuebles en condominio, además de facilitar con la venta su extinción, la propia curadora tendrá interés en ligar el mayor o mejor precio posible.

<sup>74</sup> LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Guía rápida sobre la Reforma civil*, op. cit., p. 97.

<sup>75</sup> El artículo 10 de la LAU dispone: “1. Si llegada la fecha de vencimiento del contrato, o de cualquiera de sus prórrogas, una vez transcurridos como mínimo cinco años de duración de aquel, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica, ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con cuatro meses de antelación a aquella fecha en el caso del arrendador y al menos con dos meses de antelación en el caso del arrendatario, su voluntad de no renovarlo, el contrato se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta un máximo de tres años más, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador con un mes de antelación a la fecha de terminación de cualquiera de las anualidades, su voluntad de no renovar el contrato; 2. En los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la presente ley en los que finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1, o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1, podrá aplicarse, previa solicitud del arrendatario, una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de un año, durante el cual se seguirá aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor. Esta solicitud de prórroga extraordinaria requerirá la acreditación por parte del arrendatario de una situación de vulnerabilidad social y económica sobre la base de un informe o certificado emitido en el último año por los servicios sociales

de ámbito municipal o autonómico y deberá ser aceptada obligatoriamente por el arrendador cuando este sea un gran tenedor de vivienda de acuerdo con la definición establecida en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, salvo que se hubiese suscrito entre las partes un nuevo contrato de arrendamiento; 3. En los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la presente ley, en los que el inmueble se ubique en una zona de mercado residencial tensionado y dentro del periodo de vigencia de la declaración de la referida zona en los términos dispuestos en la legislación estatal en materia de vivienda, finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1 de esta ley o el periodo de prórroga tácita previsto en el apartado anterior, previa solicitud del arrendatario, podrá prorrogarse de manera extraordinaria el contrato de arrendamiento por plazos anuales, por un periodo máximo de tres años, durante los cuales se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor. Esta solicitud de prórroga extraordinaria deberá ser aceptada obligatoriamente por el arrendador, salvo que se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes, se haya suscrito un nuevo contrato de arrendamiento con las limitaciones en la renta que en su caso procedan por aplicación de lo dispuesto en los apartados 6 y 7 del artículo 17 de esta ley, o en el caso de que el arrendador haya comunicado en los plazos y condiciones establecidos en el artículo 9.3 de esta ley, la necesidad de ocupar la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial; 4. Al contrato prorrogado, le seguirá siendo de aplicación el régimen legal y convencional al que estuviera sometido”.

<sup>76</sup> FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 143.

<sup>77</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2021). “Comentario al artículo 287 del Código Civil”, 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): Thomson Reuters Aranzadi, p. 808.

<sup>78</sup> ÁLVAREZ LATA, N. (2021). “Comentario al artículo 288 del Código Civil”, En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Comentarios al Código Civil, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 527.

<sup>79</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2021). “Comentario al artículo 287 del Código Civil”. 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): Thomson Reuters Aranzadi, p. 810 quien, además precisa que “se comprende con la expresión liberalidad todos los actos a título gratuito que impliquen una aportación al activo patrimonial, por tanto, donación, legado y todos aquellos actos que se equiparan a éstos (cesión gratuita de un crédito, condonación, contrato a favor de tercero...)”.

<sup>80</sup> ÁLVAREZ LATA, N. (2021). “Comentario al artículo 287 del Código Civil”, op. cit., p. 528; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2021). “Comentario al artículo 287 del Código Civil”, op. cit., p. 810 quien añade que “además en estos casos habrá de estarse al quantum del gasto y ponerlo en relación con el patrimonio de la persona sometida a curatela”.

<sup>81</sup> FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). El ejercicio de la capacidad jurídica, op. cit., p. 146.

<sup>82</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario al artículo 287 del Código Civil”, op. cit., p. 811.

<sup>83</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Comentario al artículo 287 del Código Civil”, op. cit., p. 812.

<sup>84</sup> LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: Guía rápida sobre la Reforma civil, op. cit., p. 98 pone el ejemplo, de “un curador representativo que podrá comprar una vivienda para la persona necesitada de apoyo, invirtiendo metálico de su propiedad, aunque su precio sea importante; pero esa cantidad no podrá ser la contraprestación, sin obtener autorización judicial, de una renta vitalicia”.

<sup>85</sup> Será competente para el conocimiento de este expediente el juzgado de primera instancia de residencia de la persona con discapacidad. Podrá promover este expediente quienes ejerzan el apoyo a la persona con discapacidad a los fines de realizar el acto jurídico que se trate, así como la propia persona con discapacidad de conformidad con las medidas de apoyo establecidas (artículo 62.1 y 2 de la LJV).

<sup>86</sup> FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: El ejercicio de la capacidad jurídica, op. cit., p. 147 se pregunta que, se entiende por cuantía extraordinaria —un 10%, un 30%—.

Por su parte, entiende PALLARÉS NEILA, J. (2022). “El ejercicio de la nueva curatela”. En: M. Pereña Vicente y M<sup>a</sup>. del M. Heras Hernández (dirs.) y M<sup>a</sup>. Núñez Núñez (coord.), El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, Valencia: tirant lo blanch, p. 276 que se podrían incluir los contratos que promueven entidades bancarias como los contratos de defunción de prima única o la adquisición de participación de un fondo de inversión, o similares.

<sup>87</sup> En todo caso, para LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos, 3<sup>a</sup> ed., Valencia: tirant lo blanch, p. 614 la enumeración del artículo 287 “sigue teniendo las lagunas propias de una lista cerrada (omisión de actos que puedan implicar un riesgo patrimonial, acaso se podría fijar una cuantía límite de 30.000 euros).

<sup>88</sup> Vid., la Resolución de la DGSJFP de 25 de marzo de 2024 (BOE, núm. 94, 17 de abril de 2024, pp. 43265 a 43268) respecto de la partición de herencia con intervención tutor se necesita aprobación judicial, aunque sea en pro indiviso, manifiesta que: “en el presente caso, se acredita la autorización judicial para la aceptación de la herencia. Pero el otorgamiento de la escritura calificada no se limita a una aceptación pura y simple de la herencia, sino que se ha producido la adjudicación de la misma.

Alega la recurrente que la escritura calificada no es una escritura de partición de herencia al no haberse adjudicado bienes concretos a determinadas personas sino al haberse adjudicado todos los bienes por partes iguales indivisas. Pero, como ha afirmado este Centro Directivo en anteriores ocasiones, no puede decirse que en realidad no existe partición al hacerse la adjudicación en partes pro indiviso, pues esta trae consigo consecuencias civiles, fiscales y de todo orden que requieren, en un sistema como el nuestro, la aprobación de la autoridad judicial (vid. Resolución de 6 de noviembre de 2002)”.

<sup>89</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario al artículo 287 del Código Civil”, op. cit., p. 814

<sup>90</sup> FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: El ejercicio de la capacidad jurídica, op. cit., p. 149.

<sup>91</sup> El artículo 1060 apartado 2 del Código Civil dispone al respecto que: “Tampoco será necesaria autorización ni intervención judicial en la partición realizada por el curador con facultades de representación. La partición una vez practicada requerirá aprobación judicial.

La partición realizada por el defensor judicial designado para actuar en la partición en nombre (...) de una persona a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo, necesitará la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento”.

<sup>92</sup> Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2<sup>a</sup>, de 28 de octubre de 2021 (Roj. AAP SE 775/2021; ECLI:ES:APSE:2021:775A) mientras el curatelado quería la venta del piso en la playa, el curador prefiere conservar el piso, ya que no existe necesidad de venderlo y tampoco le gusta el precio ofertado. Por lo que, ante la negativa del curador de intervenir en la venta o de permitirla, se nombra un defensor judicial.

Por su parte, la Resolución de la DGSJFP de 20 de marzo de 2024 (BOE, núm. 89, 11 de abril de 2024, pp. 40565 a 40575) respecto a la concurrencia de la representante de la persona con discapacidad con la intervención en su propio nombre por parte de la tutora, con funciones de curadora representativa, para fijar, con otros interesados, inventario, valoraciones, determinación de lites y adjudicación, con carta de pago de los haberes, crea, a priori, un eventual conflicto de intereses, en cuanto contrapuestos, que podría haberse obviado con la designación de defensor judicial. Manifieste este Centro Directivo que: “No obstante, debe tenerse en cuenta que el negocio documentado ha obtenido autorización judicial previa, lo que

plantea si esta actuación es suficiente para considerar cumplida la intervención requerida y omitida: nombramiento de defensor judicial y aprobación judicial. (...) De la interpretación finalista de los preceptos legales citados y atendiendo a la deseable simplificación de actuaciones judiciales, por economía procesal, puesta de manifiesto para otros casos en Resoluciones de este Centro Directivo de 23 de julio de 1990 y 25 de abril de 2001, debe concluirse en la innecesariedad del nombramiento de defensor judicial y de aprobación judicial para la disolución de comunidad documentada, lo que resulta coherente con la necesidad de agilizar y simplificar el tráfico jurídico, siempre que —como ocurre en este caso— queden debidamente salvaguardados los intereses de la persona con discapacidad”.

<sup>93</sup> Vid., ÁLVAREZ LATA, N. (2021). “Comentario al artículo 282 del Código Civil”, op. cit., p. 521; DE SALAS MURILLO, S. (2020). ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 780, p. 2230. En esta línea, LENGUEREN MOLINA, A. (2019). voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos”. En: S. De Salas Murillo y M<sup>a</sup>. V. Mayor Del Hoyo (dirs.), Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad, Valencia: tirant lo blanch, p. 203 reconoce legitimación para poder negarse a completar una decisión que puede perjudicar a la persona del curador y lo procedente es que el juez actúe escuchando a ambas partes.

<sup>94</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de julio de 2010 (Roj. STS 4705/2010; ECLI:ES:TS:2010:4705) opta por considerar nulos los actos realizados por el tutor sin autorización judicial exigida en el artículo 271 del Código Civil; al igual que, sucedía con los padres respecto al artículo 166 del citado cuerpo legal y su naturaleza imperativa.

<sup>95</sup> LA LEY 396,2018. En esta línea, ÁLVAREZ LATA, N. (2021) “Comentario al artículo 287 del Código Civil”, op. cit., p. 529; FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, A. (2021). El ejercicio de la capacidad jurídica, op. cit., p. 140.

<sup>96</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de abril y de 8 julio de 2010 (LA LEY 49066,2010; LA LEY 157550,2010); y, de 28 de octubre de 2014 (LA LEY 161498,2014).

<sup>97</sup> TENA ARREGUI, R. (2022). “El régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad”, El Notario del Siglo XXI, enero-febrero, núm. 101, p. 46.

<sup>98</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2022). La curatela tras la Ley 8/2021, op. cit., pp. 344-346.

<sup>99</sup> SERRANO CHAMORRO, M<sup>a</sup>. E. (2022). “Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo”, Revista de Derecho de Familia, enero-marzo, núm. 94, p. 49.

<sup>100</sup> ÁLVAREZ LATA, N. (2021). “Comentario al artículo 251 del Código Civil”, op. cit., p. 475.

<sup>101</sup> Vid., la Resolución de la DGSJFP de 19 de julio de 2022 (BOE, núm. 186, 4 de agosto de 2022, pp. 113831 a 113841).

<sup>102</sup> Para SERRANO CHAMORRO, M<sup>a</sup>. E. (2022). “Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo”, Revista Derecho de Familia, número 94, p. 51 cuando se habla de adquisiciones a título oneroso estamos ante “una permuta, dación en pago, sociedad, transacción, etc., no sólo la prohibición clásica en materia de compraventa del artículo 1459 del CC”.

<sup>103</sup> En este sentido, la Resolución de la DGSJFP de 26 de julio de 2023 (BOE, núm. 231, 27 de septiembre de 2023, pp. 130544 a 130555) señala que: “Indudablemente, es muy loable la actuación del notario al dar entrada en la escritura, como compareciente y otorgante, a la persona con discapacidad (aun cuando el curador representativo podría haber intervenido por sí solo), ya que supone un claro refuerzo y acicate a su plena integración social y a una adecuada toma de decisiones por quien tiene atribuida esa función de apoyo, pues no hay que olvidar que el notario tiene entre sus obligaciones (cfr. artículo 25.3 de la Ley del Notariado) prestar apoyo institucional a la persona con discapacidad.

Pero la revisión de las medidas vigentes, y su adaptación a la concreta situación de la persona respecto de las que se establecieron, es tarea reservada al juez, que es quien decidirá,

conforme a Derecho y procedimiento, lo que proceda y mejor convenga a los intereses de esa persona. Y en tanto no medie esa revisión, y aun constatado que la persona con discapacidad pueda eventualmente requerir, como medida de apoyo, una curatela asistencial y no representativa, esa decisión final escapa de las competencias atribuidas al notario. Así es corroborado en el tenor literal de un precepto como el artículo 291 del Código Civil, relativo a la extinción de la curatela, cuando determina que: “Asimismo, la curatela se extingue por resolución judicial cuando ya no sea precisa esta medida de apoyo o cuando se adopte una forma de apoyo más adecuada para la persona sometida a curatela”.

Por todo ello, y a modo de conclusión, no pueden compartirse estas dos afirmaciones que el notario ahora recurrente vierte en la escritura, y que en cierto modo son la base de su argumentación en el recurso: “(...) yo el notario entiendo que doña M. L. G. A., hoy curadora representativa, conforme a la disposición transitoria 2.ª de la ley 8/2021 solo ejercerá funciones representativas en los supuestos necesarios que es cuando sea preciso por no poder formar su voluntad del discapacitado y por tanto aquí actúa como curadora con facultades asistenciales debiendo interpretarse dicha transitoria en el sentido de que sus facultades representativas lo son “cuando sea preciso” lo que no sucede en el presente caso (...)” y “(...) yo el notario considero que don J. M. G. A. tiene capacidad suficiente actuando con el doble apoyo institucional del notario y asistencial de la curadora representativa que actúa solo con dicho carácter asistencial (...)”.

Por lo que como concluye el Centro Directivo: “No se pueden compartir tales afirmaciones porque esa visión particular supondría dejar de lado, obviándola simple y llanamente, la intervención judicial que el legislador ha previsto para adecuar las medidas de apoyo a las necesidades de la persona necesitada de ellas”.

Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4ª, de 13 de septiembre de 2023 (JUR 2024,44330) deja sin efecto la curatela como medida de apoyo.

<sup>104</sup> Vid., la Resolución de la DGSJFP de 15 de febrero de 2024 (BOE, núm. 65, 14 de marzo de 2024, pp. 30151 a 20159) donde se discute si en este supuesto es necesario que el cargo de curador, tutor o las medidas de apoyo de la persona con discapacidad conste inscrito en el registro Civil para que pueda tomarse razón la venta en el Registro de la Propiedad. Así sostiene el Centro Directivo que: “Debe tenerse en cuenta: a) Que la inscripción de la resolución sobre medidas de apoyo y la del cargo de curador no es constitutiva de los hechos inscritos sino que —aparte su oponibilidad— tiene simplemente efectos probatorios y de legitimación, de modo que tal efecto probatorio no es excluyente, pues según el mismo artículo 17 de la Ley de Registro Civil “en los casos de falta de inscripción o en los que no fuera posible certificar del asiento, se admitirán otros medios de prueba”, siendo en el primer caso “requisito indispensable para su admisión la acreditación de que previa o simultáneamente se ha instado la inscripción omitida o la reconstrucción del asiento, y no su mera solicitud”; b) Que las resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo y sobre el cargo de curador son documentos públicos que constituyen medio de prueba suficiente para acreditar los hechos a que se refieren y su inscripción sólo producen el despliegue de los principios de publicidad y legitimación registral de forma que pueda oponerse el hecho inscrito a quien no conoce el título, pero conociéndolo no puede negarse su eficacia probatoria, y c) Que, especialmente en casos de dilación de la inscripción en el Registro Civil por causas ajenas a la voluntad del interesado, ese deseo de conjurar el riesgo de que se produzca una colisión entre la inoponibilidad de la medida de apoyo derivada de su falta de inscripción en el Registro Civil y la oponibilidad de la inscripción de la adquisición de que se trata en el Registro de la Propiedad, no debe prevalecer sobre la necesidad de agilizar y simplificar el tráfico en la medida en que queden debidamente salvaguardados los intereses de las personas afectadas por las medidas de apoyo. Y ello, sigue el Centro Directivo, aunque en la resolución judicial no consta ni se reseña el hecho de haberse remitido al Registro Civil las correspondientes resoluciones judiciales relativas al nombramiento de tutora y la aceptación del cargo. No obstante, debe tenerse en cuenta que se incorpora a la escritura calificada testimonio del auto judicial de autorización a la tutora para proceder a la venta formalizada; y no puede negarse a tal docu-



mento el carácter de auténtico. Por ello, al constar en la escritura calificada el acto de control previo por parte de la autoridad judicial mediante una resolución cuyo contenido no deja lugar a dudas y ha cumplido la función de control de determinadas facultades que, en tanto que representante legal, competen a la tutora, debe concluirse que la registradora cuenta con todos los elementos precisos para calificar la autorización judicial (razón de ser del citado expediente de jurisdicción voluntaria) que constituye medio de prueba suficiente de la medida de apoyo y sobre el referido cargo y da soporte al acto dispositivo (el objeto de la inscripción) realizado por la tutora en nombre de su representada.

Y es que, aun no referida la problemática que respecto del defecto analizado subyace en el presente recurso a una cuestión estricta de representación y juicio de las facultades representativas, no es menos cierto que es perfectamente trasladable al caso la doctrina que se contiene en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 y 22 de noviembre de 2018 citadas por en sus alegaciones por el notario autorizante de la escritura (a las que puede añadirse la Sentencia número 378/2021, de 1 de junio); de modo que, la calificación registral, en un caso como éste, se limitaría a revisar que el título autorizado contenga los elementos que permitan corroborar que el notario ha ejercido el control que la ley le encomienda respecto la validez y vigencia de las facultades representativas y del complemento de las mismas de requerirse alguna autorización o habilitación adicional (la cual habrá de reseñarse de forma suficiente y rigurosa); y que su juicio de suficiencia sea congruente con el negocio y así se exprese en el título presentado”.



### 1.3. Derechos reales

## La atribución del carácter ganancial y privativo de inmuebles “*causa matrimonii*” a la luz del sistema (causalista) español. Análisis crítico de la doctrina de la DGRN/DGSJyFP

### *The attribution of common or private character of properties “causa matrimonii” in the light of the Spanish (causalist) system. Critical analysis of the doctrine of the DGRN/DGSJyFP*

por

ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN  
*Universidad Carlos III de Madrid*

**RESUMEN:** Aunque el sistema transmisivo español obedece al modelo del título y el modo, siendo el primero de esos elementos (el título) una causa transmisiva suficiente para que el posterior modo tenga sentido transmisivo del dominio (artículo 609 CC), la práctica ha puesto de manifiesto que, en gran medida, este esquema no resulta aplicable a los movimientos patrimoniales entre cónyuges casado bajo el régimen económico de sociedad de gananciales. El objeto de este estudio es analizar, respetuosa pero críticamente, la línea que sobre esta materia ha seguido en los últimos años la DGRN-DGSJyFP.

**ABSTRACT:** *Although the Spanish transmissive system follows the model known as “title and modus”, the first of these elements (the title) being a sufficient transmissive cause for the subsequent modus to have a transmissive meaning of the domain (article 609 CC), practice shows that this scheme is not applicable to property movements between married spouses under the economic regime of community of gains. The aim of this study is to analyze, respectfully but critically, the line that the DGRN-DGSJyFP has followed on this matter in recent years.*

**PALABRAS CLAVE:** Causa matrimonii. Causa transmisiva. Causa onerosa. Causa gratuita. Tránsito patrimonial. Comunicación de bienes. Bienes gananciales.

**KEYWORDS:** *Causa matrimonii. Transmissive cause. Onerous cause. Patrimonial transfer. Community of gains.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. ACOTACIÓN DE LA MATERIA.—II. REVISIÓN DE LOS PRETENDIDOS ARGUMENTOS *LEGE LATAE* EMPLEADOS POR LA DIRECCIÓN GENERAL PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SU DOCTRINA.—III. UNA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA: LOS CONCEPTOS DE *TRASVASE* O *COMUNICACIÓN*, Y *TRANSMISIÓN* DE UN PATRIMONIO CONYUGAL A OTRO.—IV. POSIBILIDAD DE *TRASVASAR-COMUNICAR*, O *TRANSMITIR* ACTIVOS ENTRE EL PATRIMONIO GANANCIAL Y LOS PRIVATIVOS. IV.1 *NEGOCIOS DE TRASVASE* O DE *TRANSMISIÓN* DE UN PATRIMONIO PRIVATIVO AL PATRIMONIO GANANCIAL. IV.2 *NEGOCIOS DE TRASVASE* O DE *TRANSMISIÓN* DEL PATRIMONIO GANANCIAL A UN PATRIMONIO PRIVATIVO. IV.2 A. Atribución de carácter privativo de un bien, en el mismo momento de su adquisición. IV.2.B. Atribución del carácter privativo de un bien ganancial, como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.—V. **ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS.**—VI. **BIBLIOGRAFÍA.**

## I. INTRODUCCIÓN. ACOTACIÓN DE LA MATERIA

Partamos de dos ideas fundamentales, que podemos dar inicialmente por ciertas, y que nos ayudarán a delimitar el espacio de las reflexiones objeto de este estudio:

a) La primera de esas ideas es que nuestro sistema de transmisión del dominio y constitución de los derechos reales es *causalista*. Esto permite hablar, en el tráfico jurídico, de una “continuada influencia de la causa” de las transmisiones, de modo que la medida y permanencia de la transmisión operada en el tráfico depende del título, de su validez y eficacia; y por ello, el Derecho puede graduar la protección de las transmisiones atendiendo a la naturaleza del título que supuso su causa (remota). La transmisión no opera por sí sola en abstracto, como una transmisión en sí y por sí, no se independiza del título del que trae causa, la explica y la mantiene.

b) La segunda de ellas, es que el matrimonio genera una comunidad de vida, y con ello y necesariamente, de intereses de naturaleza personal, a la cual el Ordenamiento le debe dar, y efectivamente le da, un sustrato económico coherente con la idea de matrimonio y los deberes y derechos que surgen del mismo entendido como negocio jurídico de derecho de familia. Esta reglamentación económica subyacente en el matrimonio es la explicitación en el ámbito patrimonial de los fines (causa) del negocio matrimonial, y responde por ello a unos esquemas muy distintos de los de partida en el tráfico: toda regulación general de las obligaciones y contratos, y la regulación particular de estos, está concebida desde la idea de contraposición de intereses de los contratantes en el aspecto económico. Este punto de partida no tiene sentido, como tal punto de partida, en la regulación del aspecto económico del matrimonio, en el cual hay una *comunidad* de intereses y fines, y en definitiva, de vida —claro está, sin perjuicio del necesario reconocimiento de un ámbito de intereses privados (también económicamente hablando) de cada uno de los cónyuges—. Puede decirse que el aspecto personal inherente

al matrimonio, trasciende a todas las relaciones jurídicas que puedan surgir entre ellos durante el matrimonio, e incluso aunque se trate de relaciones de carácter contractual que hubieran podido también celebrar con terceros, la situación no es equiparable a cuando esa relación jurídica se ha constituido *entre* los cónyuges: la contraposición de intereses de los contratantes no puede ser entendida en la misma medida en uno y otro caso<sup>1</sup>.

Pues bien, en este contexto, y a la luz de la más reciente doctrina de la DGRN / DGSJyFP, cabe preguntarse en qué medida puede existir tensión entre las dos ideas de partida antes expuestas, y en último extremo, si la segunda de ellas podría desplazar parcialmente, o incluso por completo, a la primera.

Dos casos resueltos por la DGSJyFP en fechas recientes merecen atención en este sentido.

El primero de ellos es el caso resuelto en la Resolución de 4 de julio de 2022 (BOE 12 de septiembre de 2022). Se trataba de una escritura de compraventa de una finca, en la que los compradores eran dos cónyuges casados en régimen de gananciales. En esta escritura, los cónyuges manifiestan que “en ejercicio de su autonomía de la voluntad [sic.], acuerdan que el 80 % del pleno dominio de la finca (...) tenga carácter privativo del esposo (...) y solicitan que se inscriba a su nombre por haber sido adquirida con tal carácter por acuerdo entre los cónyuges y no por confesión, teniendo este pacto causa onerosa por ser los fondos empleados para el pago del valor de adquisición privativos del mencionado adquirente, procedentes de una venta de carácter privativo, y no procediendo por ello el reembolso previsto en el artículo 1358 del Código Civil”.

El segundo, es el caso resuelto en la Resolución de 30 de noviembre de 2022 (BOE de 20 de diciembre de 2022)<sup>2</sup>. Se trataba de la compra, por una persona casada en régimen de gananciales, de la mitad indivisa de una finca. En el acto de otorgamiento de esa escritura de compraventa, comparece también el cónyuge del comprador, solicitando ambos que la mitad indivisa comprada se inscriba privativamente a nombre del cónyuge comprador “por haber sido adquirida con tal carácter y no por confesión”. Y además añaden: “manifiestan, a los únicos efectos de lo dispuesto en el artículo 1.358 del Código Civil, que los fondos con los que se ha efectuado la citada adquisición son privativos según lo dispuesto en el artículo 1346 del Código Civil, de modo que no procederá compensación o reembolso alguno actual o futuro entre los patrimonios ganancial y privativo de los cónyuges”, concluyendo de la siguiente forma: “... sin perjuicio de las acciones que en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales pudieran corresponder a acreedores o legitimarios en caso de demostrarse su falta de certeza”.

En ambos casos, la Dirección General estimó el recurso planteado ante la calificación negativa del Registrador, e impone la inscripción; y en ambos casos, por entender que había causa suficiente negocial para justificar que la autonomía privada pueda evitar la aplicación de las reglas de calificación de los bienes en el marco del régimen económico de gananciales. En otras palabras: los cónyuges pretenden, y consiguen, que los bienes adquiridos tengan, por el juego de su autonomía privada, una condición total o parcialmente distinta de la que de otra forma les hubiesen asignado las reglas de su régimen económico; concretamente, consiguen la condición de derechos privativos cuando de aplicarse las reglas que

gobiernan el régimen económico de gananciales, los derechos habrían de tener la condición de gananciales.

Estas Resoluciones llaman mucho la atención, y merecen ser objeto de reflexión, porque se enmarcan en una línea doctrinal que la Dirección General ha venido construyendo durante años en lo relativo a la libertad negocial de los cónyuges, y que últimamente ha desembocado, de hecho, en una verdadera inaplicación de los fundamentos de nuestro sistema transmisivo causalista cuando se trata de movimientos patrimoniales entre los cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales. Y ello, en nuestra opinión, sobre la base de dos ideas: 1) una hipertrofiada idea de libertad negocial y transmisiva entre los cónyuges, reconocida en general en el art. 1323 CCiv y con una concreta manifestación en sede del régimen de sociedad de gananciales en el artículo 1355; y 2) un desenfocado respeto a la intimidad familiar, que parece abrir peligrosamente la puerta en el ámbito registral a la presunción de existencia y licitud de la causa negocial aunque ésta no se exprese (art. 1272 CCiv), lo que, de confirmarse, supondría la ruptura con una doctrina secular en sentido radicalmente contrario.

## II. REVISIÓN DE LOS PRETENDIDOS ARGUMENTOS *LEGE LATAE* EMPLEADOS POR LA DIRECCIÓN GENERAL PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SU DOCTRINA

Comprender el alcance de preceptos como los artículos 1323, 1355 y 1358, todos ellos del Código Civil, se revela en este momento fundamental. Recordemos el tenor literal de estos preceptos:

Artículo 1323: *“Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”*

Artículo 1355 (párrafo primero): *“Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga”*.

Artículo 1358: *“Cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación”*.

La conexión entre los artículos 1323 y 1355 CCiv ha sido una constante en la doctrina de la Dirección General. La idea conforme a la cual el supuesto del art. 1355 es una aplicación particular, en sede de gananciales, del principio de libertad de contratación entre los cónyuges enunciado de manera general en el artículo 1323, puede verse repetida en Resoluciones de los últimos años desde que, al parecer, fuera apuntado por vez primera en la Resolución de 25 de septiembre de 1990<sup>3</sup>; y cuenta, además, con apoyo en la doctrina científica<sup>4</sup>. Pero nos parece que la consecuencia que se ha extraído de esta conexión ha sido, en la práctica, un desbordamiento del art. 1355 CCiv que resulta difícil de justificar.

El artículo 1355 CCiv, según la opinión común, contempla la posibilidad de atribuir, *a limine acquisitionis*, la condición de ganancial a un bien que de otro

modo habría de ser calificado como privativo conforme las reglas económicas del matrimonio<sup>5</sup>. Quedan fuera de su literalidad los trasvases o transmisiones de patrimonio privativo a ganancial tanto de bienes adquiridos durante el matrimonio (esto es, la aportación a la masa ganancial de bienes que ya ingresaron en la economía matrimonial como privativos) como de bienes que fueran privativos por pertenecer a alguno de los cónyuges antes del matrimonio.

La limitación de su supuesto de hecho seguramente viene justificada por su especialidad, pues a través de él los cónyuges pueden conseguir lo que, de resultar de aplicación las reglas generales del tráfico, resultaría imposible: un desplazamiento de las reglas de calificación de los activos matrimoniales, y concretamente, de la regla de partida de la subrogación real, mediante un mecanismo de *comunicación legal y particularmente* causalizado en sí y por sí, directamente por la ley, y que vendría justificado por la solidaridad familiar, ampliando el ámbito objetivo del patrimonio consorcial *ad sustinenda oneri matrimonii* (que es la finalidad del patrimonio ganancial)<sup>6</sup>. Esto justifica que sea el propio Legislador el que permita el negocio atributivo de la condición de ganancial (“común acuerdo”, en la nomenclatura del art. 1355), “salvedad en beneficio de la autonomía negocial de los cónyuges (...) sin necesidad de otorgar capitulaciones matrimoniales (...); salvedad que encuentra su fundamento en una valoración causal típica por parte del ordenamiento en la que se pone de manifiesto (...) el especial trato de favor que el legislador ha querido conferir a la masa ganancial frente a los patrimonios privativos”<sup>7</sup>.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que la consecuencia de este artículo 1355 no es, en sentido riguroso, *transmisiva*. No se produce realmente ningún movimiento de patrimonio privativo al patrimonio ganancial: el bien ingresa *directamente y desde el primer momento como ganancial*, por así quererlo los cónyuges, evitando la aplicación de la regla que, de otro modo, hubiese conducido a calificar el bien como privativo. Por tanto, este negocio no puede ser calificable en sentido estricto, ni como oneroso ni como gratuito; se trata de un negocio que tiene más bien naturaleza de negocio de fijación.

Cuestión distinta es que, aunque este negocio no sea transmisivo, ni por tanto oneroso ni gratuito, tiene evidentes consecuencias patrimoniales que eventualmente podrían perjudicar a terceros (fundamentalmente, los acreedores y los legitimarios). *En este punto es en el que adquiere su sentido el art. 1358 CCiv*: el derecho de reembolso allí previsto neutraliza los efectos económicos adversos que la atribución de la condición de ganancial al bien adquirido pudiera implicar a terceros<sup>8</sup>. Pero este derecho de reembolso no es causa, *sino consecuencia*, del juego del artículo 1355, y como acertadamente se puso de manifiesto en la RDGRN de 22 de junio de 2006, “no es propiamente precio”. Por ello, la renuncia anticipada del cónyuge “patrimonialmente perjudicado” por el juego (aceptado por él mismo) del artículo 1355, tampoco permite calificar a este negocio de fijación ni como oneroso ni como gratuito.

De nuevo aquí se pone de manifiesto el alcance patrimonial que este negocio “de fijación” tiene: la renuncia —anticipada o no— del derecho de reembolso puede suponer un perjuicio a terceros. Pero en este caso, ese tercero (acreedor, legitimario) tiene a su disposición los mecanismos de tutela que el Ordenamiento reconoce acorde a su posición jurídica. Así, en nuestra opinión no debe haber

duda de que el acreedor puede ejercitar la acción pauliana / rescisoria por fraude de acreedores, pero en el entendido en que lo rescindible no es la calificación del bien como ganancial (que queda fija) sino la renuncia al derecho de reembolso<sup>9</sup>, y por ello, podrá el acreedor actuar por vía subrogatoria para exigir lo que el cónyuge no quiso obtener (art. 1111 CCiv). Ni tampoco debe quedar duda de que el legitimario ascendiente o descendiente del cónyuge fallecido podrá imputar en la cuenta legitimaria del cónyuge supérstite, hasta la mitad del valor actualizado a que se refiere el art. 1358 CCiv (cfr. art. 818 CCiv).

Debe quedar claro que el derecho de reembolso previsto en el art. 1358 *no cumple una función remuneratoria, sino meramente compensatoria*. Precisamente el art. 1358 resulta útil *lógicamente* en aquellos casos en que entre los cónyuges no existe un negocio del que causalmente poder derivar un derecho a obtener una contraprestación: si tal negocio existiera, habría que acudir a ese negocio y no al art. 1358 CCiv. Este precepto es útil cuando, y porque, no existe una causa negocial/contractual a que acudir para justificar esa compensación. Por eso estamos de acuerdo con SERRANO FERNÁNDEZ cuando, al estudiar la naturaleza jurídica del repetido derecho de reembolso, concluye que tal reembolso se configura como una “obligación legal en sentido técnico”<sup>10</sup>; y también estamos de acuerdo con MORALEJO cuando, tras afirmar que la finalidad de este precepto es corregir desequilibrios económicos entre las masas patrimoniales cuando no opera la regla de la subrogación real, concluye que el art. 1358 no es el precepto que ampara los desplazamientos de bienes entre los patrimonios conyugales, sino que “se limita a prever un derecho de reembolso en beneficio de la masa de bienes que hubiera soportado económicamente la adquisición de una cosa que finalmente hubiera ingresado en otro patrimonio”<sup>11</sup>.

Todo lo anterior pone de manifiesto que un precepto como el artículo 1355, con su necesaria conexión con el artículo 1358, es una norma muy especial del régimen de sociedad de gananciales, o como apuntó RAMS ALBESA<sup>12</sup>, esta norma “constituye una verdadera excepción”<sup>13</sup>.

Pues bien, a la vista de todo lo explicado hasta aquí, debemos preguntarnos si son admisibles en nuestro Sistema los negocios de trasvase o de transmisión de bienes o derechos de un patrimonio privativo al ganancial, o de trasvase o transmisiones del patrimonio ganancial al privativo.

### III. UNA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA: LOS CONCEPTOS DE *TRASVASE O COMUNICACIÓN, Y TRANSMISIÓN DE UN PATRIMONIO CONYUGAL A OTRO*

Cuando se pretende abordar el problema que es objeto de este estudio, se corre el riesgo de utilizar los conceptos trasvase (o comunicación) o transmisión de un bien ganancial a un patrimonio privativo (o a la inversa), como conceptos sinónimos. Y conviene aclarar que no lo son, y no debieran utilizarse como intercambiables en una explicación de la cuestión. La cuestión no resulta nada sencilla, porque la conveniencia de diferenciar aquellos conceptos depende de las conclusiones a las que previamente se haya llegado en torno a otro problema nada sencillo: la naturaleza misma de la sociedad de gananciales<sup>14</sup>. Esta última cuestión



excede de los objetos de este estudio; pero cuando se pretende emplear la idea de trasvase o de comunicación en un sentido técnico riguroso, en el estudio de la *causa matrimonii* como causa negocial suficientemente justificativa de los movimientos patrimoniales de los activos conyugales entre las masas ganancial y privativas, se está negando que haya una verdadera *transmisión* (transmisión en el sentido en que se emplea en el artículo 609 CCiv). Más en concreto, el *trasvase* (o *comunicación*) implica únicamente un cambio en la *función patrimonial* que el bien va a pasar a cumplir en la economía conyugal, pero en sentido riguroso no conlleva un *cambio de titularidad*. La transmisión, en cambio, sí conlleva un franco cambio de titularidad, y como consecuencia necesaria de ello, un cambio de calificación del activo que conlleva, necesariamente, un cambio en la función patrimonial que el bien va a pasar a cumplir en la economía conyugal<sup>15</sup>.

Que en el marco del régimen de sociedad de gananciales sea posible el trasvase o comunicación de bienes entre la masa ganancial y las masas privativas, sin que ello suponga una verdadera transmisión, presupone una determinada concepción de la masa ganancial, conforme a la cual ésta ya no sería un conjunto de bienes *en comunidad* (ni romana ni germánica), sino un conjunto de bienes cuya calificación ganancial determina un destino, unas cargas, y una facultad dispositiva, pero no en sentido estricto una *(co)titularidad*<sup>16</sup>.

#### IV. POSIBILIDAD DE TRASVASAR-COMUNICAR, O TRANSMITIR ACTIVOS ENTRE EL PATRIMONIO GANANCIAL Y LOS PRIVATIVOS

Hecha la aclaración conceptual anterior, y entrando ahora en la cuestión acerca de la posibilidad de trasvasar o transmitir activos entre el patrimonio ganancial y los privativos, esta posibilidad, indudablemente, debe reconocerse, siquiera sea porque no se ve ninguna razón por la que estos movimientos, como *consecuencia jurídica*, puedan considerarse contrarios a los límites de la autonomía privada (cfr. art. 1255 CCiv).

Lo que ya no creemos indudable, y adelantamos que creemos inapropiado, es encontrar el régimen jurídico que dé soporte a esas consecuencias en una pretendida aplicación analógica o extensiva de los artículos 1355 y 1358, en conexión con el art. 1323, que es lo que ha pretendido en los últimos años la DGRN / DGS-JyFP, con una curiosa consecuencia: de hecho, se ha llegado a admitir por esta vía interpretativa, implícita pero claramente, lo que ni siquiera el Legislador de 1981 se atrevió (y con razón) a hacer: desplazar las bases del sistema causalista transmisivo español, cuando se trata de trasvasar bienes de un patrimonio privativo al ganancial, o viceversa; es decir, convertir a la voluntad conyugal transmisiva, en sí y por sí, en justificación suficiente del movimiento patrimonial entre las masas privativas y ganancial.

Hoy día, seguramente un precepto como el artículo 1323 CCiv resulta prescindible y podría eliminarse. Su formulación positiva obedece a razones de historia legislativa. Tal vez, en la reforma del Código Civil operada en 1981 hubiese bastado con derogar los preceptos que prohibían a los cónyuges contratar entre sí, pero en todo caso este art. 1323 elimina cualquier duda, y positiviza con claridad lo contrario de lo que hasta ese momento era el Derecho vigente.

Que un artículo como el 1323, o al menos la idea básica que le da soporte (la libre contratación entre cónyuges), supuso un claro avance en la regulación económica del matrimonio es algo fuera de toda duda. Pero lo que el Legislador de 1981 pretendía al introducir dicho art. 1323, no era permitir que los cónyuges pudieran hacer lo que no estaba al alcance de los demás actores del tráfico, sino permitir que los cónyuges pudieran entre sí realizar eficazmente los negocios que también podrían celebrar cada uno de ellos con terceros; pero hacerlos con las mismas condiciones legales y sometidos a los mismos requisitos, sin diferencia. Los contratos, y la eficacia de los mismos entre los cónyuges, están sometidos exactamente a los mismos requisitos materiales y formales generalmente aplicables en el tráfico jurídico. Como ha afirmado en nuestra opinión certeramente RAMS ALBESA, “la libertad de contratación entre cónyuges permite la transmisión de bienes y derechos por cualquier título de una masa privativa a otra, sin ningún límite (...), pero la disciplina de la masa ganancial es reglada: la que impone el régimen de gananciales, que hoy se puede cambiar por voluntad de los cónyuges expresada en forma *ad solemnitatem*, pero no relativizar por una afirmación exagerada de la (...) autonomía de la voluntad entre cónyuges, que tiene un claro sentido en otra dirección”<sup>17</sup>.

No podemos perder de vista que el art. 1323 es un precepto dictado en sede de lo que se ha llamado, quizá impropia, “régimen económico matrimonial primario”, y por tanto aplicable también en el marco de un régimen matrimonial de separación de bienes. No existe, por ello, un pretendido principio general de libre y abstracta movilización de los activos del matrimonio entre los patrimonios privativos-ganancial, y en cualquier caso, de afirmarse, no podría tener su base en el art. 1323, puesto ello implicaría admitirlo también entre los patrimonios cónyuges en un régimen económico de separación.

En fin, y como ha señalado SERRANO FERNÁNDEZ, un precepto como el artículo 1355 CCiv “puede subsistir aunque no hubiesen sido admitidos los contratos entre cónyuges o estuvieran prohibidos (...). A la inversa, también podría haberse reconocido la contratación entre cónyuges y no haberse reconocido a estos la facultad de atribución de la ganancialidad, ya que esta no es una consecuencia necesaria de aquella”<sup>18</sup>.

Para mejor comprender el panorama actual de la cuestión en la doctrina de la DGRN / DGSJyFP, y abordar con más claridad su análisis crítico, detengámonos por separado, primero en el trasvase / transmisión de derechos de un patrimonio privativo al ganancial, y luego en el trasvase del patrimonio ganancial a un patrimonio privativo.

#### IV.1 NEGOCIOS DE TRASVASE O DE TRANSMISIÓN DE UN PATRIMONIO PRIVATIVO AL PATRIMONIO GANANCIAL

Como hemos adelantado, es comúnmente admitido que este grupo de casos no entra en el supuesto de hecho normativo del art. 1355 CCiv. La admisibilidad de este movimiento patrimonial, como consecuencia de lo que acaba de apuntarse, debiera buscar su cobertura en la regla más general del art. 1323 CCiv.

Pero la Dirección General ha oscurecido un poco esta solución, sobre la base de una idea que, en nuestra opinión, tiene algo de contradictorio: a) por un lado, y de acuerdo con la opinión común, acepta que a este grupo de supuestos no les resulta directamente aplicable el art. 1355 CCiv; b) pero por otro lado, acepta que exista una similitud de los supuestos, y de los fines de ellos, que aconseja un tratamiento similar a través del expediente de la analogía.

Esto ha permitido a la Dirección General situar el negocio de atribución de un bien privativo a la masa ganancial, en un punto intermedio entre el art. 1355 y el 1323 en cuanto a la causa atributiva se refiere: se trata de un negocio que se hace *ad sustinenda oneri matrimonii*, lo que supone por sí sola una *iusta causa traditionis*; pero puesto que en sentido estricto estamos fuera del ámbito del art. 1355, ahora sí hace falta la expresión de un cierto requisito causal: “que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura [requisito éste que sobraría si estuviésemos en un caso puro del art. 1355 CCiv<sup>19</sup>], interpretados en el contexto de la finalidad que inspira la regulación de los referidos pactos de atribución de ganancialidad tendentes a ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial, para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia, en el marco de la relación jurídica básica —la de la sociedad de gananciales, cuyo sustrato es la propia relación matrimonial—”.

La Dirección General, después de haber admitido la anterior diferencia ante la atribución de ganancialidad inmediata ex art. 1355, y la atribución por negocio posterior, afirma, en Resolución de 22 de junio de 2006, que “aun cuando no puedan confundirse la estipulación capitular y el pacto específico sobre un bien concreto, la misma causa que justifica la atribución patrimonial en caso de aportaciones realizadas mediante capitulaciones matrimoniales (cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1993, según la cual “siendo los capítulos por su propia naturaleza actos jurídicos [sic.] cuyo tratamiento es el de onerosos, difícilmente podría ser impugnado como carente de causa”; y la Resolución de 21 de diciembre de 1998) debe considerarse suficiente para justificar los desplazamientos patrimoniales derivados de pactos extracapitulares de ganancialidad, sin necesidad de mayores especificaciones respecto del elemento causal del negocio”<sup>20</sup>. Esta idea es llevada más allá en posteriores Resoluciones, como las de 4 de julio y de 30 de noviembre, ambas de 2022, y de 7 de julio de 2023: “si se expresa que la causa del negocio de atribución (...) de ganancialidad (...) es onerosa, pero no se concreta si la compensación equivalente es pasada, presente o futura, el Código Civil presume esto último al disponer en su artículo 1358 que “cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación””.

Hasta cierto punto, y centrándonos en los aspectos causales de este negocio de aportación, la tesis sostenida por la Dirección General no resulta del todo descartable. Como se ha señalado más arriba, el contexto que implica el matrimonio implica un espacio particular desde el punto de vista negocial en cuanto a los fines socioeconómicos perseguibles se refiere, irreproducibles fuera de las relaciones conyugales. En este sentido, sin duda la aportación de un bien privativo a la masa

ganancial, persigue causalmente un fin muy similar, si no idéntico, al que típicamente se persigue con el desplazamiento de las reglas de la subrogación real a que se refiere el art. 1355 CCiv: ampliar la masa de bienes comunes *ad sustinenda oneri matrimonii*.

Es un principio general del derecho de contratos el que la causa de los mismos, entendida como fin socioeconómico pretendido, debe tener correlación con los efectos o consecuencias que del mismo se derivan en el tráfico. Cuando el vínculo matrimonial no es suficientemente justificativo de la finalidad pretendida, entonces hay que acudir a los esquemas contractuales generales aplicables en el tráfico ex art. 1323 CCiv. En este sentido, el hecho de que un matrimonio esté casado bajo un régimen económico de gananciales, no justifica la aplicación, en su contexto, de unas reglas transmisivas entre cónyuges distintas de las que resultarían de aplicación en el marco de un matrimonio económicamente regido por un sistema de separación de bienes, en el que, lógicamente, también existen cargas matrimoniales de la misma naturaleza que pueden surgir en el régimen de gananciales. Bastaría, en el régimen de gananciales, con poder adscribir bienes privativos al mismo régimen de disposición, administración y responsabilidad, que los bienes gananciales sin cambiar la titularidad de aquéllos. Se trataría, en fin, de bienes privativos que funcionarían como gananciales: esta es la consecuencia práctica-económica a la que conduciría la *causa matrimonii* justificativa del negocio y específica del contexto matrimonial, sin tener que acudir a los esquemas contractuales generales del tráfico, vale decir, de los que también resultarían de aplicación con toda naturalidad en el marco de un matrimonio económicamente gobernado por el régimen de separación de bienes.

En este sentido, nos parece muy sugerente la tesis que ha sostenido DÍEZ SOTO, al calificar el negocio de aportación del patrimonio privativo al ganancial como un negocio de afectación: “se trata de un negocio que no tiene por finalidad esencial operar un cambio en la titularidad de un bien determinado, puesto que, de hecho, el bien puede adquirir carácter ganancial sin que se altere la atribución de su titularidad al cónyuge de cuyo patrimonio privativo procede”; y añade: “la finalidad esencial perseguida en este caso no es otra que sujetar el bien al peculiar régimen de afectación propio de los bienes gananciales en sus diferentes aspectos”<sup>21</sup>. En la misma línea, más recientemente, también MARIÑO PARDO<sup>22</sup>.

Poco antes, MARTÍNEZ SANCHIZ se había pronunciado en un sentido muy similar, sosteniendo la idea de que la calificación de un bien como ganancial no determina la titularidad común de los cónyuges<sup>23</sup>. Esto permite al citado autor referirse a la categoría de “titularidades individuales de naturaleza ganancial”, de la que es un ejemplo la atribución de un bien privativo a la masa ganancial: en estos casos la nueva calificación (“ganancial”) se superpone a la titularidad individual, que permanece intacta salvo que los cónyuges quieran ir más allá, incrementado el grado de comunicación y creando, ahora sí, una cotitularidad<sup>24</sup>.

Esta forma de comprender la naturaleza de la sociedad de gananciales no es sólo una opinión doctrinal más o menos fundada: parece estar presente en la regulación que el Reglamento Hipotecario, en sus artículos 93 a 96, contiene de los bienes en régimen de gananciales<sup>25</sup>.

Si admitimos esta última tesis expuesta, no vemos inconveniente en admitir el negocio de atribución de bienes privativos a la masa ganancial, sin tener que

acudir a la regla general del artículo 1323, y siendo suficiente la *causa matrimonii* para justificar el desplazamiento o comunicación del bien. Sin embargo, a la luz de la doctrina reiterada y recientemente sostenida por la Dirección General, encontramos dos grandes problemas:

a) El primero, es que a la Dirección General no le basta la *causa matrimonii* para justificar el desplazamiento o comunicación del bien, y exige, para separar este supuesto del art. 1355, una causa onerosa o gratuita. Y para esto último, el derecho de reembolso (su existencia o su renuncia) juega para el Centro Directivo un papel fundamental. Pues bien: al margen de lo inapropiado que es superponer a la *causa matrimonii* las ideas de onerosidad / gratuidad, parece claro que el derecho de reembolso ex art. 1358 no puede servir aquí a los efectos pretendidos por la Dirección General: como ha afirmado MARTÍNEZ SANCHIZ, ni hay sinalagma funcional posible entre derecho de reembolso y atribución (pues lo primero no es causa, sino consecuencia de lo segundo), ni literalmente el artículo 1358 resulta aplicable, pues este precepto “[p]resupone una calificación inicial opuesta a la subrogación real (...). Literalmente, el artículo 1.358 no se plantea el cambio de naturaleza debido a un acuerdo conyugal”<sup>26</sup>.

b) El segundo, es que la Dirección General ha rechazado recientemente, y manera frontal, la distinción entre condición ganancial de un bien y titularidad ganancial: sólo existe lo segundo, y no lo primero. Como puede leerse en la Resolución de 3 de junio de 2021, “cuando el cónyuge adquirente a título oneroso manifiesta que la adquisición se ha hecho con carácter ganancial, expresada en el título de compra, el bien se inscribe con carácter ganancial, lo que significa que el Registro publica la titularidad del bien a nombre de ambos cónyuges como bien integrante del patrimonio ganancial. En cambio, cuando en la adquisición realizada por uno de los cónyuges no se hace ninguna manifestación sobre el carácter de la adquisición, pero consta que está casado en régimen de gananciales, la inscripción del bien se practicará como presuntivamente ganancial”. Y se añade: “La presunción de ganancialidad deriva de la ley (...) pero la inscripción registral no publica en este caso una presunción de ganancialidad, sino la titularidad ganancial misma del bien cuya exactitud se presume y está bajo la salvaguarda de los tribunales (...)” (fundamento de derecho segundo). Este enfoque es, en gran medida, tributario de una doctrina favorable a admitir el negocio de aportación a la sociedad de gananciales como título traslativo a efectos de obtener la inmatriculación por la vía del artículo 205 LH<sup>27</sup>.

Todo lo expuesto hasta aquí pone de manifiesto que el negocio de aportación a la sociedad de gananciales es, en la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, un negocio traslativo, en el que el contexto matrimonial es base causal suficiente para admitirlo, y en relación con el cual la exigida onerosidad o gratuidad del negocio como exigencia causal añadida se cumple, bien con la sola afirmación de los cónyuges, bien sin ella sobre la idea de una pretendida presunción de onerosidad, vale decir, presunción de causa, con base en lo dispuesto en el artículo 1358 CCiv. Cabe cuestionarse si la vigencia en un matrimonio del régimen económico de sociedad de gananciales, justifica una conclusión tal, y que sin embargo, habría —claramente, además— que negar en el marco de un régimen de separación de bienes (aquí, naturalmente, en los desplazamientos entre

patrimonios privativos) por el solo hecho de que en la regulación de la separación de bienes no encontramos un precepto similar al citado art. 1358.

#### IV.2. NEGOCIOS DE TRASVASE O DE TRANSMISIÓN DEL PATRIMONIO GANANCIAL A UN PATRIMONIO PRIVATIVO

Al igual que sucedía en el anterior grupo de supuestos, el problema no estriba en la posibilidad de conseguir tal resultado, pues indudablemente el artículo 1323 CCiv ofrece en último extremo cobertura jurídica suficiente, sino en el mecanismo negocial para llegar a él. Como veremos, la doctrina que la Dirección General ha construido en torno a esta hipótesis, alcanza un nivel de abstracción causal en el proceso transmisivo aún más problemático que en el grupo de casos anteriormente analizado.

Ahora ya no contamos con un precepto como el art. 1355 CCiv a partir del cual extraer soluciones por analogía; y con menos razón, del artículo 1358 CCiv para construir sobre él la onerosidad / gratuidad del negocio. Más bien al contrario: la regulación que nos ofrece el Reglamento Hipotecario plantea dos alternativas para inscribir como privativo un bien adquirido por una persona casada en régimen de sociedad de gananciales: 1) la confesión del otro cónyuge (por hipótesis, el cónyuge no adquirente) relativa a que el/los bien/es / fondos con que el cónyuge adquirente adquiere son bienes / fondos privativos; 2) que se justifique el carácter privativo del precio o contraprestación mediante prueba documental pública suficiente, sin que la mera afirmación de la procedencia privativa del dinero empleado sea suficiente a estos efectos (art. 95 RH)<sup>28</sup>.

No obstante todo lo anterior, la Dirección General no ha tenido mayores problemas para aplicar a este grupo de supuestos, no sólo conclusiones similares a los que hemos visto que utiliza para explicar el trasvase de bienes privativos a la masa ganancial (además, empleando razonamientos semejantes), sino que lo ha hecho sobre la base de una clara abstracción causal de difícil encaje en nuestro Derecho, y que como ha apuntado GARCÍA GARCÍA, de hecho supone una derogación de los apartados 4,º 5º y 6º del art. 95 RH<sup>29</sup>.

Para explicar el estado doctrinal de la cuestión en la Dirección General, y el análisis crítico que del mismo aquí nos proponemos, distingamos dos grupos de supuestos, que serán la materia de los dos subepígrafes siguientes.

##### *IV.2.A. Atribución de carácter privativo de un bien, en el mismo momento de su adquisición.*

Se trata de la hipótesis inversa a la prevista en el artículo 1355 CCiv analizado supra. Y la Dirección General ha dado carta de naturaleza a esta posibilidad: resulta muy ilustrativa al respecto la RDGSJyFP de 11 de abril de 2022. En ella se trató de la inscripción como privativa de una adjudicación resultante de una liquidación de una comunidad de bienes. El cónyuge adjudicatario manifestó que el metálico invertido para compensar al comunero y adjudicarse el bien es de su exclusiva pertenencia, al haber sido donado un día antes por sus padres. La es-

posa del cónyuge adjudicatario reconoce en la misma escritura todo lo anterior, y conviene en dar a la adjudicación carácter privativo. La Registradora suspendió la inscripción solicitada, los interesados recurrieron a la DGSJyFP, y ésta estimó el recurso: “Los cónyuges, por pacto, están determinando que (...) tenga carácter privativo del marido adjudicatario, con la voluntad de que se inscriba a nombre de éste por haber sido adquirida con tal carácter y no por confesión, abstracción hecha de que no haya podido acreditarse el carácter privativo (...) por faltar prueba fehaciente del carácter privativo del dinero empleado, de modo que ambos consortes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excluyen el juego de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil, y como resulta de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura, queda explicitado el carácter oneroso del negocio entre los esposos”. Previamente y como argumento general que prepara esta conclusión, el Centro Directivo en la misma Resolución había apuntado que “ha admitido esta Dirección General —con base en el principio de la libertad de contratación ex artículos 1255 y 1355 del Código Civil— 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”.

De forma similar, la RDGSJyFP de 30 de noviembre de 2022, que trató sobre la inscribibilidad de una finca como privativa sobre la base de que los cónyuges solicitan tal inscripción “por haber sido adquirida con tal carácter y no por confesión”, manifestando que “a los únicos efectos de lo dispuesto en el artículo 1.358 del Código Civil, que los fondos con los que se ha efectuado la citada adquisición son privativos según lo dispuesto en el artículo 1346 del Código Civil, de modo que no procederá compensación o reembolso alguno (...) entre los patrimonios ganancial y privativo de los cónyuges, sin perjuicio de las acciones que en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales pudieran corresponder a acreedores o legitimarios en caso de demostrarse su falta de certeza”.

La doctrina mantenida por la Dirección General en estas Resoluciones resulta cuestionable, y ello por las siguientes razones:

1) Intentar extraer de los artículos 1355, 1358 y 1323 del CCiv una pretendida libertad contractual y transmisiva entre cónyuges que permita los movimientos del patrimonio ganancial al privativo de manera similar a como debiera permitirse el movimiento desde un patrimonio privativo al ganancial, es algo que debe descartarse. La finalidad socioeconómica, vale decir, la causa, que está tras un negocio de trasvase de un patrimonio privativo al ganancial, nada tiene que ver con la que está detrás de un negocio de trasvase en sentido opuesto. Y esto tal vez justifique una distinta consecuencia en los patrimonios privativos de los cónyuges. Como ha señalado MARTÍNEZ SANCHIZ, en los negocios de trasvase o comunicación del patrimonio ganancial a uno privativo “no se comparte”, sino que “se adjudica sin liquidación y el bien queda excluido del acervo ganancial. La exclusión puede ir acompañada de compensación o prescindir de ella. En este último caso, la pérdida de la ganancialidad, económicamente, es una donación y cumple la computación legitimaria”<sup>30</sup>. En cambio, en la hipótesis contraria, y marcadamente en el caso del art. 1355 CCiv, se produce todo lo contrario: de la atribución se deriva un beneficio para ambos cónyuges, puesto que se amplía la masa ganancial, principalmente afecta al levantamiento de las cargas familiares, motivo por el cual en estos casos

“el supuesto empobrecimiento del cedente no resulta tan lineal como en el caso inverso”. Tan es así, que incluso MARTÍNEZ SANCHIZ propone que la atribución de ganancialidad “no compute a efecto legitimarios” en la herencia del cónyuge cedente<sup>31</sup> (arg. art. 1041 CCiv).

Desde este punto de vista, es perfectamente lógico que el Sistema permita, y facilite incluso (arg. art. 1355.2 CCiv) la ampliación de la masa ganancial, porque ello es *favorem matrimonii*; y que en cambio, no se prevea el movimiento en sentido inverso con la misma facilidad, pues en tales casos el contexto matrimonial no lo justifica más allá de como cabría justificarlo entre no cónyuges; en estos casos, en fin y parafraseando a GARCÍA GARCÍA, más que *favor matrimonii* hay *favor patrimonii*<sup>32</sup>.

2) De manera similar a como sucedía con los negocios de atribución o aportación de bienes (ya) privativos a la masa ganancial, la Dirección General exige que exista causa, onerosa o gratuita, para explicar el movimiento patrimonial. Pero de nuevo aquí, esta exigencia es más formal que real: tanto en la Resolución de 11 de abril de 2022 como en la posterior de 30 de noviembre del mismo año, se califica el negocio como oneroso porque el dinero empleado en la adquisición se afirma privativo por el cónyuge adquirente y tal circunstancia es reconocida por el cónyuge no adquirente. Como ha afirmado GARCÍA GARCÍA, en este razonamiento la Dirección General confunde la causa onerosa de la adquisición el bien con la causa de atribución del carácter privativo del bien, que en realidad, en estos casos, no queda expresada, y al admitir la inscripción la Dirección General en estos casos, en realidad la sustrae del ámbito de la función calificadora del Registrador: la atribución del carácter privativo tiene causa onerosa, porque onerosa es la causa negocial presente en la adquisición por el cónyuge de un tercero; lo demás, lo puede la autonomía privada<sup>33</sup>.

Esta es una conclusión para la que no se encuentra justificación *lege latae*. Y además, choca frontalmente con la regulación del Reglamento Hipotecario, pues se logra conseguir por la mera declaración de voluntad, lo que no se hubiera podido conseguir por la vía del art. 95.2 RH (subrogación real mediante prueba documental pública), y además, deja completamente desactivado el expediente de la confesión de privatividad contemplado en los apartados 4, 5 y 6 del mismo art. 95 RH, pues por aquella vía se consigue una calificación definitiva de la privatividad.

#### *IV.2.B. Atribución del carácter privativo de un bien ganancial, como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*

Resulta paradigmático el caso resuelto en la RDGSJyFP de 27 de julio de 2022. Se trataba de un caso de liquidación de sociedad de gananciales, en el que se atribuía a la esposa una finca, previo reconocimiento de deuda por el marido por valor de 16.579,92 €, de los cuales, una parte (3.789,42 €) procedía del pago que la adjudicataria había realizado del crédito garantizado con hipoteca sobre esa misma finca; y el resto (12.790,50 €) “tiene su origen en las relaciones económicas entre los cónyuges, es decir, tiene su causa en la propia institución del matrimonio que conlleva una red dinámica de relaciones personales y patrimoniales entre los propios cónyuges, la cual ni este Notario ni la Sra. Registradora tenemos ni el deber ni el derecho de investigar, perteneciendo ese flujo caleidoscópico de la



red matrimonial a su propia intimidad, careciendo de trascendencia notarial y trascendencia registral”. Como era de esperar, la Registradora suspendió la inscripción, y el mismo Notario recurrió.

Pues bien, la Dirección General hace suyos los razonamientos del Notario recurrente, y estima el recurso, fundamentalmente sobre dos ideas: 1) no cabe sostener que la atribución esté falta de causa, pues exigir un detalle de para qué se empleó el dinero del que surge la deuda que se reconoció y luego se empleó para compensarla con la atribución de la finca, no es acorde “con el respeto a la intimidad a la privacidad”, más aún cuando el art. 1277 CCiv presume iuris tantum “la existencia y licitud de la causa”. 2) La causa existe, y además, es onerosa (la deuda se extingue contra la atribución de un bien ganancial).

Esta Resolución supone, en nuestra opinión, un peligroso precedente. Ciertamente que sus afirmaciones se hacen en el marco de un proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, pero resultarían perfectamente trasladables al marco de un trasvase o transmisión puntual de un bien ganancial a un patrimonio privativo<sup>34</sup>. El reconocimiento de deuda se erige así como causa justificativa suficiente de trasvase del patrimonio ganancial a un patrimonio privativo, sin más requisitos que afirmar que la causa de la deuda que se reconoce, para inmediatamente ser satisfecha por la atribución de un bien ganancial, pertenece a la intimidad personal y familiar.

Nos parece un peligroso precedente porque, hasta donde llega nuestro conocimiento, es la primera vez que la Dirección General da un valor y efecto tan poderoso a la presunción de causa negocial contenida en nuestro artículo 1277 CCiv<sup>35</sup>. Y además, nos parece muy inapropiado el recurso a la “intimidad y privacidad de los ciudadanos”, porque de esta forma parece confrontarse la legalidad del procedimiento registral y toda la doctrina que se ha construido en torno suyo, con nada menos que el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18 de nuestra Constitución. Esto resulta muy peligroso, al menos, en un doble orden de razones: 1) habría de resultar por completo aplicable también en el ámbito de un matrimonio regido por la absoluta separación de bienes; y 2) se corre el peligro de hacerlo extensible más allá del ámbito conyugal, con tal de que no exceda del ámbito *familiar* (así, podría argumentarse que las mismas ideas son trasladables a los negocios, por ejemplo, entre padres e hijos, o entre hermanos que conviven en el hogar familiar).

## V. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

### 1) Tribunal Supremo

- STS de 27 de mayo de 2019 (Pleno de la Sala de lo Civil) (núm. 295/2019)
- STS de 25 de abril de 2022 (núm. 1622/2022).

### 2) Dirección General de los Registros y del Notariado / Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

- R. de 25 de septiembre de 1990
- R. de 22 de junio de 2006
- R. de 31 de marzo de 2010
- R. de 31 de enero de 2014

- R. de 18 de febrero de 2021
- R. de 3 de junio de 2021
- R. de 8 de septiembre de 2021
- R. de 9 de septiembre de 2021
- R. de 11 de abril de 2022
- R. de 30 de mayo de 2022
- R. de 4 de julio de 2022
- R. de 27 de julio de 2022
- R. de 3 de octubre de 2022
- R. de 30 de noviembre de 2022
- R. de 7 de julio de 2023
- R. de 11 de julio de 2023

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- DÍEZ SOTO, C. M. (2004). *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Centro de Estudios Registrales: Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2012). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tomo VI, *Derechos reales*. Aranzadi-Civitas: Navarra.
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (2021). *El pacto de atribución de carácter privativo de un bien por los cónyuges y la confesión de privatividad. Autonomía de la voluntad y causa*. Consultable, desde la siguiente dirección electrónica: <https://regispro.es/jose-manuel-garcia-garcia-comentario-critico-de-las-tres-resoluciones-de-15-de-enero-de-2021-y-de-12-de-junio-de-2020-1a-y-4a-el-pacto-de-atribucion-de-caracter-privativo-de-un-bien-por-los-conyug/>
- GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. (2002). La sociedad de gananciales, en GARRIDO DE PALMA, V. M. (coord.). *Instituciones de Derecho Privado*. Tm. IV, vol. 2º, Civitas: Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1984). *Elementos de Derecho Civil*. Tm, IV, *Derecho de familia*. Bosch: Barcelona.
- MARIÑO PARDO, F. (2016). Aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales, en *Revista de Derecho de Familia* (Aranzadi). Núm. 71
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. Á. (2003). *Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes*. Consejo General del Notariado, Madrid
- MORALEJO IMBERNÓN, N (2021). Artículo 1355, en VV. AA. *Comentarios al Código Civil*. Aranzadi, Navarra.
- OTERO RODRÍGUEZ, L. (2016). *Elementos de Derecho Hipotecario*. Wolters Kluwer: Barcelona.
- RAMS ALBESA, J. J. (1984). La subrogación real en la sociedad de gananciales, en *Revista de Derecho Notarial*, CXXV-CXXVI, julio-diciembre.
- RAMS ALBESA, J. J. (1992). *La sociedad de gananciales*. Tecnos: Madrid
- SERRANO-FERNÁNDEZ, M. (2016). Artículo 1358, en VV. AA., *Código Civil comentado*. Civitas: Navarra, 2016. Tm. III.
- SERRANO-FERNÁNDEZ, M. (2023). Art. 1355, en CAÑIZARES LASO, A. (dir.). *Comentarios al Código Civil*. Tirant lo Blanch: Valencia. Tm. IV

NOTAS

<sup>1</sup> Eso se puede hacer patente en aspectos tales como la mayor facilidad para por probada la buena fe / falta de buena fe a efectos del artículo 34 LH o del 464 CCiv, en la prueba del llamado *animus fraudatoris* en sede de acción pauliana, o incluso —aunque esto merecería un estudio más detenido— cabría cuestionarse si en un caso de venta de un bien privativo de un cónyuge al otro cónyuge, tendría sentido aplicar la misma regla del momento de transmisión del riesgo que en general prevé el art. 1452 CCiv —y ello, por lo dispuesto en el artículo 1095, a confrontar con el art. 1318 como regla general, y en sede de gananciales, específicamente con el art. 1347.2º CCiv—.

<sup>2</sup> Este caso fue muy similar a otro también tratado por la Dirección General, en Resolución de 8 de septiembre de 2021, aunque el matrimonio era distinto, y el Registrador cuya calificación se recurría también.

<sup>3</sup> En este sentido, pueden verse, de manera más reciente, las RR. de 8 y 9 de septiembre de 2021, y de 11 de abril, 4 de julio, 3 de octubre y 30 de noviembre de 2022.

<sup>4</sup> En este sentido, GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. (2002). La sociedad de gananciales, en GARRIDO DE PALMA, V. M. (coord.). *Instituciones de Derecho Privado*. Tm. IV, vol. 2º, Civitas: Madrid, 101, que, con cita a LACRUZ, entiende que el artículo 1355 es un “apéndice” del art. 1323. En similar sentido, y más recientemente, también MORALEJO IMBERNÓN, N (2021). Artículo 1355, en VV. AA. *Comentarios al Código Civil*. Aranzadi: Navarra, 1755.

<sup>5</sup> En este sentido, resulta fundamental la STS (Pleno de la Sala de lo Civil) de 27 de mayo de 2019.

<sup>6</sup> Así, por todos, GARDEAZÁBAL DEL RÍO (2002), op. cit., 103.

<sup>7</sup> C. M. DÍEZ SOTO. Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, 265. Con todo, conviene advertir que un autor de la talla de LACRUZ BERDEJO había señalado que este artículo 1355 parece “bastante innecesario” (LACRUZ BERDEJO, J. L. (1984). *Elementos de Derecho Civil*. Tm, IV, Derecho de familia. Bosch: Barcelona, 409).

<sup>8</sup> Que el reembolso previsto en el artículo 1358 CCiv resulta aplicable en la hipótesis del artículo 1355 debe resultar indudable. Por todas, y recientemente, véase la STS 1622/2022, de 25 de abril.

<sup>9</sup> Recientemente, SERRANO-FERNÁNDEZ ha sostenido que “la atribución efectuada de común acuerdo del carácter ganancial (o privativo en su caso) de un bien ex art. 1355.1 CC, podrá ser impugnada por los terceros acreedores o legitimarios cuando se den las circunstancias del art. 1324 CC” (SERRANO-FERNÁNDEZ, M. (2023). Art. 1355, en CAÑIZARES LASO, A. (dir.). *Comentarios al Código Civil*. Tirant lo Blanch: Valencia. Tm. IV, 6167.

En nuestra opinión, lo que puede suponer o no un perjuicio no es la atribución del carácter ganancial o privativo a un bien, sino la renuncia o no al derecho de reembolso previsto en el art. 1358 CCiv. Y por otro lado, el recurso al art. 1324 CCiv resulta innecesario en esta sede, pues este artículo 1324 dispone una inoponibilidad *ex lege*, que no necesita impugnación alguna: sencillamente los acreedores pueden actuar como si la confesión del carácter ganancial o privativo no se hubiese producido si ello les perjudica. Pero esto no es lo que sucede en el grupo de casos que entran en la órbita del art. 1355 y que ahora nos interesa: de nuevo, el hecho dañoso al acreedor es la renuncia a la compensación, no la calificación del bien.

<sup>10</sup> SERRANO-FERNÁNDEZ, M. (2016). Artículo 1358, en VV. AA., *Código Civil comentado*. Civitas: Navarra, 2016. Tm. III, 955.

<sup>11</sup> Op. cit. (2021), 1758

<sup>12</sup> RAMS ALBESA (1984). La subrogación real en la sociedad de gananciales, en *Revista de Derecho Notarial*, CXXV-CXXVI, julio-diciembre, 344-345. También en su monografía de 1992 *La sociedad de gananciales*. Tecnos: Madrid, 188.

<sup>13</sup> ¿Sería acaso razonable, considerando que la onerosidad puede implicarla el derecho de reembolso del art. 1358, que la aportación de un bien mueble que habría de ser privativo por subrogación a la sociedad de gananciales *ex art.* 1355, supusiera en favor del cónyuge

beneficiario la protección del art. 464 CCiv —leído en clave germanista— en caso de que el cónyuge “aportante” no fuese el verus dominus; o resultaría razonable que, si la aportación fuese inmobiliaria, el cónyuge beneficiado por esa aportación pudiera beneficiarse de la fe pública registral del art. 34 LH? Obviamente no; como tampoco resultaría razonable que un cónyuge pueda plantear seriamente al otro una disminución del valor a reintegrar conforme al art. 1358 alegando que el bien aportado ex art. 1355 resultó defectuoso o con vicios ocultos, y que por tanto el valor a reintegrar debe reducirse proporcionalmente por el importe del vicio —lo que sí tendría que admitirse si realmente la aportación ex art. 1355 fuese traslativa, y además, onerosa; arg. art. 1681 CCiv—.

<sup>14</sup> En este sentido, no tenemos más que suscribir las palabras de GARDEAZÁBAL (op. cit., 100), cuando apunta que sobre la posibilidad de movimientos patrimoniales entre las masas conyugales, y las vías para poder realizarlo, planea la cuestión de la naturaleza de la sociedad de gananciales.

<sup>15</sup> Adentrarse en esta cuestión exigiría, sin duda, un estudio monográfico específico. En este punto, y por todos, me remito al interesante estudio que ha realizado MARTÍNEZ SANCHIZ, en el que se sostiene una visión sobre la naturaleza de la sociedad de gananciales que, como veremos más abajo, parece tener reflejo en el derecho positivo en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario (MARTÍNEZ SANCHIZ, J. Á. (2003). Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes. Consejo General del Notariado, Madrid).

<sup>16</sup> Aunque naturalmente la propiedad de los bienes determina la legitimación para realizar eficazmente actos dispositivos, de disfrute, uso, y con ello también la sujeción de su valor a la responsabilidad patrimonial, sin embargo no siempre es válido el camino en sentido contrario, esto es, deducir la titularidad por poder identificar a la persona legitimada para realizar esos actos de uso o de disfrute. En nuestro Derecho Civil encontramos un ejemplo de ello en el régimen jurídico de la medianería, concretamente en lo dispuesto en los artículos 577 y 578 CCiv: el propietario medianero que alce la pared medianera o le dé más grosor, podrá beneficiarse de esa mayor altura o ese mayor grosor; los demás propietarios medianeros sólo podrán beneficiarse de ello “pagando proporcionalmente el importe de la obra y la mitad del valor del terreno sobre el que se le hubiese dado (a la pared medianera) mayor espesor”. Y sin embargo, la pared nunca ha dejado de ser medianera, y por tanto, nunca ha dejado de ser, en todo ni en parte, común (en otras palabras: el mayor grosor y/o la mayor altura nunca han pertenecido particularmente al medianero que ha ejecutado la obra). En este sentido, por todos, véase Díez-Picazo, L. (2012). Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo VI, Derechos reales. Aranzadi-Civitas: Navarra, 298-299.

<sup>17</sup> Véase su trabajo “La subrogación real en la sociedad de gananciales”, en Revista de Derecho Notarial, op. cit., 350. Posteriormente también en su monografía La sociedad de gananciales (Tecnos, Madrid, 1992, 191).

<sup>18</sup> Véase su comentario al artículo 1355 en VV. AA., Código Civil comentado. Civitas, Navarra, 2016. Tm. III, 946.

<sup>19</sup> Como acertadamente se sostuvo en la RDGRN de 31 de marzo de 2010, en el caso en que resulte de aplicación directamente el art. 1355, “...la atención del interés lícito en ampliar el ámbito objetivo del patrimonio ganancial, para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia (...) justifica la atribución patrimonial contemplada en dicha norma legal, sin que sea necesario siquiera expresar la onerosidad o gratuidad de dicho negocio atributivo, pues éste dará lugar —salvo pacto en contrario— al reembolso previsto en el artículo 1358 del Código Civil, (...) que no es propiamente precio”.

<sup>20</sup> Esta doctrina se reitera en la posterior y más reciente Resolución de 8 de septiembre de 2021.

<sup>21</sup> Díez Soto, C. M. (2004). Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Centro de Estudios Registrales: Madrid, 320. Previamente, en páginas 269-270 de la misma obra, había negado la condición de “contrato” al acuerdo de voluntad de los cónyuges relativa a la atribución de ganancialidad ex art. 1355: “ni hay en la concurrencia de sus respectivas

declaraciones una dualidad de partes, ni cabe hablar del nacimiento o de transmisiones o desplazamientos patrimoniales que sean consecuencia del mismo”

<sup>22</sup> MARINO PARDO, F. (2016). Aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales, en *Revista de Derecho de Familia (Aranzadi)*. Núm. 71.

<sup>23</sup> “La existencia de una masa ganancial no necesita una supuesta cotitularidad. Lo que delimita la masa, al cabo, no es otra cosa que el destino común. Éste se produce, pues, a raíz de la afectación de los bienes a los fines expresados” (p. 128). // “No hay ninguna cotitularidad subyacente. El régimen protege la situación de los esposos sin necesidad de arbitrar conceptos intermedios. El cónyuge no titular detenta los derechos y acciones especialmente dispuestos en la ley” (p. 124).

<sup>24</sup> MARTÍNEZ SANCHIZ (2003), op. cit., 130. Vid. también página 169.

<sup>25</sup> Como ha señalado OTERO RODRÍGUEZ, tales preceptos, que tienen su origen en la reforma del Reglamento Hipotecario de 1982, tal vez están influidos “por la corriente doctrinal que entiende que, en la sociedad de gananciales, no hay bienes comunes, sino que “lo común” es el valor”. Véase su obra *Elementos de Derecho Hipotecario*. Wolters Kluwer: Barcelona, 694.

<sup>26</sup> Op. cit., 2004, 171-172.

<sup>27</sup> Cfr. RDGRN de 31 de enero de 2014; y más recientemente, véanse las RRDGSJyFP de 18 de febrero de 2021 y de 11 de julio de 2023, en las que se admite con toda naturalidad que el título – negocio de aportación a la sociedad de gananciales es un título “traslativo” a efectos de dicho artículo 205 LH.

<sup>28</sup> El entendimiento por la Dirección General de lo que habría de ser la justificación del carácter privativo del dinero mediante prueba documental pública, ha dificultado extraordinariamente la inscripción del carácter privativo de los bienes. En opinión del Centro Directivo, el carácter fungible del dinero dificulta mucho esta prueba. Como puede leerse en la Resolución de 11 de abril de 2022, “[e]l rastro del dinero privativo que se dice invertido en la adquisición ha de gozar de una acreditación documental plena, pues en el procedimiento registral no existe la posibilidad de admisión de otros medios de prueba (...). [S]e viene entendiendo necesario que sea directamente la fe notarial (...) la que ampare la privatividad del precio invertido”. La misma Dirección General, sin embargo, consciente de esta dificultad probatoria, deja abierta la puerta a una interpretación más flexible de este requisito de la prueba en su Resolución de 30 de mayo de 2022, en la que puede leerse que “[n]o obstante, no debe descartarse una interpretación flexible del (...) artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario que, atendiendo a la realidad social (cfr. artículo 3.1 del Código Civil) lleve a admitir la inscripción del bien con carácter privativo sobre la base de manifestaciones del comprador que, constando en documento público, tengan como soporte algún dato adicional como pudiera ser, por ejemplo, el documento bancario del que resulte la correspondencia del pago realizado con el precio ingresado en una cuenta de la titularidad del comprador de dinero procedente de donación constatada en escritura pública”. Con todo, en el caso de esta última Resolución la Dirección General desestimó el recurso, y no consideró suficientemente justificado el origen privativo de la contraprestación (50.000 euros pagados mediante transferencia bancaria; el comprador había recibido menos de seis meses antes una donación dineraria de su madre, de 80.000 euros).

<sup>29</sup> Véase su trabajo *El pacto de atribución de carácter privativo de un bien por los cónyuges y la confesión de privatividad. Autonomía de la voluntad y causa* (2021), publicado en línea, y consultable, desde la siguiente dirección electrónica: <https://regispro.es/jose-manuel-garcia-garcia-comentario-critico-de-las-tres-resoluciones-de-15-de-enero-de-2021-y-de-12-de-junio-de-2020-1a-y-4a-el-pacto-de-atribucion-de-caracter-privativo-de-un-bien-por-los-conyug/>

<sup>30</sup> Op. cit., 176.

<sup>31</sup> Loc. cit.

<sup>32</sup> Cfr. op. cit. “El pacto de atribución de carácter privativo de un bien por los cónyuges y la confesión de privatividad. Autonomía de la voluntad y causa” (2021).

<sup>33</sup> Op. cit.

<sup>34</sup> Pensemos que estos casos han sido equiparados, por todos, por RAMS ALBESA, como una “liquidación anticipada de alcance parcial” (op. cit. (1992), 188).

<sup>35</sup> De hecho, y como es conocido, es doctrina generalizada de la propia Dirección General que la presunción de causa negocial no resulta aplicable ante la solicitud de inscripción.

#### 1.4. Sucesiones

## Privación de la legítima y desheredación en derecho comparado: una sanción civil ante conductas

### *Legitimate inheritance and disinheritance in comparative law*

por

LOURDES GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR

*Profesora invitada de la UNED*

**RESUMEN:** La representación de la familia característica de los Códigos civiles del siglo XIX, que podía considerarse el sustrato perfecto del sistema legítimo, posiblemente comience a ser una imagen más del pasado que del presente. Las primeras décadas del siglo XXI han otorgado, en España y fuera de ella, reconocimiento normativo a cambios sustanciales desde el punto de vista sociológico y/o político-constitucional. Entre ellos, la aceptación generalizada de las situaciones de hecho. De ahí que, en este estudio, abordemos los elementos más característicos de todo ello.

**ABSTRACT:** *The family characteristic's representation in Civil Codes around the 19th century, all of them considered the perfect substratum of the legitimate system, possibly was an image more of the past instead to a proyect of the present. In the early decades of the 21st century and beyond, the normative recognition to substantial changes in Spain, comes from a sociological and constitutional point of view, include the general acceptance of de facto situations. Hence, in this study we will indicates the most characteristically elements in all of them.*

**PALABRAS CLAVE:** Legítima, desheredación, ascendientes, descendientes, alimentos, indignidad

**KEY WORDS:** *Legitimate, inheritance, ascendants, descendants, family provision, indignity.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LEGÍTIMA Y DESHEREDACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO. 2.1. LA LEGÍTIMA EN DERECHO ITALIANO COMO VALOR ECONÓMICO: *PARS VALORIS*. 2.2. LA DESHEREDACIÓN Y LAS CAUSAS DE INDIGNIDAD EN EL DERECHO ITALIANO A

LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA: SU CONFIGURACIÓN COMO SANCIÓN CIVIL.—III. LIBERTAD DE TESTAR Y AUSENCIA DE LEGITIMARIO EN EL DERECHO INGLÉS: INGLATERRA Y GALES.—IV. SISTEMA LEGITIMARIO ESCOCÉS, ISLAS ANGLONORMANDAS E IRLANDA: EL DERECHO DE MANUTENCIÓN Y ASISTENCIA DE LOS DESCENDIENTES.—V. EL SISTEMA GERMANO-ROMANO DE LA LEGÍTIMA FRANCESA: LA ACTUAL ASIGNACIÓN DE PLENO DOMINIO Y SU CONFIGURACIÓN COMO DERECHO DE CRÉDITO. LA INDIGNIDAD.—VI. SISTEMA SUCESORIO ALEMÁN Y LA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y LA “PARTE FORZOSA”: LA UNIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE DESHEREDACIÓN PARA TODOS LOS LEGITIMARIOS.—VII. REGLAMENTO EUROPEO DE SUCESIONES: EL CERTIFICADO SUCESORIO Y LA ELECCIÓN DE LEY SUCESORIA.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. RESOLUCIONES CITADAS; SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA; SENTENCIAS DE LA CORTE DI CASSAZIONE ITALIANA

## I. INTRODUCCIÓN

La representación de la familia característica de los Códigos civiles del siglo XIX, que podía considerarse el sustrato perfecto del sistema legitimario, posiblemente comience a ser una imagen más del pasado que del presente. Las primeras décadas del siglo XXI han otorgado, en España y fuera de ella, reconocimiento normativo a cambios sustanciales desde el punto de vista sociológico y/o político-constitucional. Entre ellos la aceptación generalizada de las situaciones de hecho. De ahí que, en este estudio, abordemos los elementos más característicos de todo ello.

Si a tales aspectos, añadimos otras consideraciones de carácter fáctico, como la incorporación de la mujer al trabajo o la mayor longevidad de las personas, debemos llegar a la conclusión de que este conjunto de circunstancias ha propiciado que contemporáneamente sea imposible transmitir la idea de la familia nuclear convencional como único parámetro de análisis, dado que frente a tal pretensión es absolutamente necesario hablar de diferentes formas y tipos de familia.

Cabe destacar que la sucesión forzosa, a lo largo de los distintos periodos históricos, es un derecho que se reconoce a la familia, y que dependerá, del vínculo que se tenga con el finado, siendo una cortapisa a la voluntad de éste. A lo largo de la historia, ha ido variando, aumentando o disminuyendo, la cuantía y las personas llamadas a la sucesión forzosa al compás del derecho. Está fundamentado en que estas obligaciones creadas por los vínculos familiares son preferentes, y se les otorga un poder jerárquico, con el límite de que las personas llamadas a heredar no hayan realizado conductas que el propio legislador considera intolerables y que, si se incurre en ellas, permiten privar de la legítima.

## II. LEGÍTIMA Y DESHEREDACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO

### II.1. LA LEGÍTIMA EN DERECHO ITALIANO COMO VALOR ECONÓMICO: *PARS VALORIS*

El Código Civil Italiano, heredero del sistema romano-francés e hijo del Código de Napoleón<sup>1</sup>, fue aprobado en 1865, si bien y como es sabido, el vigente es de



marzo de 1942<sup>2</sup> (CCI). Los preceptos sobre nuestra materia, figuran en el Libro II, Título I, Capítulo X, *Dei legitimari, Sezione I, Dei diritti riservati ai legitimari*. En este punto, es importante señalar que, en Italia, al igual que en nuestro Derecho civil común, se limita la libertad de testar y, en particular se establece un sistema de legítimas, de conformidad a lo previsto en los arts. 536 y ss.

Del mismo modo que en nuestro CCcomún, el CCI plantea la legítima como un valor económico que, a nuestro juicio, calificaremos como *pars valoris*, que podrá satisfacerse mediante donación, herencia o legado. Además, figuran como sujetos legitimarios los descendientes, los ascendientes en defecto de los primeros y el cónyuge viudo. El artículo 536.1 *Legittimari* dispone que *Le persone a favore delle quali la legge riserva una quota di eredita' o altri diritti nella successione sono "el cónyuge, los hijos<sup>3</sup>, los ascendientes..."*. Por tanto, serán las personas, "a favor de las cuales la ley reserva una cuota de la herencia y otros derechos de sucesión".

Cabe destacar que DELLE MONACHE considera "la expresión cuota de la herencia responde a un significado técnico..., y tiene por objeto una cuota indivisa del *relictum*"<sup>4</sup>. Siguiendo al citado autor, podríamos afirmar que se considera a la "cuota hereditaria un vehículo para la legítima", toda vez que reclamada la cuota por el legitimario, ésta se concretará en bienes de la herencia.

En cuanto al cónyuge, haremos una breve referencia (art. 540 CCI<sup>5</sup>), cuya legítima dependerá de si el cónyuge concurre solo, en tal caso le corresponderá el 50% del haber hereditario; si concurre con un hijo, le corresponderá al cónyuge 1/3, pues otro 1/3 será para el hijo y el 1/3 restante de libre disposición.

Si el cónyuge, por el contrario, concurre con más de un hijo, los hijos recibirán 2/4 del haber hereditario, y 1/4 le corresponderá al cónyuge. Por último, se regula la posibilidad de que el cónyuge concorra con ascendientes; para este supuesto le corresponderá al cónyuge el 50% y a los ascendientes 1/4 del 50% restante.

Existe con respecto al cónyuge separado una reserva que, en nuestro ordenamiento no está prevista ya que el cónyuge separado ya sea legal o de hecho queda excluido en nuestro CC, sin embargo, en Italia, la ley preceptúa para el mismo una reserva cuya cantidad dependerá de cuál de los cónyuges haya tenido la culpa en la separación. Si no hay culpa del cónyuge separado superviviente reconocida en la sentencia de separación le corresponderá lo mismo que al cónyuge no separado, y si por el contrario existe culpa en la sentencia de separación le corresponderá una prestación vitalicia, si en el momento del fallecimiento este estaba recibiendo pensión alimenticia.

Centrando nuestro estudio en los descendientes, vamos a ver que la cuantía de la legítima es variable, aparece en el artículo 537 del CCI y quedaba establecida de la siguiente manera: en aquellos supuestos en los que haya un único hijo, a este le corresponderá el 50% del haber hereditario, si por el contrario son dos o más le corresponderá 2/3 del mismo. Con respecto a los ascendientes, que serán legitimarios en defecto de los descendientes, les corresponde 1/3 de la herencia siendo los 2/3 restantes de libre disposición.

Se establece una legítima que no puede ser gravada ni condicionada, pero a diferencia de nuestro Derecho común español<sup>6</sup>, se permiten ciertas excepciones como la *cautela socinio* cautela sociniana, el derecho de habitación en favor del cónyuge viudo, y el legado de sustitución legítima, consistente, como nos explica BERMEJO PUMAR<sup>7</sup>, en una elección del legitimario "que supone la pérdida de la

acción de suplemento sin adquirir la cualidad de heredero y grava la parte indisponible y en el exceso disponible”.

Al igual que en el Derecho común español, para el cálculo de la legítima se debe traer a colación las donaciones, que se tendrán en cuenta a la hora del reparto. Es importante destacar que con la reforma de 2006 de 14 de febrero se introduce el *patto di famiglia*, a través del cual se permite la reserva de bienes, de la siguiente forma: el causante ascendiente, que tiene una empresa, se le permite adjudicar, ya sea de manera completa, derechos o una parte, de la misma, a uno solo de los descendientes, el cual deberá satisfacer la legítima del resto en dinero<sup>8</sup>.

## II.2. LA DESHEREDACIÓN Y LAS CAUSAS DE INDIGNIDAD EN EL DERECHO ITALIANO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA: SU CONFIGURACIÓN COMO SANCIÓN CIVIL

El Código Civil Italiano de 1942 hizo suprimir las causas de desheredación por innecesarias, al considerar que los efectos legales de la indignidad son suficientes para privar de la herencia a aquellos que lo merecen. Por ello, las causas de exclusión de la herencia las encontramos únicamente en las causas de indignidad recogidas en el artículo 463 CCI, y son las siguientes<sup>9</sup>.

- El que voluntariamente mate, o intente matar, al testador, a la persona de cuya sucesión se trata; o al cónyuge, descendiente o ascendiente del mismo, siempre que no se dé alguna de las causas que excluyen de la responsabilidad penal (art. 45 y ss. Código Penal Italiano).
- Aquellos que han cometido, en detrimento de una de esas personas, algún hecho que la ley penal establece como asesinato.
- Si ha denunciado a alguna de estas personas por un delito punible, o ha sido condenado a prisión por un mínimo de tres años, si la denuncia ha sido declarada calumniosa, en un proceso penal, o testificó en contra de los acusados en estos crímenes, o si el testimonio ha sido declarado falso en un proceso penal.
- 3 bis. Quien, habiendo perdido la patria potestad en relación con la persona de cuya sucesión se trata conforme al art. 330, no ha sido reintegrado a la potestad a la fecha de apertura de la sucesión de la misma.
- Quien causó dolo o violencia a la persona de cuya sucesión se trata, para que hiciese, revocase o cambiase el testamento.
- Si ha suprimido, ocultado o alterado el testamento sucesorio.
- El que haya hecho un testamento falso o haya hecho uso del mismo conscientemente.

Recordemos que, en el ordenamiento jurídico español común, se contempla tanto la desheredación como la indignidad, toda vez que no se considera equiparable una a la otra. Por un lado, la indignidad para suceder se considera una incapacidad para suceder, ya sea de un legitimario o un legatario, y afecta tanto a la sucesión intestada como a la sucesión testada<sup>10</sup>.

En lo referente a las causas del CCI, que acabamos de plasmar, se trata de actos de particular gravedad que, incluso, pueden producirse tras el fallecimiento del causante (véase la 4<sup>o</sup>)<sup>11</sup> y, adicionalmente, las causas de indignidad pueden ser alegadas por cualquier persona que tenga interés en la sucesión. Por otro lado, la

desheredación no se trata de una incapacidad, sino que permite privar de la legítima a aquellas personas que la ley denomina herederos forzosos. Esta circunstancia opera únicamente en aquellos supuestos de sucesión testada, y así aparece regulado en el artículo 849 CC, que establece que *la desheredación sólo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde*.

Por tanto, la desheredación únicamente la podrá hacer el testador siempre y cuando concurra alguna de las causas previstas legalmente. Sobra decir que ésta únicamente resultará de aplicación contra un heredero legitimario (que no legítimo).

Cierto es que coinciden algunas de las causas de desheredación con las de indignidad, si bien estas tienen un tratamiento diferente. Así, recordemos que, en nuestro ordenamiento, las causas de indignidad han de ser probadas, y son objeto de declaración judicial, mientras que las causas de desheredación no han de probarse salvo en aquellos supuestos en los que son contradictorios<sup>12</sup>.

En el Derecho sucesorio italiano se discute sobre si la indignidad supone o no una incapacidad para suceder, toda vez que el antiguo artículo 725 del Código de 1865 establecía que *sono incapaci, como indegni...*, aunque sin embargo, su Código actual de 1942, en el 463, establece una exclusión a la sucesión, por tanto podríamos decir que se contempla como una sanción o castigo<sup>13</sup>. La doctrina mayoritaria considera que *“l’indegnità costituisce una sanzione civile”*<sup>14</sup>. En este sentido, la Sentencia de la *Corte di Cassazione Italiana*, de 29 de abril de 2006, declara *Aisensidell’art. 463 CCI. l’indegnità a succedere non integra un’ipotesi di incapacità all’acquisto dell’eredità, ma è causa di esclusione dalla successione; infatti, l’indegnità, come configurata nell’única disposizione del codice che ne prevede le varie ipotesi, non è uno “status” con natura total soggetto che si assume essere indegno a succedere, ma una qualificazione di un comportamento del soggetto medesimo, che deve essere data dal giudice a seguito dell’accertamento del fatto che integra quella determinata ipotesi di indegnità de dotta in giudizio, e che si sostanzia in una vera e propria sanzione civile di carattere patrimoniale avente un fondamento pubblicistico*<sup>15</sup>.

En este sentido y hasta el advenimiento del Código de 1865 cohabitaban ambas figuras, la indignidad para suceder así como las desheredación —recogida en el artículo 759 del Código de 1859— desemboca en que, en sentido estricto, la institución de la indignidad en Italia resulte ser un híbrido de ambas, toda vez que no podríamos equiparar la indignidad para suceder en el Derecho Italiano a la indignidad en el derecho español. Y, ello, entre otras circunstancias, a la vista de que la indignidad italiana no es una incapacidad, ya que no actúa *ipso facto*, al depender de la declaración judicial oportuna. Se considera, por tanto, una consecuencia de una actitud reprochable, en contra del fallecido, por lo que el Código Civil italiano la estima como una sanción de exclusión de la sucesión. En este sentido se pronuncia la Sentencia de la *Corte di Cassazione Italiana*, de 9 de abril de 2008, establece a este respecto, *L’indegnità a succedere di cui all’art. 463 cod. civ. purescendo operativa “ipso iure”, deve esseredichiarata con sentenza costitutiva su domanda del soggetto interessato, atteso che essa non costituisce un’ipotesi di incapacità all’acquisto dell’eredità, ma solo una causa di esclusione dalla successione. (Rigetia, App. Torino, 29/09/2003)*<sup>16</sup>.

Y lo dicho, pese a que otras resoluciones de la *Corte di Cassazione Italiana* tienen por objeto de controversia la desheredación, sin que podemos confundirla

con nuestra figura, ya que sería más bien una rescisión del testamento. En su virtud, conviene tener en cuenta dos sentencias de la *Corte di Cassazione Italiana* especialmente ilustrativas a estos efectos; la primera, de 20 de junio de 1967, nos explica el concepto de desheredación y que nada tiene que ver con el nuestro, ya que se trataría se supuestos de desheredación de aquellas personas legítimas no legitimarias (*piùere dilegittimi non legittimari*). Reconociendo la posibilidad de nombrar otro heredero diferente del designado con anterioridad en el testamento, es decir, haciendo posible la rescisión del testamento. Y ello pese a que en ningún caso se alude al término heredero forzoso, pues hace referencia a cualquier persona no legitimaria que pueda suceder, nombrando posteriormente a otro sujeto<sup>17</sup>.

Así mismo en la sentencia la *Corte di Cassazione Italiana*, de 25 de mayo de 2012, que cambió el sentido jurisprudencia previa<sup>18</sup>, al estimar la posibilidad de “desheredar” a un legitimario, nombrando a otro mediante una cláusula por la que se puede excluir a “uno” de dichos legitimarios. Para este supuesto, es necesario comprender el significado de la palabra utilizada para la descripción de este fenómeno que los italianos denominan desheredación, pues la sentencia indica que para que sea válido, el legitimario tiene que aceptar la desheredación. En su defecto, podrá instar el reintegro de su parte obligatoria de legítima, con lo que nada de lo descrito anteriormente tendría validez, si el legitimario excluido no aceptase esa condición<sup>19</sup>.

No cabe, por tanto, sostener la existencia de una desheredación real, ya que no tendría ningún efecto, declarando la Sentencia *Il successore necessario, potendo liberamente—decidere se impugnare o meno le disposizioni lesive, potrà rinunciare proprio a quelle norme; in oltre il legislatore ha voluto sanzionare la violazione di talipresidi non con la nullità, ma con la possibilità di esperire l'azione di riduzione. Per di più l'accoglimento di questa tesi determinerebbe una inspiegabile disparità di trattamento tra la diseredazione di un legittimario (nullità) e pretermissione di un legittimario (mera riducibilità)*.

Conviene tener en cuenta, de manera breve, las distintas acepciones de la palabra *diseredazione* en el derecho italiano. Por una parte, sirve para referirse a la desheredación de los legitimarios, entendiéndose por tales a los herederos forzosos, que se podría equiparar a nuestra desheredación. Empero, esta desheredación está prohibida en Italia y carece de todo apoyo legal. Por otra parte, esta misma locución *diseredazione*, tiene un significado, como ya adelantamos, de preterición<sup>20</sup>. Por último, podemos interpretarla como una exclusión indirecta de un heredero “legal” no legitimario<sup>21</sup>. Es decir, que no esté incluido en los herederos forzosos con lo que, en suma, se podría excluir a algunos parientes que podrían suceder entre los llamamientos de la sucesión intestada.

STEFFANO argumenta que, en el supuesto del Derecho Italiano tampoco podría equipararse la indignidad a la desheredación, toda vez que la indignidad resulta ser una sanción establecida por el ordenamiento jurídico, como consecuencia de haber acaecido un acto desaprobado socialmente. Por su parte, la desheredación es una sanción que aplica el testador en función de su voluntad. Sin embargo, creemos que no es acertado trasladar esta definición de desheredación, si tenemos en cuenta la legislación española; pues la desheredación si bien es verdad que es potestad del testador establecerla o no, también es cierto que ha de

concurrir con causas establecidas por la ley, y en todo caso se trata igualmente de hechos reprobables socialmente<sup>22</sup>.

### III. LIBERTAD DE TESTAR Y AUSENCIA DE LEGITIMARIO EN EL DERECHO INGLÉS: INGLATERRA Y GALES

Antiguamente, para la sucesión, había que distinguir entre la propiedad privada correspondiente a las tierras, y la propiedad que correspondía a los bienes muebles. KERRIDGE diferencia entre la *real property*, la primera a la que hemos hecho referencia y *personal property*: en el Siglo XIII, se establece que la propiedad correspondiente a los bienes inmuebles no podía “ser legada o dejada por testamento”<sup>23</sup>. Es difícil determinar cuál era la regulación vigente anterior y si existía una plena libertad de testar. BARRIO GALLARDO analiza las partes razonables durante dicho Siglo, conocidas como *writ de rationabili parte*, según la cual la herencia de una persona quedaba dividida de la siguiente manera, un tercio correspondiente a la viuda, otro a los hijos y, por último, uno correspondiente al causante<sup>24</sup>; en aquellos supuestos en los que no existiese descendientes, la viuda tenía derecho a la mitad de la herencia<sup>25</sup>.

No cabe duda de que la esencia de esta partición de la herencia presenta cierta influencia continental (Derecho Romano), por lo que BARRIO GALLARDO, declara “Durante la era Tudor y Estuardo, mostraron una ferviente oposición a las ideas jurídicas extranjeras, por lo que el *civil law*, se vio amenazado”, y en esta época, desapareció la legítima<sup>26</sup>.

En 1540, por *statute of wills*, se permite a aquellas personas que fueran propietarias de tierras, legarlas mediante testamento, es decir, la *real property*, produciéndose, a su vez, un fenómeno de unificación legislativa para el Reino, cuyo principio esencial era la libertad de testar. Con todo, KERRIDGE considera que esta libertad de testar “no se extendió a la Provincia de York y Gales hasta el siglo XVII, y en Londres hasta el XVIII”. Sin embargo, sí podemos afirmar que en 1891 con *mourtmain and echaritable uses acts*, se establece una absoluta libertad de testar, salvo en el Derecho escocés, donde existe una legítima<sup>27</sup>.

Posteriormente, durante el S. XX, se va imponiendo la denominaba *family provision*, ya existente en territorios de la *Commonwealth*, como Nueva Zelanda<sup>28</sup>. Dicha institución se trataba de un límite a la libertad de testar. KERRIDGE encuentra sus bases en el Derecho escocés, y fue introducido en Inglaterra en 1938, si bien guarda diferencias con el establecido actualmente que es el *Act* de 1975 (*Inheritance Family Provision & Dependants acts*)<sup>29</sup>. Esta figura, otorga a ciertos familiares del testador —o incluso no familiares como tendremos ocasión de constatar— la facultad de solicitar judicialmente una parte del patrimonio económico del causante, si en su testamento no consta “la provisión”, para el mantenimiento y soporte. Se asemeja al derecho de alimentos del Derecho aragonés, si bien no coincide en su totalidad; por otra parte, resulta preceptivo para su reclamación que se haya sido excluido de la herencia.

Su aplicación se hará a aquellas personas fallecidas cuyo domicilio se encuentre en Inglaterra y Gales. Podrán solicitarlo, seis tipos de personas, entre ellas, el cónyuge, es importante mencionar, que además tiene esta condición aquellas personas

que contrajeron matrimonio de buena fe, aunque el matrimonio haya sido anulado, si no ha vuelto a casarse, se aplica también a la pareja de hecho desde el año 2004<sup>30</sup>.

Podrá solicitarlo el ex cónyuge siempre y cuando no se hubiese vuelto a casar, así como el cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, si bien en consideración de ANDERSON, estas provisiones no suelen prosperar, pues “el juez que conoce de la causa matrimonial tiene amplios poderes para establecer las medidas que estime oportunas y, además, se tiende a buscar el *clean break*, siempre que ello sea posible”<sup>31</sup>. Se contempla también al “conviviente”, las personas que hubiesen convivido con el fallecido al menos dos años en calidad de cónyuge o pareja de hecho, pueden tener derecho a esta provisión de alimentos. Está contemplado para antiguo cónyuge así como pareja de hecho pues se entiende recibe una pensión por desequilibrio económico<sup>32</sup>, reconocimiento de parejas de hecho introducido en el 2004 con el *Civil Partner ship Act*.

Los hijos, debiendo distinguir entre aquellos menores de edad que en este caso la cantidad atenderá la calidad de vida, así como el tipo de educación que le estén dando o debiesen dar, mientras que los mayores de edad dependerán de si han finalizado los estudios... Adicionalmente, habrá de tenerse en cuenta también si los hijos han trabajado para el causante, sin que haya sido su trabajo remunerado, o con un sueldo insuficiente. Por último, con respecto a los hijos también se debe tener en cuenta si tienen algún tipo de discapacidad.

Será persona con derecho a solicitarlo, aquella con la que el fallecido hubiese ejercido la figura del padre, ya fuese menor o mayor de edad, porque fuesen hijos del otro cónyuge, pareja de hecho o conviviente y personas a las que este mantenía de forma total o parcial antes del fallecimiento<sup>33</sup>.

Se incluyen aquellas personas que dependen del fallecido, de manera total o en parte, que son mantenidas por él. ANDERSON nos explica que “debe acreditar que, inmediatamente antes del fallecimiento del causante, éste realizaba aportaciones sustanciales en aras de satisfacer las necesidades del solicitante. Debe tenerse en cuenta por qué el causante asumió esta carga, con qué extensión y durante cuánto tiempo. Esta categoría incluye a personas que no conviviesen con el causante”.

BERMEJO PUMAR considera que tal provisión se ha de fijar por los tribunales, y su cuantía dependerá de las circunstancias que tenía el fallecido, existiendo una serie de criterios “más o menos fijos: recursos, responsabilidades del fallecido, situación de su patrimonio, falta de capacidad o inhabilitación del solicitante”<sup>34</sup>.

Por último, cabría mencionar que existen varias formas de recibir la *family provisions* como cantidad periódica, como cantidad fija, o la transmisión de una propiedad.

De modo que en el derecho sucesorio inglés carece de un legitimario, pues no se contempla en su ley<sup>35</sup>, por ello podemos afirmar que se consagra una amplia libertad de testar en Inglaterra y Gales.

#### IV. SISTEMA LEGITIMARIO ESCOCÉS, ISLAS ANGLONORMANDAS E IRLANDA: EL DERECHO DE MANUTENCIÓN Y ASISTENCIA DE LOS DESCENDIENTES

Abordamos de forma diferenciada este punto sobre el Derecho de sucesiones Escocés, Irlandés e Islas Anglonormandas, con la finalidad de destacar la gran

diferencia entre Gales y Gran Bretaña. Formando todos parte de la *Common wealth*, se contempla el sistema de legítimas en el ordenamiento escocés, se denominan “*legal rights*” y reguladas en el *Succession (Scotland) Act 1964* y *Act 1969*, junto a los derechos preferentes que se le otorgan al cónyuge, tal y como aparece en *Family Law (Scotland)*<sup>36</sup> *Act 2006*<sup>37</sup>.

La legítima, queda constituida una vez satisfechos los derechos preferentes otorgados al cónyuge y se establecen unos derechos sobre los bienes muebles; con respecto de los hijos y descendientes, se reserva a los mismos un tercio, que asciende a la mitad de los bienes muebles en el caso de no existir cónyuge o miembro de la pareja de hecho.

Al igual que ocurre en el Derecho Común Español con la legítima corta, esta se dividirá en partes iguales entre los hijos, existiendo del mismo modo un derecho de representación en aquellos casos de fallecimiento de uno de los hijos, con respecto de sus descendientes<sup>38</sup>.

Por otro lado, en Irlanda del norte se establece una legítima cuya naturaleza es *pars valoris*, por lo que se otorga un derecho de crédito frente al heredero, para aquellos sujetos legitimarios. Su sistema sucesorio se encuentra regulado en el *Wills act 1837*<sup>39</sup>, si bien ha sufrido numerosas modificaciones, y en *Succession Act* de 1965, a partir de la cual se protege al cónyuge.

Se consideran legitimarios a los hijos (se prevé el derecho de representación por los demás descendientes) y al cónyuge.

Resulta especialmente singular la previsión de una cuantía variable para los descendientes, pero no como en otros ordenamientos que fluctúa según el número de hijos. En el caso de Irlanda del norte es el juez el que decide cuál es la cuantía según el caso concreto, mientras que la cuantía fija o variable para el cónyuge, dependerá de con quién concurra, estableciéndose de la siguiente manera: le corresponde un tercio si concurre con descendientes y de la mitad de la herencia si no hay descendientes<sup>40</sup>.

MARTÍNEZ-PROVENCIO, indica que el Derecho Irlandés se ha visto a lo largo del tiempo influido por el Derecho Inglés y Galés, hasta el punto de que algunas de las figuras tradicionales irlandesas han cambiado, recibiendo de Inglaterra un principio de libertad de testar. El citado autor considera que “el testador puede disponer de su propiedad como quiera, lo que supone que cuando este quiera ser arbitrario y caprichoso en sus disposiciones, y siempre que se encuentre dentro de sus capacidades mentales el Tribunal puede aceptar la legalización de su testamento”. Apréciase que, en realidad, salvo el cónyuge que tiene un derecho de legítima como tal, los descendientes, gozan de una especie de derecho de alimentos. Y si es así, es porque como hemos mencionado antes, el Derecho irlandés ha ido perdiendo su *Irish Statute of Distributions*, la cual dejaba únicamente de libre disposición un tercio de la herencia, para convertirse en un derecho de manutención y asistencia que tienen los descendientes, estableciéndose tal y como señala MARTÍNEZ-PROVENCIO, un “sistema de discreción judicial” regulado en el apartado IX del *Succession Act* de 1965 que dice exactamente: “Cuando a solicitud del hijo del testador o en su nombre el tribunal considere que el testador no ha cumplido su obligación moral de atender debidamente las atenciones de su hijo, de acuerdo con sus medios, ya sea por testamento o de otra forma, el Tribunal podrá ordenar

que se atiendan esas necesidades como el tribunal considere justo”.<sup>41</sup> Por tanto, en puridad solo podemos hablar de la legítima del cónyuge.

## V. EL SISTEMA GERMANO-ROMANO DE LA LEGÍTIMA FRANCESA: LA ACTUAL ASIGNACIÓN DE PLENO DOMINIO Y SU CONFIGURACIÓN COMO DERECHO DE CRÉDITO. LA INDIGNIDAD

El sistema sucesorio Francés, en lo que a legítima se refiere, se configura como un punto intermedio entre la legítima romana y la reserva germánica<sup>42</sup>, habida cuenta de su evolución histórica, por lo que resulta conveniente siquiera a modo de resumen, un análisis de las distintas etapas históricas en el Derecho Francés.

Con el tiempo, el testamento romano tiende a desaparecer, pues resulta desconocido para los germanos. Sin embargo, el Derecho Canónico, durante la Edad Media<sup>43</sup>, vuelve a introducir la figura del testamento y, por ende, reaparece la institución de heredero, quedando establecido, tal y como señala BERNAD, de la siguiente manera: “los herederos naturales eran los hijos y, en su defecto, los ascendientes; la única disposición patrimonial admisible era la cuota a favor del alma, por influjo canónico”<sup>44</sup>.

Con este fundamento, podemos afirmar que se establece un sistema legitimario en el que la legítima, tal y como FUGARDO señala, “entra en el ámbito del orden público sucesorio, donde se pretende la protección de ciertos herederos, denominados legitimarios, asegurando la devolución de una parte incomprensible de la sucesión... cuya finalidad es garantizar a los parientes más próximos del *cuius*, una participación de la herencia que les corresponde de acuerdo con el sentimiento moral”<sup>45</sup>.

El Código Civil Francés, en sus más de doscientos años, ha sufrido en buena lógica numerosas modificaciones<sup>46</sup>: la legítima regulada en el Libro III, “*des diferentes manieres dontonacquiert la propriété*”, como de forma simétrica haría nuestro CC. Sin embargo, existen diferencias sustanciales, pues se establece una legítima circunscrita a los descendientes y, en su defecto, al cónyuge; por tanto, a diferencia de nuestro Derecho Común español, quedan excluidos los ascendientes desde el año 2006<sup>47</sup>, por lo que se ve ampliada la libertad de testar del causante, si bien se establece un sistema de alimentos que analizaremos más adelante<sup>48</sup>.

MIQUEL GONZÁLEZ concibe la legítima francesa como un derecho de crédito y considera que la reforma de 2006<sup>49</sup> “termina con la legítima de los ascendientes por considerarla contraproducente...”, la reserva de los descendientes se mantiene, pero sufre modificaciones, especialmente por el pacto sucesorio a imagen del Derecho alemán, mediante el cual se permite la renuncia a la acción de reducción de las liberalidades que perjudiquen a la reserva”<sup>50</sup>.

Por otro lado, ZAPATA considera que la reforma de 2006 “actualiza a la realidad social e introduce flexibilidad a la hora de que el causante pueda repartir sus bienes fundamentándolo en la necesidad de protección especial o existencia del negocio familiar”<sup>51</sup>.

La legítima, prevista en el artículo 912 del *Code Civil* conlleva la reserva derechos y deberes sucesorios a determinados “reservatarios”, si son llamados a la sucesión y estos lo aceptan. Este mismo precepto continúa declarando que la cuota



disponible por el testador es aquella que no está reservada y de la que puede disponer. Queremos resaltar ciertos caracteres que FUGARDO confiere a la legítima francesa y que podemos emplear para compararla con la existente en el Derecho común.

Por un lado, el *Code Civil* establece una asignación de pleno dominio, es decir, se recoge una legítima libre de cargas y gravámenes, característica que también contempla el CC. Sin embargo, en ambos supuestos nos encontramos con excepciones. Las del CC recordemos que de una parte, permite gravar la legítima: por un lado, el artículo 813, establece varias excepciones, usufructo del cónyuge viudo<sup>52</sup> y, tras la reforma de la Ley 41/2003 y la Ley 8/2021, es posible gravar, cuando hay hijos o descendientes con discapacidad. Las excepciones que establece el *Code Civil* afectan, a un gravamen en favor del cónyuge a modo de usufructo, y, adicionalmente, “donaciones efectuadas a un legitimario donde el donatario puede aceptar en el acto de la donación o posteriormente una sustitución fideicomisaria sobre todo o parte de la legítima”<sup>53</sup>.

La intangibilidad de la legítima se contempla en ambas legislaciones como un límite que tiene el causante al disponer de sus bienes. Sin embargo, mientras que en CC contempla la desheredación y la indignidad, en el *Code Civil*, solo se regula la indignidad. No obstante, debemos añadir que se permite al reservatario francés, la posibilidad de renunciar a la legítima futura, ya que la reserva del *Code* se contempla como un derecho global, con una cuota variable dependiendo del número de legitimarios tal y como veremos más adelante.

Y, por último, refiriéndonos a la naturaleza de la legítima francesa, se trata de un derecho de crédito.

Siguiendo el esquema del *Code Civil*, debemos analizar la cuantía de la legítima ya que el *quantum* se corresponde con una legítima variable en función del número de hijos<sup>54</sup> quedando distribuido de la siguiente manera: si hay un único hijo, le corresponderá la mitad del caudal hereditario, si son dos, las dos terceras partes; y a partir de los 3 hijos, tres cuartas partes tal y como se señala en el art. 913 del *Code Civil*, el cual establece que “las donaciones o dádivas hechas por contrato entre vivos o por testamento no pueden exceder de la mitad de los bienes del donante si a su fallecimiento dejare un solo hijo legítimo; de la tercera parte si deja dos hijos, y de la cuarta parte si estos fuesen tres o más”<sup>55</sup>. Añade, además, el art 913-1 que “bajo denominación de hijos se incluye en el art 913 los descendientes de cualquier grado aunque solo serán computados en sustitución del hijo cuya posición ocupe”, es decir, se tienen en cuenta las estirpes<sup>56</sup>.

Resulta interesante resaltar que, si uno de los hijos del causante renuncia a la herencia, no se computa en el número de hijos, mientras que, si premuere teniendo a su vez hijos, estos sí heredan como rama. Por tanto, no existe en Francia un derecho de acrecer como el nuestro, pero sí derecho de representación. Sin embargo, tenemos que matizar lo anteriormente dicho, puesto que, si nos fijamos en el artículo 913, si bien expone que el hijo que renuncia a la herencia no cuenta como hijo, añade que sí se incluirá si está representado o ha recibido una donación y cumple con los requisitos del art. 845 del *Code Civil* sobre el que nos detenemos a continuación.

El artículo 845 señala que el heredero que renuncia a la sucesión puede retener las liberalidades o reclamar el legado que se le hiciese por el total de la parte

de libre disposición de (*la portion disponible*) a menos que el disponente hubiera exigido de forma expresa la colación en caso de repudiación *á moins que le dispo-sant ait expressément exigé le rapport en cas de renonciation*.

Como ya adelantamos, no hemos encontrado en el derecho francés la figura de la desheredación, pero sí la de la indignidad. FUGARDO considera que “el heredero es indigno cuando queda excluido de la sucesión del causante por razón de haber cometido contra el causante actos graves.”<sup>57</sup>. Las causas están previstas en los artículos 726 y 727 que sostienen son incapaces de suceder por causa de indignidad las siguientes personas:

- Cualquiera que sea condenado como autor o cómplice, a una pena de prisión por haber tratado de matar o haber matado al causante de manera voluntaria.
- Cualquiera que sea condenado como autor o cómplice con una pena de prisión por haber golpeado, ejercido violencia o coaccionado de forma voluntaria que hubiesen provocado la muerte del causante sin que esa fuera la voluntad, es decir, sin intención de causarle la muerte.<sup>58</sup>

En ambos supuestos estaríamos ante una pena criminal impuesta por “*la Cour de Assises*”.

Junto a estas causas de indignidad figuran las previstas en el artículo 727 que recoge que “podrán ser declaradas incapaces de suceder por causa de indignidad las siguientes personas:

- 1) Cualquiera que sea condenado, como autor o cómplice, a una pena correccional (pena de faltas) por haber dado o tratado de dar muerte al causante de forma voluntaria
- 2) Cualquiera que sea condenado, como autor o cómplice, a una pena correccional por haber ejercido violencia de forma voluntaria que provoque la muerte del causante sin intención de hacerlo.
- 3) Cualquiera que sea condenado por falso testimonio contra el causante en un procedimiento criminal.
- 4) Cualquiera que sea condenado por omisión voluntaria de impedir un crimen o delito contra la integridad corporal de causante del que se derivase la muerte, a pesar de haber podido hacerlo sin riesgo para él ni para terceros.
- 5) Cualquiera que sea condenado por denuncia calumniosa contra el causante cuando se hubiese impuesto una pena criminal por los hechos denunciados.
- 6) Podrá asimismo ser incapaz de suceder por causa de indignidad cualquier persona que hubiese cometido los actos indicados en el punto 1 y 2 y en relación a la cual, con motivo del respectivo fallecimiento, no hubiese podido ejercerse o se hubiese extinguido la acción pública”<sup>59</sup>.

Podríamos pensar que las dos primeras causas son idénticas que las del artículo 726 del *Code Civil*, si bien la pena estará dictada por otro tribunal, denominado “Tribunal de corrección” el cual establece penas menores de 10 años de prisión.

PEREÑA VICENTE establece que las diferencias entre el art. 726 y el 727 consisten en que en el caso del primer precepto estamos ante unas causas de indignidad obligatorias que se impondrá de pleno derecho. En el supuesto del art. 727, se trata de una indignidad facultativa, donde el juez puede apreciar la causa<sup>60</sup>. En

este mismo sentido, FUGARDO ESTIVILL describe la indignidad del 726, como “automática que se desprende de la propia Ley, sin que sea precisa una condena” mientras que las causas del 727 son causas que “se pronuncian después de la apertura de la sucesión”<sup>61</sup>. Es importante destacar que el propio Ministerio Público puede poner de manifiesto las causas de indignidad a falta de herederos, y que se podrá declarar la causa de indignidad después de la muerte<sup>62</sup>.

Esta diferencia de ambas indignidades fueron ratificadas en la reforma del *Code* francés del 3 de diciembre de 2001, añadiendo la palabra “cómplice” a los artículos referidos<sup>63</sup>.

Al igual que en nuestro Código Civil, ser declarado indigno no excluye de la sucesión a los descendientes de este.

## VI. SISTEMA SUCESORIO ALEMÁN Y LA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y LA “PARTE FORZOSA”: LA UNIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE DESHEREDACIÓN PARA TODOS LOS LEGITIMARIOS

El derecho de sucesiones Alemán está regulado en el Libro V del BGB, y abarca los artículos 1922 al 2385<sup>64</sup>. Es importante destacar que su Constitución (GG)<sup>65</sup> recoge la libertad de testar, y hace del derecho de sucesión, un derecho fundamental, tal y como se desprende del art. 14 que reza “La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes”<sup>66</sup>.

En 2009, con la Ley de modificación del derecho de sucesiones y prescripción, fueron sancionadas distintas reformas en el BGB<sup>67</sup>. Modificaciones que entraron en vigor el 1 de enero de 2010, y los cambios afectan principalmente a la figura de la legítima, si bien el término alemán es *Pflichtteil*, que en una traducción literal significa “parte forzosa”<sup>68</sup>. Tales cambios de debieron, en parte, a la Sentencia del Tribunal Constitucional (BVerfGE) de 19 de abril de 2005<sup>69</sup>. ARROYO I AMAYUELAS extrae de dicha resolución ciertos elementos destacables: “la legítima de los descendientes es un valor protegido constitucionalmente de aquellos que no pueden verse privados y cuya percepción no puede hacerse depender de una previa situación de necesidad”, y así se garantiza en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana<sup>70</sup> (Grundgesetz)<sup>71</sup>. Otro de los principios es destacado por CHRISTANDL, que de la sentencia anteriormente mencionada, estima que “en Alemania los hijos legitimarios tienen un derecho constitucional a participar en la herencia de sus padres sin que los padres puedan libremente privarlos de este derecho y sin que los hijos tengan que encontrarse en una situación de necesidad.”<sup>72</sup>.

La legítima en el Derecho alemán, recogida en el Libro V, en los §§2303-2338 del BGB, es un derecho de crédito donde, a determinados parientes, les corresponde una porción del patrimonio del causante, incluso en aquellos supuestos en los que se les excluye del testamento. ROTHEL, por su parte, estima que la sucesión alemana es una sucesión universal donde no existe la necesidad de aceptación de la herencia, ya que esta se trasmite de manera automática. Por tanto, si el heredero quisiera repudiar la herencia, deberá hacerlo de forma expresa y dentro de los seis meses siguientes a la muerte del causante<sup>73</sup>.

Idénticas apreciaciones comparte ARROYO I AMAYUELAS, al encuadrar la legítima alemana como un derecho de crédito<sup>74</sup>. ROTHEL subraya que la legítima alemana otorga, exclusivamente, el derecho a reclamar una cantidad de dinero al heredero, que nace en el momento de la muerte del causante. Siendo, por tanto, una deuda de la herencia, este derecho tiene una duración de tres años, pasados los cuales no se podrá reclamar (artículo 2303, 2317, 1967 del BGB)<sup>75</sup>.

A diferencia del Derecho Común español, nos encontramos con un panorama donde el heredero se convierte en deudor de la herencia (de la legítima), y los coherederos son a su vez deudores solidarios. Conviene destacar que si uno de los herederos es, a su vez, un legitimario, puede para salvar su legítima, rehusar a pagar, tal y como indica ROTHER<sup>76</sup>.

Se establecen como legitimarios, en el §2303 del BGB, a los descendientes<sup>77</sup>, ascendientes (pero únicamente los padres), al cónyuge o pareja de hecho, y al igual que en nuestro Derecho Común, los descendientes excluyen a los ascendientes<sup>78</sup> tal y como se recoge en el §2309 del BGB.

Siguiendo a BURCKHARDT, “la legítima en Derecho alemán (Pflichtteil) se calcula en función a lo que le correspondería al heredero abintestato (gesetzliche Erbfolge) y consiste en la mitad del valor de la parte hereditaria legal o porción hereditaria legítima”. Por tanto, la cuantía contemplada para los descendientes<sup>79</sup> es la mitad del valor de la cuota hereditaria legal<sup>80</sup>.

En síntesis, consiste en una cuota fija. Los descendientes excluyen a los ascendientes, si bien es cierto como acabamos de constatar, que la reforma protege de mayor manera a los descendientes, en particular, a los extramatrimoniales o de matrimonios anteriores, al prever que la ausencia o no de relación entre ellos no pueda ser sea causa impeditiva para recibir su legítima. Hay que destacar que en la redacción originaria del BGB se excluía a los hijos extramatrimoniales, pues tal y como señala MONDRAGÓN, “los hijos habidos fuera del matrimonio se les consideraba exentos de parentesco con el causante y por lo tanto carecían de todo derecho a la legítima, sin embargo, se les concedía un derecho de alimentos” y no fue hasta 1960 cuando se les concedió un derecho de crédito “del doble de la cuota legitimaria si concurrían con parientes o el cónyuge vivo del causante”. En 2009 se les equiparó con los hijos matrimoniales.

El siguiente punto que nos interesa tratar es cómo se determina el valor de la herencia, en el que habrá, al igual que en el derecho Común, que calcular el activo y el pasivo del causante en el momento del fallecimiento. ROTHER señala una gran diferencia respecto a nuestro derecho Común, puesto que al pasivo no solo hay que añadir los gastos derivados del entierro y la administración de la herencia sino también “la pretensión a la participación en las ganancias del cónyuge superviviente”.

También es importante destacar que se han de llevar a colación como parte de la legítima las donaciones hechas por el causante, pero solo en aquellos casos en los que se haya dicho expresamente en el momento de la donación.

Nos planteamos qué sucede si no se computan esas donaciones y, sin embargo, se lesiona la legítima de alguno de los legitimarios. Pues bien, el §2325 BGB establece que en estos supuestos se deberán traer a colación las donaciones hechas en los últimos diez años por el causante; con todo, el 2330 excluye determinados tipos de donaciones. “Se excepción a las liberalidades de uso y las donaciones

mediante las que se cumple algún deber moral, las donaciones usuales con motivo de cumpleaños, si el beneficiario se trata del cónyuge o el conviviente de hecho, solo se computan si hay disolución del matrimonio y dentro de un plazo de diez años<sup>81</sup> ARROYO I AMAYUELAS, nos advierte de la problemática que suscitaba este artículo con respecto a las donaciones realizadas a asociaciones y fundaciones benéficas puesto que hasta los 10 años desconocían el apoyo económico con el que contaban. Sin embargo, con la reforma de 1 de enero del año 2010 “El nuevo § 2325.3 BGB prevé una computación que se reduce progresivamente, a razón del 10% del valor de la donación por cada año que haya pasado desde el otorgamiento (Abschmelzungsregelung). Así, si la donación tuvo lugar el año antes de morir el causante, se tiene en cuenta la totalidad de su valor; si tuvo lugar dos años antes, sólo el 90%; si tuvo lugar tres años antes, el 80%; y así sucesivamente, hasta llegar a los diez años, en cuyo caso, ahora igual que antes, la donación no se toma en consideración. La regla se aplica, sea cual fuere el momento en el que haya tenido lugar la donación, si el causante muere después de que la reforma haya entrado en vigor”<sup>82</sup>.

A diferencia de nuestro Derecho Común en el que, salvo pocas excepciones, no puede gravarse la legítima, en el derecho alemán sí se prevé esta posibilidad. Ahora bien, la reforma de 2010<sup>83</sup>, modifica el 2306.1, estableciendo que “Cualquier heredero legitimario, limitado o gravado en su cuota, puede aceptarla o repudiarla y exigir la legítima”. Por tanto, antes de la reforma se podía gravar la parte que se dejaba a los descendientes, y si estos renunciaban perdían su derecho de herederos; en la actualidad la posibilidad de renunciar y reclamar su parte correspondiente de legítima<sup>84</sup>.

En principio, no se puede privar a ningún legitimario de su derecho a la legítima, sin embargo, el BGB recoge ciertas causas de privación de la legítima o causas de desheredación, según los §§2333-2335.

Queremos destacar con ARROYO I AMAYUELAS que, excepción hecha de una causa que se reformó con el divorcio (se puede privar de la legítima al cónyuge divorciado), se mantiene la redacción originaria hasta la reforma de 1 de enero de 2010, por la cual se volvió a redactar el 2333 y se derogaron los 2334 y 2335 del BGB<sup>85</sup>. De ello resulta la unificación de las causas de desheredación para todos los legitimarios sin diferenciar en ascendientes, descendientes o cónyuge.

Si bien el Código Civil Alemán no menciona, en sentido estricto, causas de desheredación, sí establece que “permite privar de la legítima a los descendientes en los siguientes casos: Si el descendiente atenta contra la vida del causante, del cónyuge o de otro descendiente del causante o pareja de hecho. Si cometen un delito o falta grave contra algunas de las personas anteriormente mencionadas. Si no cumplieran con el deber legal de alimentos de manera intencionada. Por condena en sentencia firme con pena privativa de libertad al menos de un año, por cometer un delito doloso”<sup>86</sup>.

Al igual que en el Derecho Común, se exige que la desheredación esté establecida en testamento, y también se prevé el perdón, el cual hace que se pierda la facultad de desheredar. El BGB establece un perdón válido para cualquier causa de desheredación. Así, ROTHEL refleja que “con el perdón, la desheredación ordenada en la disposición de última voluntad deviene ineficaz *ex lege*, no es necesario revocar la disposición”<sup>87</sup>.

CHRISTANDL nos recuerda que en Alemania, el causante podrá reducir la legítima en aquellos supuestos en los que uno de los legitimarios fuera pródigo o hubiera peligro de endeudamiento excesivo<sup>88</sup>. PERIS RIVERA lo refleja de la siguiente manera “La limitación que establece el Código Civil alemán consiste en que el causante (sujeto A) puede ordenar a un descendiente heredero legítimo suyo (sujeto B), el cual tenga muchas deudas o haya sido declarado pródigo, que tras fallecer (el sujeto B), sean sus correspondientes herederos forzosos (sujetos C) quienes perciban la herencia legítima dejada por el causante (sujeto A). Incluso, (el sujeto A) puede transmitir a un ejecutor testamentario la administración de esos bienes, aunque, si al tiempo de la muerte del causante (sujeto A), el descendiente heredero legítimo (sujeto B) ya no tuviera dichas deudas, la ordenación sería ineficaz”<sup>89</sup>. Por otro lado, MONDRAGÓN, considera que “esta limitación se reduce a que los herederos legales se conviertan en fideicomisarios de los legitimarios, con el fin de privar a los legitimarios del poder de disposición de los bienes”<sup>90</sup>. Se denomina “limitación de la legítima con buena intención” y está previsto en el § 2338 del BGB.

El BGB, al igual que el CC, contempla varias causas de indignidad. Se trata de causas señaladas en el 2339<sup>91</sup>, así como el 2345.2 por las que cualquier heredero forzoso podrá ser privado de la legítima si incurriese en ellas. PERIS considera que la causa 2345.2 correspondiente al indigno, de legado “es a su vez también causa de desheredación”<sup>92</sup>, al fijar que si un legatario es culpable de una de las malas conductas a que se refiere el 2339, la reclamación derivada del legado es impugnable. Se aplican las disposiciones de las secs. 2082, 2083, 2339 párrafo 2 y las secs. 2341, 2343. También incluye aquellos supuestos en los que la reclamación del legado sea parte de la legítima y el heredero forzoso sea culpable de tal mala conducta.

## VII. REGLAMENTO EUROPEO DE SUCESIONES: EL CERTIFICADO SUCESORIO Y LA ELECCIÓN DE LEY SUCESORIA

Tras analizar algunos de los sistemas sucesorios europeos, hemos tenido ocasión de evidenciar las diferencias sustanciales que hay entre ellos. Por tanto, nos parece esencial analizar el Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.<sup>93</sup> Resulta, a estos efectos, de gran utilidad la Guía que posteriormente publicó la Comisión europea en 2017, destinada a servir de ayuda a las personas implicadas en las sucesiones transfronterizas<sup>95</sup>.

Este Reglamento rige en España para todas las sucesiones *mortis causa* con repercusiones transfronterizas, posteriores a 17 de agosto de 2015, y, tal y como se indica en su art. 20, es de aplicación universal<sup>96</sup>. Con ello queremos decir que se aplicará tanto a los españoles residentes en el extranjero, como a los extranjeros residentes en España nacionales o no de Estados firmantes del Convenio, siempre que la apertura de la sucesión o el fallecimiento se produzca dentro del territorio de la Unión Europea.

Como consecuencia de la libre circulación, entre los países miembros, lo cierto es que no solo se dan numerosos supuestos en los en las sucesiones *mortis causa* en las que intervienen elementos de distintos países, sino que la UE proporcionó una vía para solucionar los conflictos jurídicos que puedan producirse en estos casos. Así, por ejemplo, una persona puede tener bienes en diferentes territorios, por lo que este Reglamento intenta facilitar la sucesión *mortis causa* en los diferentes Estados, pero aun vamos más allá e intentaremos analizar qué sucede cuando se remite a un Estado que es plurilegislativo como el nuestro. En estos supuestos debemos acudir a la norma, en primer lugar, del artículo 36 del reglamento, “Estados con más de un sistema jurídico-conflictos territoriales de leyes. 1. En el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión.”

En consecuencia, es el propio Reglamento el que nos deriva en este caso al CC, que en su artículo 16.1, dispone lo siguiente “Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades: 1. Será ley personal la determinada por la vecindad civil.”<sup>97</sup>.

En buena lógica, ÁLVAREZ GONZÁLEZ considera que si aplicamos el art. 36 del Reglamento, con la remisión a la Ley española, debemos tener en cuenta la vecindad civil, de modo que solo podrá aplicarse a los causantes españoles, ya que “solo estos poseen vecindad civil y es el criterio para resolver las normas sobre conflictos internos”<sup>98</sup> Sin embargo, y como veremos más adelante, debe interpretarse a la luz de la voluntad del causante, plasmada en el testamento. Así lo avala la jurisprudencia menor en una Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de 30 de diciembre de 2020<sup>99</sup>.

El Reglamento Europeo de sucesiones, tal y como se expresa en su Exposición de Motivos, se encuadra en la tarea de la Unión Europea de facilitar el libre movimiento de personas y, para ello, se deben adoptar medidas que sirvan para “garantizar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de competencia”<sup>100</sup>. Efectivamente, las diferentes leyes nacionales de los países miembros regulaban, de diversas formas, las sucesiones y las soluciones que ofrecía el derecho privado no eran suficientes para lograr soluciones homologas en los Estados miembros para atender todas las eventualidades. El Reglamento es el instrumento que armoniza las normas y garantiza de forma eficaz los derechos de los herederos.

En palabras de GALICIA AIZPURA: “su objetivo primordial consiste en remover las dificultades que los ciudadanos europeos encuentran en la actualidad al momento de ejercer sus derechos en relación con las sucesiones *mortis causa* con elementos transfronterizos. A tal fin, introduce nuevos criterios reguladores en tres campos propios del Derecho internacional privado: ley aplicable, competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y de otros documentos públicos en materia de sucesiones por causa de muerte (amén de la creación de un certificado sucesorio europeo)”<sup>101</sup>.

MAGALLÓN ELEONSEGUI considera que “el Reglamento parte de una premisa: la pluralidad de sistemas sucesorios a nivel europeo origina una diversidad material en la regulación sustantiva del Derecho de sucesiones que puede ocasionar problemas a la hora de determinar bajo qué sistema va a resolverse una situación conectada con más de un ordenamiento”<sup>102</sup>.

Hay que destacar que su ámbito de aplicación comprende todo lo relativo al conjunto de reglas Derecho civil sucesorio por causa de muerte y, por tanto, la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que se producen tras el fallecimiento de una persona. El artículo 3 del Reglamento establece qué se debe entender por sucesión al señalar “A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por) “sucesión”: la sucesión por causa de muerte, abarcando cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión *abintestato*”<sup>103</sup>.

El elemento basal es el de determinar la ley que ha de aplicarse. Recordemos que hasta ahora el CC consagra como criterio el de la nacionalidad del fallecido; sin embargo, el Reglamento establece que se aplicará, como regla general, la ley de la residencia habitual del causante al tiempo de fallecimiento, tal y como se expresa en su artículo 21 (si bien el Reglamento no establece qué ha de entenderse por residencia habitual). Por tanto, es un concepto jurídico indeterminado y puede generar cierta incertidumbre. Nos puede servir de faro las recomendaciones del Reglamento en su Considerando 23: “Con el fin de determinar la residencia habitual, la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento”.

La Guía de sucesiones transfronterizas<sup>104</sup> a la que nos remitimos, a nuestro parecer, ofrece una definición incompleta, al decir que “El país de residencia habitual es aquel con el que el fallecido mantenía un vínculo estrecho y estable. La autoridad que ejecute la herencia decidirá cuál es este país en cada caso”, si bien proporciona pautas para que la autoridad que ejecute la herencia tenga en cuenta ciertas circunstancias: “la duración y la regularidad de la estancia del fallecido en un país determinado; las condiciones y los motivos de la estancia del fallecido en un país determinado; el país en el que se encuentra su familia y su vida social; el país en el que el fallecido tuviera la mayoría de sus bienes; la nacionalidad del fallecido”<sup>105</sup>.

No obstante, respecto a esa regla general, el artículo 22 del Reglamento establece lo siguiente:

1. *Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.*



2. La elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición *mortis causa*, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo.
3. La validez material del acto por el que se haya hecho la elección de la ley se regirá por la ley elegida.
4. Cualquier modificación o revocación de la elección de la ley deberá cumplir los requisitos formales aplicables a la modificación o la revocación de las disposiciones *mortis causa*.

Por lo tanto, el Reglamento permite al ciudadano de la Unión, elegir la ley por la que quiere regirse: prima el principio de autonomía de la voluntad privada de la norma aplicable a la sucesión del causante, dentro de los márgenes del artículo 22 del Reglamento. En suma, entre la ley nacional en el momento de la elección o en el momento del fallecimiento.

Con acertado criterio y a este respecto, JIMÉNEZ GALLEGO puntualiza que “no se concede por el Reglamento la posibilidad de elegir una ley distinta a estas”, es decir, a la nacionalidad del causante, y subraya que “ni siquiera puede elegir la Ley del Estado de su residencia habitual”<sup>106</sup>.

Y, por último, el Reglamento prevé una fórmula residual subsidiaria en su artículo 21.2: “Si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado”.

En definitiva, la regla de la residencia habitual es subsidiaria y debe ser matizada, pues permite que, si “resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado”.

Es preciso reiterar que estas reglas solo resultarán de aplicación si el testador no ha determinado con carácter previo cuál es su voluntad sobre la norma con la que quiere regir su sucesión *mortis causa*: si la ley nacional del causante o la que posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento, y en el caso de tener varias nacionalidades, al tiempo de testar o del fallecimiento, puede elegir cualquiera de ellas.

Resumiendo, el orden sería el inverso, primero puede elegir qué ley nacional le será aplicable, “declaración conocida como *professio iuris*, quedando la elección a su voluntad; en su defecto, la de la residencia habitual, salvo que excepcionalmente tenga el causante un vínculo o unión más estrecho con la ley nacional de otro país distinto cuya ley fuese aplicable.”

De lo que se sigue que la Ley española se podrá aplicar en aquellos supuestos en los que se designe por parte de un ciudadano con nacionalidad española, y cuando un ciudadano extranjero tenga su residencia en España, y por testamento no haya hecho elección de su ley nacional.

En cuanto a la competencia judicial para resolver los conflictos en materia sucesoria —teniendo en cuenta lo indicado sobre la ley de aplicación—, si se aplica el criterio de la residencia habitual, el art. 4 del Reglamento establece que serán los tribunales del Estado miembro en donde se tenga la residencia habitual quienes tengan la competencia para resolver la totalidad de la sucesión. Hay que

recalcar que se atribuye la competencia a los órganos que tengan la consideración de tribunales. El propio Reglamento, en su considerando (21) establece que “El presente Reglamento no afecta a las competencias que los Estados miembros atribuyan a los notarios en materia de sucesiones. La vinculación de los notarios de un Estado miembro a las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento depende de si están incluidos en la definición de “tribunal” contenida en el mismo”. Y el (22) señala que “los actos expedidos por notarios en materia de sucesiones en los Estados miembros deben circular de acuerdo con el presente Reglamento. Cuando los notarios ejercen funciones jurisdiccionales, están vinculados por las normas de competencia, y las resoluciones que dicten deben circular de acuerdo con las disposiciones sobre reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones.

Cuando los notarios no ejercen funciones jurisdiccionales, no están vinculados por las normas de competencia, y los documentos públicos que expidan deben circular de acuerdo con las disposiciones sobre estos”.

La cuestión en nuestro país no es pacífica, así en la Guía Notarial del Reglamento Europeo Sucesorio<sup>107</sup>, se afirma: “Los notarios españoles no actuamos por delegación de poderes de un órgano judicial ni bajo su control, según la LJV, que atribuye a los notarios esta función. En cambio, parece que sí ejercemos en este ámbito una función jurisdiccional, pese a las dudas de CARRASCOSA GONZÁLEZ, que se inclina por la no aplicación del RES<sup>108</sup>. En el listado 1 del RES consta que España notificó a la Comisión de la UE que los notarios son autoridades no judiciales pero que desarrollan funciones jurisdiccionales en el sector sucesorio, la más clara de las cuales es obviamente la declaración de herederos *abintestato*<sup>109</sup>”.

Si, por el contrario, concurre elección del foro, contemplada en el artículo 22 antes mencionado, el 5 otorga la posibilidad de que sean las partes interesadas las que hayan acordado el tribunal del Estado miembro que tendrá la exclusividad para resolver la sucesión<sup>110</sup>. Consideramos importante aclarar que hablamos de elección de tribunal; no obstante, autores como URREA SALAZAR consideran que las partes con fundamento en este artículo pueden elegir el foro, ya que “Si por el contrario realizó (el finado) una elección en la forma establecida por el Reglamento en favor de la ley de la nacionalidad, y esta no coincide con la de su última residencia habitual, aún cabe la elección de ese foro por las partes. Elección que habrá de constar por escrito, con expresión de su fecha y firmado por las partes interesadas, conforme exige el art. 5.2”<sup>111</sup>.

Siguiendo con el análisis del artículo 5, se debe concretar quiénes son las partes interesadas, a este respecto, y siguiendo a JIMÉNEZ GALLEGU, serán los sucesores del causante.

En cuanto al objeto del Reglamento, su artículo 23 comprende, causa, momento y apertura de la sucesión. No obstante, hay que matizar que queda excluido del ámbito del Reglamento la determinación del fallecimiento, así como la extinción de la personalidad<sup>112</sup>. Además, queda también excluido, la fijación de los beneficiarios, así como cuanto les pueda corresponder, en su caso, las posibles obligaciones que haya determinado el testador, la determinación de derechos sucesorios del cónyuge o pareja superviviente. La capacidad necesaria para suceder, así como la desheredación o incapacidad por indignidad, variarán dependiendo de la

ley que rija la sucesión. La posible transmisión de bienes y derechos y obligaciones a herederos o legatarios; aceptación y renuncia de la herencia o el legado.

RENTERÍA AROCENA considera a este respecto que “La ley sucesoria determinará si la adquisición de los derechos hereditarios se produce automáticamente por la apertura o delación de la sucesión o si es preciso un acto especial de aceptación, así como la posibilidad de que la aceptación se produzca a beneficio de inventario. La ley determinada como aplicable a la sucesión debe regir la sucesión desde la apertura de la misma hasta la transmisión a los beneficiarios de la propiedad de los bienes y derechos que integren la herencia tal como establece esa ley, afirma el Considerando 42 del Reglamento 650/2012. La existencia o inexistencia de la herencia yacente (con sus caracteres y régimen jurídico), la posesión y adquisición de la propiedad de los bienes de la herencia, la acción de petición de herencia o la transmisión del “*ius delationis*”, por poner algunos ejemplos, son aspectos que se rigen por la “*lex successioinis*” (del primer causante, en el supuesto del derecho de transmisión)<sup>113</sup>.

Las facultades de los herederos, de los ejecutores testamentarios y otros administradores de la herencia, en particular la venta de los bienes y al pago de los acreedores, sin perjuicio de las facultades contempladas en el artículo 29, apartados 2 y 3; Responsabilidad de deudas y cargas de la herencia; las legítimas, y la libre disposición y cualesquiera reclamaciones que las personas próximas al causante puedan tener contra la herencia o los herederos de la misma. La obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios. Y, por último, la partición de la herencia.

Resulta de gran interés traer a colación la sentencia del TSJE de 16 de julio de 2020<sup>114</sup>, cuyo supuesto de hecho versa sobre una mujer lituana, casada con un alemán y que se traslada a vivir a Alemania. En el año 2013 hace testamento en Lituania, nombrando como único heredero a su único hijo de nacionalidad Lituania nacido de un matrimonio anterior. El problema surge cuando el hijo solicita en Lituania un certificado de Derechos sucesorios, que le es denegado por la falta de competencia, que expide un notario lituano, pues la finada tiene su residencia habitual en Alemania. Sin embargo, el Tribunal lituano considera que una persona pueda tener dos residencias habituales, pero esta alegación es descartada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A este respecto el Tribunal establece lo siguiente “... El Reglamento ..., debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el concepto de «sucesión con repercusión transfronteriza» una situación en la que el causante, nacional de un Estado miembro, residía en otro Estado miembro cuando se produjo el fallecimiento pero no había cortado sus vínculos con el Estado miembro de su nacionalidad, en el cual se encuentran los bienes que integran el caudal relicto, mientras que los llamados a la sucesión tienen su residencia en ambos Estados miembros. La autoridad que sustancia la sucesión debe fijar en uno solo de dichos Estados miembros la última residencia habitual del causante”.

Por otro lado, queremos analizar, por su importancia, la Sentencia ya citada de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 30 de diciembre de 2020<sup>115</sup>. Plantea el supuesto en el que una mujer de nacionalidad francesa y residente en Mallorca realiza un pacto de *definitio* con sus hijos nacionales franceses residentes también

en dicha Isla, pacto que una vez fallecida la madre no quiere los hijos que les sea aplicable, frente a la Dirección General de Registros y Notariado.

Los hijos basan la petición en que su madre no tiene la vecindad civil mallorquina, y por ello se debe aplicar el CC, de lo que resultaría la invalidez del pacto, no siendo contrario a lo establecido en el Reglamento de Sucesiones Europeo; no obstante, es desestimado por parte del Tribunal.

Si hacemos un inciso, en el análisis de la resolución, podría surgirnos la siguiente duda. Cierto es que el Reglamento de Sucesiones Europeo se refiere a la remisión a la ley nacional de la residencia habitual, y que la residencia habitual no tiene porqué conllevar la vecindad civil, por lo que ¿cuál es la ley que debe aplicarse a una persona que, con residencia habitual, pero sin vecindad civil ni nacionalidad española, se le debe aplicar?, ¿La de Derecho Común o, en este supuesto en concreto, la ley Balear?

El Tribunal subraya en los antecedentes del caso algunos extremos de especial interés, y hace constar, en primer lugar, que la madre realiza el pacto de la *definitio* de conformidad al artículo 50 de la Compilación Balear, y manifiesta más tarde que no hace elección de su ley sucesoria, es decir, de la francesa.

Recordemos que el pacto de *definitio* es un pacto sucesorio, conocido por “definición”, en el que los descendientes, legitimarios y emancipados, pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad mallorquina, en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que de éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad. El Tribunal añade que este pacto “sin fijación de su alcance se entenderá limitada a la legítima. El cambio de vecindad civil no afectará a la validez de la definición. La definición deberá ser pura y simple y formalizarse en escritura pública. Al fallecimiento del causante se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 47, a efectos de fijación de la legítima”.

Hay que encuadrar este pacto sucesorio dentro del Reglamento europeo, toda vez que estamos ante una situación transfronteriza y, por tanto, nos debemos guiar por él, al primar sobre nuestra ley nacional.

Aplicando el Reglamento, la residencia habitual de la madre era la española y de ahí que debemos remitirnos al art. 36 del Reglamento que, como ya hemos mencionado, hace referencia a estados plurilegislativos, como el nuestro, y por ello el siguiente paso sería acudir al artículo 16, que establece como punto de conexión la vecindad civil y, al tratarse de una persona con nacionalidad francesa, carecería de este estado civil propio de los españoles que le permitiera regirse por el Derecho civil propio Balear.

El Tribunal, al respecto, expone “La Sala, sin embargo, no comparte la conclusión enunciada. Sin negar que el art. 16.1 C.C. contiene efectivamente una norma de conflicto interno que determina que la ley personal será la correspondiente a la vecindad civil (a través del art. 14 CC), tal norma de conflicto no resuelve sin embargo cuál de los distintos ordenamientos civiles deberá aplicarse cuando, siendo de aplicación la legislación española (*ex art. 21 del Reglamento, según hemos indicado*), el/la ciudadano/a sea, como en el caso planteado, de nacionalidad extranjera, ya que carecerá de vecindad civil, tanto de vecindad civil común, como de cualquier vecindad civil foral o especial. Dicho de otro modo: la norma interna

—artículo 16.1 CC— emplea una categoría o punto de conexión —vecindad civil— que no puede predicarse del ciudadano extranjero (salvo que adquiriera la nacionalidad española, artículo 15 CC, lo que no es el caso), por lo que no puede acudir a ella por la vía del art. 36.1 del Reglamento para resolver la cuestión planteada.<sup>116</sup>

En este sentido, advierte “Tal imposibilidad nos sitúa ante el numeral 2 del propio art. 36, cuyo enunciado comienza precisamente con la dicción “A falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes” pues el Reglamento, como reconoce la propia Resolución DGRN de 24.05.19, equipara las situaciones en las que no hay Derecho interregional —normas internas sobre conflicto de leyes— con aquellas en que las que sí hay tales normas pero el causante no sea nacional (así se desprende de su FJ 6 y de su FJ 17, del que transcribimos su primer inciso: “En el supuesto analizado, no existe norma estatal interregional aplicable sino que será directamente el Derecho de la unidad territorial designada la que resuelva la cuestión”). La sentencia apelada se planteó esta cuestión y, tras señalar que el art. 14.1 del CC dispone que la sujeción al Derecho foral se determina por la vecindad civil y que el art. 15 establece que los extranjeros sólo pueden acceder a la vecindad civil al adquirir la nacionalidad, excluyó la aplicabilidad al caso del art. 36.2 del Reglamento con el siguiente razonamiento (en el FJ 3º): “El hecho de que la actora sea extranjera y no haya accedido a la vecindad civil no significa que no haya normas de conflicto internas en el derecho español (el art. 16 del Código Civil), y debemos acudir a los criterios del art. 36.2 del Reglamento. La norma existe”. Sin embargo, y siguiendo la equiparación indicada, vemos que el art. 36.2, y concretamente en su apartado a), en el marco siempre de Estados plurilegislativos, establece lo siguiente: “(a falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento”; ley (esa “ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento”) que, en el caso de autos, es la Compilación de Derecho Civil de Baleares (concretamente su art. 50), dado que la actora, al tiempo de otorgar el pacto sucesorio (art. 25.1 y 21.1 del Reglamento, según hemos dicho más arriba), tenía su residencia habitual en Mallorca<sup>117</sup>.

La Dirección General de Registros y Notariado admite esta solución, usando como vía el apartado número 3 del artículo 36 del Reglamento *a falta de norma de conflicto, toma como referencia la unidad territorial con la que el testador o las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio hubieran tenido un vínculo más estrecho. Vínculo que, referido al momento del otorgamiento del pacto queda reflejado en la residencia habitual en la unidad territorial. Tal criterio del “vínculo más estrecho” conduce en el caso a la misma solución. Se trata a la definitio como un negocio jurídico, pero no podemos olvidar que la madre no cumple con una de las exigencias del artículo 50 de la Compilación, que exige que el donante tenga vecindad civil mallorquina.*

El Tribunal alega que “Sea como fuere, la aplicación de la Compilación Balear al supuesto que se nos plantea exige, dado que nos hallamos ante una situación jurídica privada internacional, una interpretación de la exigencia “de vecindad mallorquina” del ascendiente a que se refiere el art. 50 que resulte conforme con

el Reglamento (UE) n° 50/2012, considerando los principios de primacía y efecto directo del derecho europeo y la finalidad de la norma. Tal interpretación conduce a la aplicación de la ley de la residencia habitual, que en el caso es Mallorca, sin que pueda después exigirse a la actora, en tanto que ciudadana de nacionalidad extranjera, el requisito de la vecindad civil (subvecindad) mallorquina previsto en el art. 50. Entendemos que esta interpretación de la norma (reducción teleológica, en realidad, que no sería necesaria si, de *lege ferenda*, quedara suprimido el inciso referido) favorece la coherencia sistemática de la regulación de la figura en su aplicación para Ibiza y Formentera y para Menorca, donde no existe una exigencia de subvecindad ibicenca o menorquina al modo previsto en el art. 50 CB. Pero, sobre todo, resulta conforme con los objetivos del Reglamento 650/2012 (de los que se hacen eco los considerandos 23 y 37, expresamente citados y transcritos en el recurso, relativos a la consideración, como nexo general, de la residencia habitual del causante, y al objeto de que la sucesión “se rija por una ley previsible” para éste), los cuales no pueden quedar mermados por el hecho de que la normativa interna del Estado (que es anterior en el tiempo al Reglamento, obvio es decirlo) sea más estrecha en sus miras que las que se contienen en el propio Reglamento, pues es la ley nacional la que ha de interpretarse bajo el prisma del Reglamento, y no al revés. En este sentido, cabe citar la S TJUE (Sala Segunda) de 15.07.10, resolviendo una petición de decisión prejudicial de Bundesgerichtshof-Alemania, y en cuya fundamentación jurídica se hace el siguiente llamamiento a los tribunales nacionales: Corresponde a los tribunales nacionales, en principio, aplicar su Derecho nacional al mismo tiempo que velan por garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, lo que puede llevarles a no aplicar, en su caso, una norma nacional que lo obstaculice, o a interpretar una norma nacional que haya sido elaborada teniendo en cuenta únicamente una situación puramente interna con el fin de aplicarla a la situación transfronteriza de que se trate..” En definitiva, las normas internas de los Estados no pueden “... frustrar mediante requisitos adicionales los objetivos y fines pretendidos por las normas europeas...” (en tal sentido, SS TJU 119/1984, 388/1992 y 185/2007).<sup>118</sup>

Creemos que esta sentencia da un paso significativo, pues fundamenta que debe interpretarse nuestra normativa según el Reglamento y en cierta forma, equipara la residencia habitual a la vecindad civil a los efectos de señalar qué Ley ha de aplicarse a las sucesiones de extranjeros que no tienen vecindad civil. Pues se declara aplicable la *definitio* según el artículo 50 de la Compilación, al estimar válida “la vecindad mallorquina de la madre”. Se trata de una deducción más que válida, en nuestra opinión, ya que al no poseer los extranjeros vecindad civil, pero a su vez primar el Reglamento sobre nuestra legislación, debemos dar prioridad a la residencia habitual, y a la norma que en ella se dé, con la intención siempre de seguir los principios del Reglamento.

Especial relevancia presenta, a su vez, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 1 de marzo de 2018, sobre la posibilidad de que una norma interna pueda obstaculizar el propósito del Reglamento, así como centrar el ámbito de aplicación del mismo<sup>119</sup>. Si bien la resolución está enfocada hacia el cónyuge superviviente, cuyos derechos no analizamos en este trabajo, nos aclara ciertas dudas del Reglamento.

En el supuesto de hecho nos encontramos a una viuda que solicita un certificado sucesorio europeo tras el fallecimiento del esposo. Ambos cónyuges tienen nacionalidad alemana y en el mismo país su residencia habitual, sin embargo los cónyuges, que están casados en régimen matrimonial de gananciales, tienen un inmueble en Suecia, cuya propiedad corresponde a ambos a partes iguales.

En un primer momento, y tal y como se explica en el litigio principal de la sentencia, se trata de una sucesión con ley nacional, lo cual no debería conllevar ningún problema, aplicándose el BGB (que recordemos que tiene legítima) y quedando la herencia de la siguiente manera: le corresponde la mitad de los bienes al único hijo común del matrimonio, y la otra mitad al cónyuge superviviente según los artículos 1931, que otorga la cuarta parte de la herencia al cónyuge viudo, mientras que el artículo 1371 del BGB, al estar casados en gananciales, le otorga otro cuarto del haber hereditario.

La mujer solicita un certificado sucesorio con el fin de hacer valer que tanto ella como el hijo son coherederos y utilizar tal certificado para inscribir su derecho de propiedad sobre el inmueble en Suecia.

Sin embargo, le deniegan el certificado sucesorio, ya que, si bien una cuarta parte de lo que le corresponde es por sucesión, la otra es por el régimen matrimonial, materia que queda fuera de la aplicación del Reglamento. La mujer interpone un recurso de apelación ante el Tribunal Alemán.

El Tribunal considera que “El tribunal remitente expone que la doctrina se encuentra dividida respecto a la cuestión de si la norma que establece el artículo 1371, apartado 1, del BGB es una norma de Derecho de sucesiones o del régimen económico matrimonial. Dicho tribunal considera que, atendiendo a su finalidad —esto es, el reparto de las ganancias al extinguirse el régimen de participación por el fallecimiento de uno de los cónyuges—, el artículo 1371, apartado 1, del BGB no es una norma de sucesión «por causa de muerte», a efectos del artículo 1, apartado 1, del Reglamento n.º 650/2012. En su opinión, la regla establecida en este precepto debe aplicarse siempre que los efectos del matrimonio, incluido lo tocante al régimen económico matrimonial, se rijan por el Derecho alemán. Esta aplicación, a su entender, no estaría garantizada si dicha regla tuviera la consideración de norma de Derecho de sucesiones, ya que, en tal supuesto, su ámbito de aplicación se limitaría a las situaciones en que la sucesión se rige por el Derecho alemán, de conformidad con los artículos 21 y 22 del Reglamento n.º 650/2012”<sup>120</sup>.

Sin embargo, el tribunal sí concibe que este incremento pueda plasmarse en el certificado sucesorio europeo “cuando tanto la ley sucesoria aplicable de conformidad con el artículo 21 o el artículo 22 del Reglamento n.º 650/2012 como la ley sobre el régimen económico matrimonial de los cónyuges se determinen con arreglo al ordenamiento jurídico de un mismo Estado miembro, cualquiera que sea la norma de conflicto de leyes aplicable. En este caso concreto, prosigue el tribunal remitente, la ley aplicable a la sucesión y la ley aplicable al régimen económico matrimonial se determinan exclusivamente de conformidad con el Derecho alemán”.

Debido a tales circunstancias el propio Tribunal alemán plantea ante el Tribunal de Justicia Europeo las siguientes dudas:

- En primer lugar, si ha de interpretarse el artículo 1 en su punto 1 del Reglamento. Que el ámbito de aplicación del mismo comprende a su vez

las disposiciones de derecho nacional, en este supuesto en concreto el artículo 1371 del BGB, que regula tras el fallecimiento en base régimen económico matrimonial que corresponde al cónyuge.

- En segundo lugar, se plantean que si la anterior cuestión tuviere una respuesta negativa, “¿deben interpretarse, no obstante, los artículos 68, letra l), y 67, apartado 1, del Reglamento [núm. 650/2012] en el sentido de que en el certificado sucesorio europeo puede constar plenamente la parte alícuota correspondiente al cónyuge superviviente en la herencia, aunque consista en una fracción de un incremento derivado de una disposición relativa al régimen económico matrimonial como el artículo 1371, apartado 1, del BGB?”.
- Si esta respuesta fuese negativa se plantea, por último, si puede responderse de manera afirmativa con carácter excepcional en aquellas situaciones donde el certificado sucesorio tiene la finalidad de ejercer los derechos de un heredero en otro estado miembro sobre los bienes que allí se encuentren y añaden “b) la cuestión sucesoria [artículos 4 y 21 del Reglamento (núm. 650/2012)] y (con independencia de las normas de conflicto de leyes que se apliquen) las cuestiones del régimen económico matrimonial se han de resolver con arreglo al mismo ordenamiento jurídico nacional? 3) En caso de respuesta negativa a las dos cuestiones anteriores, ¿debe interpretarse el artículo 68, letra l), del Reglamento [núm. 650/2012] en el sentido de que en el certificado sucesorio europeo puede constar plenamente (si bien a título meramente informativo a causa del incremento) la parte alícuota correspondiente al cónyuge superviviente en la herencia, incrementada en virtud de la norma relativa al régimen económico matrimonial?»<sup>121</sup>

El Tribunal Superior de Justicia, responde que “debe recordarse que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme (sentencia de 18 de octubre de 2016, Nikiiforidis, C-135/15, EU:C:2016:774, apartado 28 y jurisprudencia citada), interpretación que debe buscarse teniendo en cuenta no solo el tenor de la disposición, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forme parte (véase, en particular, la sentencia de 18 de mayo de 2017, Hummel Holding, C-617/15, EU:C:2017:390, apartado 22 y jurisprudencia citada).”

El artículo 1 del Reglamento establece que se aplicará a las sucesiones por causa de muerte, y deja excluidas en ese mismo artículo, como ya hemos indicado, las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial. Sin embargo, el art. 3 del mismo Reglamento dispone “que el concepto de sucesión abarca cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, ya derivé de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión *abintestato*.” A esto hay que añadir el considerando 9 del Reglamento por el que se debe abarcar todos los aspectos civiles de la sucesión por causa de muerte. Y, por supuesto, añade que el fin del Reglamento y sus objetivos son “facilitar el



buen funcionamiento del mercado interior suprimiendo los obstáculos a la libre circulación de aquellas personas que desean ejercer sus derechos en situaciones de sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas. En particular, en el espacio europeo de justicia es preciso garantizar de manera eficaz los derechos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al causante, así como de los acreedores de la herencia.”

No debemos obviar los considerandos 11 y 12 del Reglamento, al señalar que no debe aplicarse a ámbitos diferentes del derecho sucesorio y, en particular, a cuestiones del régimen matrimonial.

El gobierno alemán alega que “el mencionado precepto de Derecho nacional sobre la liquidación de una sociedad conyugal se aplica únicamente en caso de disolución del matrimonio por causa de muerte. A su entender, la finalidad de tal precepto es repartir a tanto alzado los bienes adquiridos constante matrimonio, compensando la situación de desventaja producida por la extinción del régimen legal de participación en las ganancias por el fallecimiento de un cónyuge, y evitando así la necesidad de determinar con precisión la composición y el valor del patrimonio al principio y al final del matrimonio”<sup>122</sup>.

Tenemos que entender, entonces, que no se trata de un reparto de bienes entre cónyuges, sino de derechos del cónyuge supérstite, pues el objeto del artículo es calcular el *quantum* que le corresponde y “en consecuencia, un precepto como este se refiere principalmente a la sucesión del cónyuge fallecido y no al régimen económico matrimonial. Por lo tanto, una norma de Derecho nacional como la controvertida en el litigio principal corresponde a la materia sucesoria a efectos del Reglamento n.º 650/2012 El Tribunal Superior de Justicia considera “responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 1, del Reglamento n.º 650/2012 debe interpretarse en el sentido de que está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento un precepto de Derecho nacional, como el controvertido en el litigio principal, que establece, para el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, el reparto a tanto alzado de las ganancias mediante un incremento de la parte alícuota de la herencia del cónyuge supérstite”<sup>123</sup>.”

## VIII. CONCLUSIONES

- I. La legítima y la desheredación, tienen una honda tradición histórica tanto en nuestro Derecho Civil Común Español como en el de los países de nuestro entorno, si bien, en nuestro derecho Común desde que se consolidó en nuestro Código Civil, ha sufrido ligeras modificaciones, extremo que no podemos afirmar de otros ordenamientos.
- II. Resulta de especial interés, la evolución y Derecho italiano, con la eliminación de las causas de desheredación al considerar que las causas de indignidad son suficientes. Sin embargo, no consideramos que sea un buen modelo a seguir, pues va en contra de nuestra idea de flexibilizar la desheredación. En primer lugar, porque en nuestro derecho las causas no son equiparables, sino que, además, las causas de indignidad siempre han de ser probadas, mientras que las de desheredación solo en aquellos casos que sean contradichos; y lo más importante: que con

las causas de desheredación es el propio testador el que decide si quiere hacer uso de ellas, a través del testamento o si por el contrario quiere conceder el perdón tácitamente a sus herederos forzosos.

- III. Con respecto al Derecho Inglés, lo cierto es que es general considerarlo como un ejemplo para la libertad de testar. Sin embargo, las *family provisions* que, si bien constituye un derecho de alimentos de carácter sucesorio como el que se puede observar en nuestros derechos forales, en sentido estricto es una institución mucho más amplia, puesto que no solo contempla a los descendientes del causante sino también a su cónyuge, pareja de hecho, personas a las que el causante hubiera cuidado en calidad de hijo como pueden ser los hijos del cónyuge o pareja de hecho así como cualquier persona que mantuviera el fallecido o dependieran de él, total o parcialmente. Y debemos recordar que nada declara la ley de que estas categorías sean excluyentes, con lo que se podría dar la circunstancia de que concurrieren varias personas en su solicitud.
- IV. En el Derecho Francés, se ha optado por eliminar la legítima de los ascendientes, al estimar que esta acción se ajusta más con la realidad social. No obstante, como ya hemos dejado constancia, se debe tender a proteger a los mayores y no a dejarlos cada vez más desamparados, pues consideramos que la legítima tiene una función asistencial, que como mínimo debería servir para atender a sus necesidades básicas. Esta misma línea se ha seguido en España por el legislador gallego, y en nuestra opinión sería más acertado establecer, al menos, un derecho de alimentos con carácter sucesorio.
- V. Finalmente y en el supuesto de aplicación del certificado sucesorio europeo, debe interpretarse nuestra normativa según el Reglamento y en cierta forma, equipara la residencia habitual a la vecindad civil a los efectos de señalar qué Ley ha de aplicarse a las sucesiones de extranjeros que no tienen vecindad civil.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, Miriam, "Una aproximación al derecho de sucesiones inglés", *Anuario de derecho Civil*, vol. 59, núm. 3, 2006, págs. 239-254.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther, "La reforma del derecho de sucesiones y la prescripción en Alemania", *InDret* 1/2010, Barcelona, págs. 1-53.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther, FARNOS AMORÓS, Esther, "Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?", *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2015, págs. 1-32.
- BERMEJO PUMAR, María Mercedes, "Atribuciones legales (legítimas, los derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas)", *Instituciones de Derecho Privado*, Vol. V, Tomo. III, y Tomo V, Sucesiones, Coord., GARRIDO MELEIRO, Martín, Thomson Civitas, 2000.
- BIGLIAZZI GERI, Lina, *Successioni testamentarie in Comm*, Scialoja& Bricca, Roma & Bologna, 2013.

- BONGIOVANNI, Verónica, “La desheredación en el ordenamiento italiano a la luz de las novedades introducidas por la reforma en materia de filiación”, *La libertad de testar y sus límites* Antoni Vaquer Aloy, María Paz Sánchez González, Esteve Bosch Capdevila (coords.), 2018, págs. 193-220.
- CHRISTANDL, Gregor, *La legítima y la libertad de testar en Alemania y Austria: tendencias actuales*”, CAPILLA RONCERO, Francisco, ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, ARANGUREN URRIZA, J. (Dir.). *Las legítimas y la libertad de testar*, Aranzadi, 2019.
- D’ISA, Renato. *L’Indegnità a succedere*. <http://renatodisa.com/2011/01/13/lindegnita-a-succedere/>.
- DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo, “La definitiva igualdad en Italia de los derechos de los hijos: la reforma de la filiación y la patria potestad”, *ADC*, tomo LXVII, 2014, págs. 998 y sigs.;
- DE STEFANO, Lodovica, “I nuovipro fili della clausula di diseredazione”. *Il caso*, 2015, págs.1-63.
- DELLE MONACHE, Stefano, “la sucesión de los legitimarios en Italia”, *Las legítimas y libertad de testar: perfiles críticos y comparados*, Dir. CAPILLA RONCERO, Francisco, ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, ARANGUREN URRIZA, Francisco, Aranzadi, 2019
- FUGARDO ESTIVILL, Josep M<sup>a</sup>, *Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho Francés, Normativa interna y Derecho Internacional privado*, BOSCH, Barcelona, 2011.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka, “El Reglamento Europeo de sucesiones y el carácter plurilegislativo del Ordenamiento Civil Español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015.
- GIBER Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, Rafael, *Elementos formativos del derecho en Europa. Germano, Románico y Canónico*, Granada, 1975, Imprenta de Francisco Román.
- JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, *El Reglamento sucesorio Europeo. Un comentario Notarial*, Marcial Pons, 2016.
- KERRIDGE, Roger, “Libertad de testar en Inglaterra y Gales”, *Las legítimas y libertad de testar: perfiles críticos y comparados*, MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo, Coord., 2019.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores: “El Reglamento (UE) n° 650/2012 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, o la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo y la legítima”, *Libro homenaje al profesor Ubaldo Nieto de Alba*, vol.3, Estudios Jurídicos, 2020.
- LAMBERT, Eduart, “La tradición romana sobre la sucesión de formas del testamento ante la historia comparada”, *Revista de Legislación*, Vol. 49, núm. 99, Madrid, 1903. Traducido al castellano por GARCÍA HERREROS, Enrique.
- LAMARCA MARQUÉS, Alberto, (Dir.) *Código Civil Alemán y Ley de introducción al Código Civil*, Marcial Pons, 2013.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de familia: Principios del Derecho Civil*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

- *Derecho de sucesiones: Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 2022, 16ª ed.
- MESSINEO, Francesco, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale* 9ª ed., Giuffrè-Editore, Milano, 1962.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María, (1984), *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II.
- “Legítima material y legítima formal” (2009), *Notario del siglo XXI*, núm. 26, Julio-Agosto.
- MONDRAGÓN MARTÍN, Hilario, (2019), *La legítima en el Derecho Español*, tesis dirigida por ARNAU MOYA, Federico, Universidad Jaume I.
- MORETÓN SANZ, María Fernanda, (2020), “Concurrencia de la sucesión testada e intestada: herencia de causante intestada por la premoriencia de heredero testamentario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 96, núm. 777, págs. 544-563.
- “La familia ante un laberinto de situaciones adjetivas: discapacidad, dependencia, baremos, OMS y CIE-11 (La persona y el nuevo sistema de apoyos a su capacidad jurídica: notas definitorias, claves y soluciones)”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 33, 2022, págs. 163-178
- PACCIA, Romana, (20014), “Validad del Testamento di contenuto meramente diseredativo”, *Rivista di Diritto Civile*, 2, págs., 307-328.
- PALAZZO, Antonio, *Le Successioni*, Giuffrè, Milano, 2000.
- PARRA LUCÁN, María de los Ángeles, (2009), “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”. *Revista Nul, Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 13, págs. 481-554.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat, (2003), “La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001” *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 679, septiembre octubre, págs. 2855-2878.
- ROTHEL, Anne, (2008), *El Derecho de sucesiones y la legítima en el Derecho Alemán*, BOSCH.
- VALVERDE MARTÍNEZ, Silvia, La unificación del Derecho Europeo, *Revista La notaría*, núm. 3, 2012, págs. 96-100.
- ZAPATA LÓPEZ, Jorge, *Visión actualizada del régimen de legítimas en el territorio español: del derecho común al derecho foral, comparándolo con los países miembros de la Unión Europea*. Tesis doctoral dirigida por Dr. D. Adolfo Antonio Díaz-Bautista Cremades, Universidad Católica de San Antonio, mayo, 2017.
- ZEUMER Karl, *Desuccionibus, que los reúne, a pesar de que todos ellos llevan una numeración sucesiva de capítulos. Historia de la Legislación Visigoda*, traducido al castellano por CLAVERÍA, Carlos, Universidad de Barcelona, 1944.

## X. RESOLUCIONES CITADAS

### **Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

- La Sentencia de 23 mayo 2019 del tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala
- Primera), Caso WB contra Przemysława Bac, TJCE 2019\98. (Asunto C-658/17).

- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de julio de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas-Lituania), procedimiento instado por E. E. (Asunto C-80/19).

**Sentencias de la Corte di Cassazione Italiana**

- La Sentencia de la Corte di Cassazione Italiana, de 20 de junio de 1967, núm. 1458.
- La Sentencia de la Corte di Cassazione Italiana, sez. II, de 29 de abril de 2006, núm. 7266.
- La Sentencia de la Corte di Cassazione Italiana, sez. II de 9 de abril de 2008, núm. 9274.
- La Sentencia de la Corte di Cassazione Italiana, de 25 de mayo de 2012, núm. 8352

NOTAS

<sup>1</sup> MONDRAGÓN MARTÍN, Hilario, (2019), La legítima en el Derecho Español, tesis dirigida por ARNAU MOYA, Federico, Universidad Jaume I, pág. 416.

<sup>2</sup> Vid., SERRANO, Ignacio, “Exposición y comentario del nuevo Código civil italiano”, RCDI, 158, Julio 1941, págs. 385-404.

<sup>3</sup> Vid., DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo, “La definitiva igualdad en Italia de los derechos de los hijos: la reforma de la filiación y la patria potestad”, ADC, tomo LXVII, 2014, págs. 998 y sigs.; BONGIOVANNI, Verónica, “La desheredación en el ordenamiento italiano a la luz de las novedades introducidas por la reforma en materia de filiación”, La libertad de testar y sus límites Antoni Vaquer Aloy, María Paz Sánchez González, Esteve Bosch Capdevila (coords.), 2018, págs. 193-220.

<sup>4</sup> DELLE MONACHE, Stefano, “La sucesión de los legitimarios en Italia”, Las legítimas y libertad de testar: perfiles críticos y comparados, Dir. CAPILLA RONCERO, Francisco, ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, ARANGUREN URRIZA, Francisco, Aranzadi, 2019, pág. 223 y ss.

<sup>5</sup> Téngase en cuenta que este precepto fue derogado el 19 de mayo de 1975, por Corte Costituzionale, en su Sentencia de 16-30 de abril de 1973, n. 50 (9/5/1973, n. 119), declaró su ilegitimidad constitucional y su redacción procede de la Ley de Reforma de 19 de mayo de 1975, n. 151.

<sup>6</sup> Recordemos que en nuestro CC el artículo 813, establece varias excepciones al gravamen de la legítima; por un lado, el usufructo del cónyuge viudo y por otro lado, y tras la reforma de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, se permite gravar, cuando hay hijos o descendientes judicialmente incapacitados.

<sup>7</sup> BERMEJO PUMAR, María Mercedes, “Atribuciones legales (legítimas, los Derechos del cónyuge viudo y de las parejas), Instituciones de Derecho Privado”, Vol. V, Tomo III, Sucesiones, Coord. GARRIDO MELERO, pág. 236.

<sup>8</sup> BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *op.cit.*, Instituciones de Derecho Privado..., pág. 237 y ss.

<sup>9</sup> E' escluso dalla successione come indegno (Cod. Civ. 463 e seguenti).

1) chi ha volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona della cui successione si tratta, o il coniuge, o un discendente, o un ascendente della medesima, purché non ricorra alcuna delle cause che escludono la punibilità a norma della legge penale 2) chi ha commesso, in danno di una di tali persone, un fatto al quale la legge penale dichiara applicabili le disposizioni sull'omicidio; 3) chi ha denunziato una di tali persone per reato punibile con l'ergastolo o con la reclusione per un tempo non inferiore nel minimo a tre anni, se la denuncia è stata dichiarata calunniosa in giudizio penale; ovvero ha testimoniato contro le persone medesime impútrate dei predetti reati, se la testimonianza è stata dichiarata, nei confronti di lui, falsa in giudizio penale;

3-bis) Chi, essendo decaduto dalla podestà genitoriale nei confronti della persona della cui successione si tratta a norma dell' articolo 330, non è statore integraton ella potestà alla data di apertura della successione della medesima. 4) chi ha indotto con dolo o violenza la persona, della cui successione si tratta, a fare, revocare o mutare il testamento, o ne l'ha impedita; 5) chi ha soppresso, celato o alterato il testamento dal quale la successione sarebbe stata regolata; 6) chi ha formato un testamento falso o ne ha fatto scientemente uso.

<sup>10</sup> Vid., CATALANO, Roberta, “La desheredación en la experiencia italiana. Perfiles evolutivos”, Revista de Derecho Privado, 2021.

<sup>11</sup> Declara el Código civil común, en su redacción vigente, en el momento de redactar estas líneas: Artículo 756. 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.

2.º El que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes.

Asimismo el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada.

También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo.

3.º El que hubiese acusado al causante de delito para el que la ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa.

4.º El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.

Cesará esta prohibición en los casos en que, según la Ley, no hay la obligación de acusar.

5.º El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.

6.º El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior.

7.º Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil.

Hemos transcrito el precepto con la nueva redacción según el párrafo tercero del ordinal 2º y el ordinal 7º, con efectos de 3 de septiembre de 2021, por el art. 2.36 de la Ley 8/2021, de 2 de junio (Ref. BOE-A-2021-9233).

De forma adicional, la disposición adicional cuarta, que queda redactada como sigue:

«La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Vid., MORETÓN SANZ, Mª Fernanda (2022), “La familia ante un laberinto de situaciones adjetivas: discapacidad, dependencia, baremos, OMS y CIE-11 (La persona y el nuevo sistema de apoyos a su capacidad jurídica: notas definitivas, claves y soluciones)”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 33, 2022, págs. 163-178.

Apréciense la diferente redacción 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. 2.º El que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes. Asimismo el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada. También el privado por resolución firme de patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo. 3.º El que hubiese acusado al causante de delito para el que la ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa. 4.º El heredero mayor de edad que

sabedor de la muerte violenta de testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio. Cesará esta prohibición en los casos en que según la ley, no hay obligación de acusar. 5°. El que con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo .6°. El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho o suplantare, ocultare o alterare otro posterior.7°. Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones decididas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil.

<sup>12</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “El apartamiento y la desheredación”. Anuario de Derecho Civil, 1968, págs. 3 a 108.

<sup>13</sup> BIGLIAZZI GERI, Lina, “Successioni testamentarie”, Comm. Scialoja, Branca, Roma, Bologna, 1993, pág. 95. PALAZZO, Antonio, Le successioni, Milano, 2000, pág. 640.

<sup>14</sup> D'ISA, Renato, L'Indegnità a succedere. <https://renatodisa.com/2011/01/13/lindegnita-a-succedere-ultima-visita>, 10 mayo de 2021.

<sup>15</sup> La Sentencia de la Corte di Cassazione Italiana , sez. II, de 29 de abril de 2006, núm. 7266.

<sup>16</sup> La Sentencia de la Corte di Cassazione Italiana, sez. II de 9 de abril de 2008, núm. 9274.

<sup>17</sup> La Sentencia de la Corte di Cassazione Italiana, de 20 de junio de 1967, núm. 1458.

<sup>18</sup> DE STEFANO, Lodovica, “I nuovi profili della clausula di diseredazione”. Il caso, 2015, págs. 1 y ss.

<sup>19</sup> La Sentencia de la Corte di Cassazione Italiana , de 25 de mayo de 2012, núm. 8352.

<sup>20</sup> DI BARI, Mateo, “Successioni testamentarie: della diseredazione”, Diritto&diritti, Diciembre, 2003, pág. 1.

<sup>21</sup> En este sentido queremos destacar a PACCIA, Romana, “Validité del Testamento di contenuto meramente diseredativo”, Rivista di Diritto Civile, 2/2014, al declarar que se ha reconocido por parte de la Corte de Casazione, la cláusula de desheredación en el caso del sujeto no legitimario, pág. 308.

<sup>22</sup> JORDANO FRAGA, Francisco, Indignidad sucesoria y desheredación: (algunos aspectos conflictivos de la desheredación), Comares, 2004, págs. 1 y ss.

<sup>23</sup> KERRIDGE, Roger, “Libertad de testar en Inglaterra y Gales”, Las legítimas y libertad de testar: perfiles críticos y comparados, MURGA FERNÁNDEZ Juan Pablo págs. 239 y ss.

<sup>24</sup> BARRIO GALLARDO, Aurelio, “Estudio histórico-comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón”, RDCA-2011-XVII, pág. 53.

<sup>25</sup> MONDRAGÓN MARTÍN, Hilario, op.cit., págs. 384 y ss.

<sup>26</sup> BARRIO GALLARDO, Aurelio, op.cit., “Estudio histórico-comparado...”, pág. 54 y ss.

<sup>27</sup> BERMEJO PUMAR, María Mercedes, op.cit., Instituciones de Derecho Privado..., pág. 246 y ss.

<sup>28</sup> BARRIO GALLARDO, Aurelio, op.cit., pág. 66.

<sup>29</sup> KERRIDGE, Roger, op.cit., págs. 242 y ss.

<sup>30</sup> ANDERSON, Miriam, “Una aproximación al derecho de sucesiones inglés”, Anuario de derecho Civil, vol. 59, núm. 3, 2006, pág. 1277. En este mismo sentido RENTERÍA ARRO-CENA, Alfonso, “La libertad de testar en el derecho comparado” Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Julio agosto, 2011, pág. 2100.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pág. 1277.

<sup>32</sup> BERMEJO PUMAR, María Mercedes, op.cit. Instituciones de Derecho Privado... pág.24.

<sup>33</sup> KERRIDGE, Roger, op.cit.,pág. 243 y ss.

<sup>34</sup> BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *Ibidem*.

<sup>35</sup> ANDERSON, Miriam, “Una aproximación al derecho de sucesiones inglés”, Anuario de derecho Civil, pág. 1245.

<sup>36</sup> [https://e-justice.europa.eu/content\\_general\\_information-166-sc-es.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_general_information-166-sc-es.do?member=1), se establecen como derechos preferentes del cónyuge, la vivienda siempre que tenga un valor inferior a 473 000 £, el mobiliario hasta los 29 000 £; y con respecto al dinero se establece que le corresponderá al cónyuge las primeras 50 000 £ en aquellos supuestos en los que existan



o descendientes, ascendiendo a 89 000 £, en los supuestos en los que no hay descendencia. Última visita, el 22 de marzo 2024.

<sup>37</sup> Inheritance law in Scotland | Scottish Parliament. Table of legitimes and shares from the free portion of the estate | Atty. Alvin Claridades (wordpress.com) última visita , el 23 de marzo 2024.

<sup>38</sup> ZAPATA LÓPEZ, Jorge, Visión actualizada del régimen de legítimas en el territorio español: del derecho común al derecho foral, comparándolo con los países miembros de la Unión Europea. Tesis doctoral dirigida por Dr. D. Adolfo Antonio Díaz-Bautista Cremades, Universidad Católica de San Antonio, mayo, 2017, págs. 298 y ss.

<sup>39</sup> Wills Act 1837 (legislation.gov.uk) última visita, el 23 de marzo de 2021.

<sup>40</sup> RENTERÍA ARROCENA, Alfonso, “La libertad de testar en el derecho comparado” Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Julio-agosto, 2011, págs. 2100 y ss.

<sup>41</sup> MARTÍNEZ-PROVENCIO Y MARTÍNEZ, Isidoro, Tratado de Derecho de sucesiones: Común, foral, internacional y fiscal (ab ovo usque ad mala), Tomo II, La Ley, 2020, pág. 989.

<sup>42</sup> BERNAD MAINAR, Rafael, “La porción legítima en la familia del Derecho romano”, Revista Crítica de Derecho inmobiliario, núm. 750, Julio 2015, pág. 1768.

<sup>43</sup> BERNAD MAINAR, Rafael, “Tratamiento distinto al romano, pues, más que utilizarse para disponer la institución de herederos, tendió a favorecer a la propia Iglesia o a alguna de sus corporaciones por medio de legados o fideicomisos”, “La porción legítima en la familia del Derecho Romano clásico”, Universidad de Sevilla, 3º ed., 2007 pág. 1768 y ss.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pág. 1768.

<sup>45</sup> FUGARDO ESTIVILL, Josep M<sup>a</sup>, Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho Francés, Normativa interna y Derecho Internacional privado, Bosch, Barcelona, 2011, pág. 367.

<sup>46</sup> De las modificaciones sufridas por el Código Civil Francés, destacaremos únicamente la ley de 3 de diciembre de 2001, por la que se adapta el Derecho de sucesiones a la Convención Europea de los Derechos del hombre, por la que se suprime la discriminación existente para los hijos adúlteros.

<sup>47</sup> Con anterioridad a La ley 728/2006 de 23 junio, se establecía en su artículo 914: “Las liberalidades, por actos inter vivos o por testamento, no podrán exceder de la mitad de los bienes (1/2) si, en defecto de descendiente, el difunto deja uno o varios ascendientes en cada una de las líneas, paterna y materna, y los tres cuartos (3/4) si no deja sino ascendientes en una línea”.

<sup>48</sup> PARRA LUCAN, M<sup>a</sup> Ángele, considera que la reforma del año 2006 da más libertad al testador al flexibilizar las legítimas, siendo el fin del legislador francés, el adecuar esta figura a la realidad social existente mientras a su vez se sigue posicionando a favor de las legítimas. “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio” Anuario de la de la facultad de Derecho de la Coruña, 2009, núm. 13, pág. 495 y ss.

<sup>49</sup> Loi núm. 2006-728 du 23 de juin de 2006 portant sur des successions et des libéralités.

<sup>50</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, José, “Legítima material y legítima formal” Notario del siglo XXI, núm. 26, Julio-Agosto, 2009, pág. 495 y ss.

<sup>51</sup> ZAPATA LÓPEZ Jorge, Visión actualizada del régimen de legítimas en el territorio español: del derecho común al derecho foral, comparándolo con los países miembros de la Unión Europea. Tesis dirigida por Dr. D. Adolfo Antonio DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Universidad de Murcia, mayo 2017, págs. 175 y ss.

<sup>52</sup> La cuantía de la cuota usufructuaria varía según con que legitimario concurra: en caso de que lo haga con hijos o descendientes, conforme establece el artículo 834 del Código Civil, “el cónyuge tiene derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”.

<sup>53</sup> FUGARDO ESTIVILL, Josep M<sup>a</sup>, Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho Francés, Normativa interna y Derecho Internacional privado, Bosch, Barcelona, 2011, pág. 380.

<sup>54</sup> Artículo 912 “la réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges á certains héritiersdits reservataires, s'ils son appelés a la succession et s'ils l'acceptent...”.

<sup>55</sup> [https://e-justice.europa.eu/content\\_general\\_information-166-fr-maximizeMS\\_EJN-es.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_general_information-166-fr-maximizeMS_EJN-es.do?member=1), última visita, el 16 de marzo de 2020.

<sup>56</sup> Hay que recordar que antes de la reforma de la Ley de 23 de junio de 2006 se contemplaba, en defecto de descendientes, la legítima de los ascendientes. La cuantía de los ascendientes era de la mitad de la herencia en aquellos supuestos en los que hubiera ascendientes de las dos ramas, y una cuarta parte si solo eran de una.

<sup>57</sup> FUGARDO ESTIVILL, Josep M<sup>a</sup>, Regímenes económicos, op. cit., págs. 342 y ss.

<sup>58</sup> Código Civil en su redacción vigente a 1 de julio de 2013, traducción: VALDÉS BLANQUED, Jesús y FELDMAN, Fernando. Code civil 20130701\_ES (wordpress.com) última visita 8 de marzo de 2021.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> PEREÑA VICENTE, Montserrat, “La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001”, Revista Crítica de Derecho inmobiliario, núm. 679, septiembre octubre 2003, págs. 2857 y ss.

<sup>61</sup> FUGARDO ESTIVILL, Josep M<sup>a</sup>, Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho Francés, normativa interna y Derecho Internacional privado, Bosch, 2011, págs. 343 y ss.

<sup>62</sup> PEREÑA VICENTE, Montserrat, *Ibidem*.

<sup>63</sup> Ley núm. 2001-1135, de 3 de diciembre de 2001, sobre los Derechos del cónyuge superviviente y los hijos nacidos fuera del matrimonio y la modernización de varias disposiciones de la Ley de herencia. Texto original, <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/12763>. Última visita el 8 de marzo de 2021.

<sup>64</sup> ROTHEL, Anne, El Derecho de sucesiones y la legítima en el Derecho Alemán, Bosch, 2008, pág. 13.

<sup>65</sup> Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. De 23 de mayo de 1949, cuya última modificación data de 28 de marzo de 2019.

<sup>66</sup> Traducción GARCÍA MACHO, Ricardo, SOMMERMANN, Karl.

<sup>67</sup> Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, de 1 de enero de 2010.

<sup>68</sup> LAMARCA MARQUES, Alberto, (Dir.), Código Civil Alemán y Ley de introducción al Código Civil, Marcial Pons, 2013, pág. 22.

<sup>69</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional (BVerfGE) de 19 de abril de 2005, BvR 1644/00, 188/03.

<sup>70</sup> Tal y como aparece en el artículo 14.1 en relación con el artículo 6.1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana.

<sup>71</sup> ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “La reforma del Derecho de sucesiones y la prescripción en Alemania”, Indret, 2010, pág., 5. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/225322/306633> última visita el 12 de marzo de 2021.

<sup>72</sup> CHRISTANDL, Gregor, “La legítima y la libertad de testar en Alemania y Austria: tendencias actuales”, CAPILLA RONCERO Francisco, ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, ARANGUREN URRIZA, Francisco José (Dir.). Las legítimas y la libertad de testar, Aranzadi, 2019, pág. 214.

<sup>73</sup> ROTHEL, Anne, El Derecho de sucesiones y la legítima en el Derecho Alemán, pág. 16.

<sup>74</sup> ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “La reforma del derecho de sucesiones y la prescripción en Alemania”, InDret, 1/2010, Barcelona, pág., 5.

<sup>75</sup> ROTHEL, Anne, op.cit., pág. 54.

<sup>76</sup> *Ibidem*, pág., 56 y ss.

<sup>77</sup> ROTHEL, Anne, “El Derecho de sucesiones...”, igual que en la sucesión legal, rige en la legítima la representación sucesoria los descendientes más próximos cierran a los más lejanos, op.cit., pág. 54.

<sup>78</sup> Artículos 2303, apartado 1, 2301 del BGB.

<sup>79</sup> BURCKHARDT Lóber, “La legítima ( Pflichtteil) en el Derecho Sucesorio Alemán”, La notaría, núm. 6/1998, junio 1998, págs., 111 y ss.

<sup>80</sup> Ley de sucesiones en Alemania, contenida en el BGB, en su libro V, fundamentalmente comprendida entre el artículo 1922 al 2386, si bien existen artículos sueltos en el libro IV, referentes al cónyuge supérstite. [www.bgi-law.com](http://www.bgi-law.com) última visita el 20 de enero de 2021.

<sup>81</sup> ROTHEL, Anne, “El Derecho de sucesiones...”, op.cit., pág. 64.

<sup>82</sup> ARROYO I AMAYUELAS, Esther, op. cit., “La reforma del derecho...”, pág. 9.

<sup>83</sup> Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, de 1 de enero de 2010.

<sup>84</sup> *Ibídem*, Antes de la reforma solo cabía la posibilidad de reclamar la legítima si estaba gravada en los siguientes supuestos, si se ha gravado mediante sustitución fideicomisaria, tal y como reza el art. 2306, albaceazgo del art. 2100, reglas de partición así como legado y modo, según lo dispuesto en los art. 2147 y 2192, en aquellos supuestos en los que el legitimario es instituido heredero fideicomisario, de conformidad al art. 2306. pág. 53.

<sup>85</sup> Antes de la reforma del año 2010 por la Ley de modificación del Derecho de Sucesiones y prescripción, (Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts) se establecían, tal y como hemos mencionado, causas diferenciadas de desheredación según el legitimario ya fuese descendiente, ascendiente o cónyuge.

<sup>86</sup> ROTHEL, Anne, op.cit., pág. 65.

<sup>87</sup> *Ibídem*, op.cit., pág. 66.

<sup>88</sup> CHRISTANDL, Gregor, “La legítima y la libertad de testar en Alemania y Austria: tendencias actuales”, CAPILLA RONCERO, Francisco, ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, ARANGUREN URRIZA, Francisco, Aranzadi, 2019, págs. 218 y ss.

<sup>89</sup> PERIS RIVERA, Alba, “Desheredación: Una visión comparada”, Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm.4, febrero 2016, pág. 329 y ss.

<sup>90</sup> MONDRAGÓN MARTÍN, Hilario, op.cit., pág. 412 y ss.

<sup>91</sup> Indigno de herencia es: 1. Quien intencionalmente e ilícitamente mató o intentó matar al difunto o lo puso en una condición como resultado de la cual el difunto no pudo hasta su muerte establecer o revocar una disposición mortis causa, 2. Quien intencional e ilegalmente impidió al testador hacer o dejar sin efecto una disposición mortis causa. 3. Que haya determinado al testador mediante engaño doloso o ilegítimamente mediante amenazas de establecer o revocar una disposición mortis causa, 4. Que sea culpable de un delito previsto en los artículos 267, 271 a 274 del Código Penal en relación con una disposición del testador después de la muerte.

<sup>92</sup> PERIS RIBERA, Alba, op.cit., pág. 329-348.

<sup>93</sup> Recordemos que quedan excluidos del Convenio Dinamarca, Reino Unido e Irlanda, pues no se adhirieron.

<sup>94</sup> [http://publications.europa.eu/resource/cellar/61afb4c0-a71b-11e7-837e-01aa75e-d71a1.0005.04/DOC\\_1](http://publications.europa.eu/resource/cellar/61afb4c0-a71b-11e7-837e-01aa75e-d71a1.0005.04/DOC_1) última visita 6 de abril de 2021.

<sup>95</sup> DOUE núm. 201, de 27 de julio de 2012.

<sup>96</sup> La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aun cuando no sea la de un Estado miembro

<sup>97</sup> Vid., MORETÓN SANZ, M<sup>a</sup> Fernanda, “Determinación de la ley personal del causante: notas sobre la recuperación de la vecindad civil por residencia y el alcance de la inconstitucionalidad sobrevenida del principio de unidad familiar”, Revista crítica de Derecho Inmobiliario, 719, págs. 1282 y sigs.,

<sup>98</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente llamativo”, Revista de Derecho Civil, Vol. II, núm.4, Octubre-Diciembre 2015, pág. 17.

<sup>99</sup> La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 30 de diciembre de 2020.

<sup>100</sup> “El Reglamento establece normas para determinar las autoridades del Estado miembro de la UE que se encargarán de una sucesión transfronteriza y el Derecho nacional que se aplicará a esa sucesión. De este modo, cualquier ciudadano o testador (la persona que otorga testamento) puede planificar su sucesión y los herederos ya no tienen que verse frente

a múltiples autoridades y Derechos nacionales”. Guía de ayuda para las sucesiones transfronterizas, pág. 4. [http://publications.europa.eu/resource/cellar/61afb4c0-a71b-11e7-837e-01aa75ed71a1.0005.04/DOC\\_1](http://publications.europa.eu/resource/cellar/61afb4c0-a71b-11e7-837e-01aa75ed71a1.0005.04/DOC_1) última visita 6 de abril de 2021.

<sup>101</sup> GALICIA AIZPURA, Gorka, “El Reglamento Europeo de sucesiones y el carácter pluri-legislativo del Ordenamiento Civil Español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pág. 527.

<sup>102</sup> MAGALLÓN ELÓSEGUI, Nerea, “El reglamento de sucesiones y los sistemas pluri-legislativos: el caso español, Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho, Año 12, núm. 25, 2013, págs. 343-355.

<sup>103</sup> Este mismo art. 3 contiene definiciones de interés y que sirven para la armonización legislativa transfronteriza. Así, dispone que “pacto sucesorio” es todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo b) “pacto sucesorio”: todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo; c) “testamento mancomunado”: el testamento otorgado en un acto por dos o más personas; d) “disposición mortis causa”: un testamento, un testamento mancomunado o un pacto sucesorio; e) “Estado miembro de origen”: el Estado miembro en el cual se haya dictado la resolución, se haya aprobado o celebrado la transacción judicial, se haya constituido el documento público o se haya expedido el certificado sucesorio europeo, según el caso; f) “Estado miembro de ejecución”: el Estado miembro en el que se solicite la declaración de fuerza ejecutiva o la ejecución de la resolución, de la transacción judicial o del documento público; g) “resolución”: cualquier decisión en materia de sucesiones dictada por un tribunal de un Estado miembro, con independencia de la denominación que reciba e incluidas aquellas decisiones en materia de costas u otros gastos emitidas por los funcionarios judiciales; h) “transacción judicial”: una transacción en materia de sucesiones aprobada por un tribunal o celebrada en el curso de un proceso judicial ante un tribunal; i) “documento público”: un documento en materia de sucesiones formalizado o registrado en tal concepto en un Estado miembro y cuya autenticidad: i) se refiera a la firma y al contenido del documento, y ii) haya sido establecida por un poder público u otra autoridad autorizada a tal efecto por el Estado miembro de origen.

<sup>104</sup> Guía de ayuda para las sucesiones transfronterizas, pág. 9 [http://publications.europa.eu/resource/cellar/61afb4c0-a71b-11e7-837e-01aa75ed71a1.0005.04/DOC\\_1](http://publications.europa.eu/resource/cellar/61afb4c0-a71b-11e7-837e-01aa75ed71a1.0005.04/DOC_1) última visita, 6 de abril de 2021.

<sup>105</sup> Junto a esta aseveración cabe destacar que el propio Reglamento, en su Exposición de motivos hace ciertas aclaraciones, que debemos relacionar “Las normas en materia de conflicto de leyes establecidas en el presente Reglamento pueden llevar a la aplicación de la ley de un tercer Estado. En tales casos, se han de tomar en consideración las normas de Derecho internacional privado de ese Estado. Si esas normas disponen el reenvío a la ley de un Estado miembro o a la ley de un tercer Estado que aplicaría su propia ley a la sucesión, ese reenvío se debe aceptar a fin de garantizar la coherencia internacional. No obstante, se ha de excluir el reenvío en aquellos casos en que el causante haya hecho la elección de la ley en favor de la ley de un tercer Estado”.

<sup>106</sup> JIMÉNEZ GALLEGÓ, Carlos, *El Reglamento sucesorio Europeo*. Un comentario Notarial, Consejo General del Notariado, 2016, págs. 32 y ss.

<sup>107</sup> <http://www.notar-ius.com/2019/01/guia-notarial-del-reglamento-europeo-de.html>, última visita 12 de abril de 2021.

<sup>108</sup> CARRASCOA GONZÁLEZ, Javier, *El Reglamento Sucesorio Europeo: análisis crítico*, 2ª ed., Colección Derecho y Letras, Murcia, 2019, págs. 1489 y ss.

<sup>109</sup> Niega la competencia de los notarios polacos, la Sentencia de 23 mayo 2019 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Sala Primera, Caso WB contra Przemysława Bac. Asunto C-658/17, sobre la autoridad de los notarios polacos para emitir certificados sucesorio-

rios, al apreciar que los notarios carecen de la condición de tribunal. El artículo 3, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento núm. 650/2012, debe interpretarse como que el notario que redacta un documento a solicitud de las partes del procedimiento notarial, o del litigio principal, no constituye un «tribunal» en el sentido de esa disposición y, por consiguiente, el artículo 3, apartado 1, letra g), de ese Reglamento da lugar a que dicho documento no constituye una «resolución» en el sentido de esta disposición. Y que el artículo 3, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012 sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, debe interpretarse en el sentido de que la circunstancia de que un Estado miembro no haya realizado la notificación relativa al ejercicio por parte de los notarios de funciones jurisdiccionales, prevista en esa disposición, no resulta determinante a efectos de la calificación de esos notarios como «tribunales».

<sup>110</sup> Art. 5.2 “El acuerdo relativo a la elección del foro constará por escrito, con expresión de su fecha, y será firmado por las partes interesadas. Se considerará hecha por escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo”.

<sup>111</sup> URREA SALAZAR, Martín Jesús, “El Reglamento Europeo de sucesiones y el Derecho uniforme en la Unión Europea”, *Economist&juris*, junio 2016, El reglamento europeo de sucesiones | E&J (economistjurist.es), última visita 16 de abril de 2021.

<sup>112</sup> RENTERÍA AROCENA, Alfonso, “Aplicación de la Ley 5/2015 como norma rectora de la sucesión”, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/las-sucesiones-mortis-causa-transfronterizas-en-derecho-español-los-convenios-internacionales-el-reglamento-6502012-y-las-reformas-legislativas-de-2015/> págs. 200 y ss, última visita 3 de mayo de 2021.

<sup>113</sup> *Ibidem*.

<sup>114</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020, Sala Primera, (petición de decisión prejudicial planteada por el LietuvosAukščiausiasisTeismas—Lituania) procedimiento instado por E. E. (Asunto C-80/19).

<sup>115</sup> La Sentencia 529/2020, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 30 de diciembre de 2020.

<sup>116</sup> Fundamento VI.

<sup>117</sup> Fundamento III.

<sup>118</sup> *Ibidem*.

<sup>119</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea TJUE (Sala Primera) Caso Doris Margret Lisette Mahnkopf contra Sven Mahnkopf. Sentencia de 1 marzo 2018. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199805&doclang=ES>, última visita 12 de junio 2021.

<sup>120</sup> Cuestión prejudicial primera <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199805&doclang=ES> última visita 12 de junio 2021.

<sup>121</sup> Cuestiones prejudiciales <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199805&doclang=ES> última visita 14 de junio de 2021.

<sup>122</sup> Cuestiones prejudiciales <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199805&doclang=ES>, última visita 14 de junio 2021.

<sup>123</sup> Cuestiones prejudiciales <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199805&doclang=ES> última visita 12 de junio 2021.



## 1.5. Obligaciones

# El control de transparencia en las acciones colectivas ¿objetivo o subjetivo?

## *Transparency control in collective actions: objective or subjective?*

por

AITOR MORA ASTABURUAGA  
*Investigador predoctoral en formación  
FPI UR-CAR*

**RESUMEN:** A través del Auto del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2022, se plantearon dos cuestiones prejudiciales clave: la aplicabilidad del control de transparencia en acciones colectivas y la posibilidad de aplicar el criterio del consumidor medio en acciones colectivas con diversos tipos de consumidores. El TJUE abordó estas cuestiones en su Sentencia de 4 de julio de 2024. En este artículo, se analizan brevemente ambas resoluciones y se examina la posibilidad de que se esté avanzando hacia una concepción más subjetiva del control de transparencia.

**ABSTRACT:** *Through the ATS of 29 June 2022, two key preliminary questions were raised: the applicability of the transparency control in collective actions and the possibility of applying the average consumer criterion in collective actions involving various types of consumers. The CJEU addressed these questions in its Judgment of 4 July 2024. This article analyses both decisions and examines the possibility of moving towards a more subjective conception of transparency control.*

**PALABRAS CLAVE:** control de transparencia; consumidor medio; acciones colectivas; control subjetivo; control objetivo

**KEYWORDS:** *transparency control; average consumer; collective actions; subjective control; objective control.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. ¿PUEDE APLICARSE EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN UNA ACCIÓN COLECTIVA? EL ATS DE 29 DE JUNIO DE 2022. II.1. ANTECEDENTES. II.2. SAP MADRID DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2018. II.3. ATS DE 29 DE JUNIO DE 2022. II.3.A. *¿Es compatible el control individualizado de transparencia con el control abstracto de las acciones colectivas?* II.3.B. *¿Es posible determinar*

*el criterio del consumidor medio en una acción colectiva?*—III. LA RESOLUCIÓN DADA POR LA STJUE DE 4 DE JULIO DE 2024, CAIXABANK, C-450/22.—IV. ¿EL CONTROL DE TRANSPARENCIA TIENE CARÁCTER OBJETIVO O SUBJETIVO?—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN.

El estudio del control de transparencia en el ámbito del Derecho del consumo es una materia que está en constante construcción. Desde la STS 241/2013, de 9 de mayo, se han sucedido un sinnúmero de pronunciamientos de tribunales de todos los niveles tratando de dar luz sobre la configuración legal del control de transparencia de las cláusulas predispuestas y, en especial, en la forma en que debe llevarse a cabo dicho control en el caso de que dichas cláusulas predispuestas se refieran a elementos esenciales del contrato.

De este modo, a pesar de que en la configuración legal del control de transparencia hay, más o menos, un consenso en cuestiones como en lo que concierne a su finalidad (salvar el desequilibrio informativo entre profesionales y consumidores)<sup>1</sup>, o la concepción de la transparencia en sus dos vertientes (formal y material) configurada de la siguiente manera:

“(E)sta exigencia implica que una cláusula (...) debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda (...) valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financiera” (STJUE de 28 de septiembre de 2017, Andriuc, C-186/16, apartado 51).

Todavía existen cuestiones controvertidas en cuanto al régimen jurídico de la transparencia<sup>2</sup>. Y una de dichas cuestiones se ha puesto de manifiesto a través de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español en el ATS de 29 de junio de 2022 que ha sido recientemente resuelto mediante la STJUE de 4 de julio de 2024, Caixabank, C-450/22. En esta cuestión prejudicial se cuestiona, como se verá a continuación, la aplicabilidad del control de transparencia a las cláusulas suelo a través de las acciones colectivas.

## II. ¿PUEDE APLICARSE EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN UNA ACCIÓN COLECTIVA? EL ATS DE 29 DE JUNIO DE 2022

### II.1. ANTECEDENTES

El citado caso comienza en 2010 con la presentación de una demanda por parte de la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (ADICAE) contra 101 entidades financieras que comercializaban préstamos hipotecarios en España. A través de dicha demanda se ejercitaba la acción de cesación de las cláusulas de limitación de la variabilidad del tipo de interés (cláusula suelo) que dichas entidades habían incorporado en varios contratos de préstamo



hipotecario a interés variable. Además, a dicha acción de cesación se acumuló una acción de restitución, solicitando la devolución de los intereses pagados en aplicación de dicha cláusula.

Así, el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid estimó la demanda, declarando la nulidad de las cláusulas suelo contenidas que figuraban en los contratos de préstamo hipotecario realizados con consumidores (salvo en lo referido a BBVA, ABANCA y Cajas Rurales Reunidas). De este modo, ordenó la eliminación de dichas cláusulas de los contratos y a cesar en su utilización de forma no transparente. Además, condenó a las entidades a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas.

## II.2. SAP MADRID DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2018

La resolución de primera instancia fue recurrida en apelación por las entidades bancarias. Así, la Audiencia Provincial de Madrid desestimó la mayoría de los recursos, estimando en parte el del Banco Popular, al considerar que existía cosa juzgada, aunque sí que mantuvo la condena a la devolución de cantidades.

Para llegar a esta resolución, la Audiencia Provincial de Madrid consideró una serie de criterios que pueden utilizarse para realizar el control de transparencia en el marco de una acción colectiva, teniendo en cuenta la necesidad de realizar un control abstracto diferente al que se realiza en el ámbito de las acciones individuales, en las que se tiene que tener en cuenta las circunstancias concretas de cada contrato, tal como establece el art. 4.1 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (a partir de ahora, Directiva 93/13). De este modo, el tribunal sostuvo que “(l)o valorable sobre la pauta estándar de contratación de la entidad bancaria es que no pueda concluirse que ha mantenido comportamientos tendentes a oscurecer o disimular el efecto económico-patrimonial de la inclusión de la cláusula suelo en sus contratos” (F.J. 13). Así, la Audiencia Provincial sostiene que es posible apreciar una falta de transparencia en el marco de una acción colectiva en función de determinados criterios objetivos y abstractos, basados en esa idea del oscurecimiento en el sentido de dar un tratamiento secundario a la cláusula suelo, de modo que la atención del consumidor se diluya, lo que llevaría a que no sea capaz de comprender el alcance económico que tiene en el contrato. Así, enumera una serie de ejemplos, no exhaustivos, de situaciones que podrían suponer que una cláusula suelo no es transparente:

- Que la cláusula no se ubique en un lugar congruente con su contenido dentro del contrato.
- Que dicha cláusula se presente ligada a conceptos ajenos al precio del contrato.
- Que se genere la impresión de que la cláusula suelo difícilmente será aplicable.
- Que la cláusula se ubique al final o en medio de párrafos largos sin ningún tipo de énfasis.
- Presentar la cláusula suelo junto con la cláusula limitativa al alza del tipo de interés variable (o cláusula techo) para que el consumidor se centre en esta segunda, desviando así su atención.

Contra esta sentencia, los bancos demandados interpusieron recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, planteando también, al Tribunal Supremo, la necesidad de plantear una cuestión prejudicial.

### II.3. ATS DE 29 DE JUNIO DE 2022

Así, el Alto Tribunal se plantea cuatro situaciones que considera relevantes para el caso (ATS DE 29 DE JUNIO DE 2022, F.J., 2):

1. En primer lugar, si una acción colectiva de cesación es adecuada para realizar el control de transparencia, ya que la naturaleza de la acción colectiva se debe realizar un control abstracto, mientras que el control de transparencia exige un examen concreto de las relaciones contractuales, especialmente en lo relativo a la información precontractual.
2. Si es posible ejercitar una acción colectiva contra todas las entidades que conforman el sistema bancario de un país.
3. La existencia de varios problemas para determinar la definición del consumidor medio por las siguientes razones: (1) las diferencias que existen entre las múltiples entidades demandadas (territoriales y económicas); (2) las distintas modalidades de contratación de cada entidad; (3) el largo periodo de tiempo y las distintas regulaciones que se han ido sucediendo durante ese tiempo.
4. Que existen diferentes grupos de clientes que pueden ser difícilmente estandarizables.

Con esto en mente, considera que existen dos razones fundamentales que justifican la necesidad de plantear la solicitud de decisión prejudicial: (1) la compatibilidad entre el control abstracto de las acciones colectivas con el control de transparencia, que debe ser individualizado; y (2) la dificultad de establecer un concepto de consumidor medio en las acciones colectivas.

#### II.3.A. *¿Es compatible el control individualizado de transparencia con el control abstracto de las acciones colectivas?*

A través de este Auto, el Tribunal Supremo expone que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido configurando, paulatinamente, al control de transparencia alrededor de las exigencias de información precontractual, de modo que uno de los elementos esenciales para evaluar la existencia, o no, de transparencia son las circunstancias concretas de cada proceso de contratación con cada consumidor de forma individualizada<sup>3</sup>. Mientras que el control realizado a través de las acciones colectivas debe realizarse de una forma abstracta, lo que, por naturaleza, impide realizar una apreciación de las circunstancias.

Asimismo, el Tribunal Supremo enfatiza que ha sido el propio TJUE quien ha resaltado la diferencia de objetos y efectos jurídicos entre las acciones individuales y colectivas en la STJUE de 14 de abril de 2016, Sales Sinués, C-381/14. Además, hace también especial referencia a la STS 408/2020, de 7 de julio, en la que sostiene que es difícil llevar a cabo el control abstracto de las acciones colectivas

en lo que se refiere a realidades contractuales complejas en las que es necesario considerar múltiples factores individuales.

Teniendo esto en cuenta, al Alto Tribunal le surge la duda sobre la posibilidad de aplicar dicho control de transparencia en el contexto de una acción colectiva sobre las cláusulas suelo, puesto que resultaría imposible considerar las circunstancias personales de cada uno de los contratantes, ya que el Banco de España ha considerado que podrían estar afectados millones de contratos.

Así, el TS planteó la siguiente cuestión prejudicial:

“¿Está amparado por el art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, cuando se remite a las circunstancias que concurran en la celebración del contrato, y por el art. 7.3 de la misma Directiva, cuando se refiere a cláusulas similares, el enjuiciamiento abstracto, a efectos del control de transparencia en el marco de una acción colectiva, de cláusulas utilizadas por más de un centenar de entidades financieras, en millones de contratos bancarios, sin tener en cuenta el nivel de información precontractual ofrecido sobre la carga jurídica y económica de la cláusula, ni el resto de las circunstancias concurrentes en cada caso, en el momento de la contratación?”

### *II.3.B. ¿Es posible determinar el criterio del consumidor medio en una acción colectiva?*

Por otro lado, el Tribunal aborda el concepto de consumidor medio como aquel “razonablemente atonte y perspicaz” y los criterios necesarios para la determinación de ese criterio objetivo de evaluación del control de transparencia. Así, el TS sostiene que el TJUE ha reconocido que la noción de consumidor puede variar en función de determinadas condiciones como los factores sociales, culturales o lingüísticos, o en función de las circunstancias concretas del caso como datos legales o exigencias publicitarias nacionales. De este modo, el TS se plantea si el hecho de que en el contexto de una acción colectiva como la planteada, en la que existen multitud de diferencias entre los consumidores, dificultaría el establecer un criterio de consumidor medio.

Teniendo esto en cuenta, el TS planteó la siguiente cuestión prejudicial:

“¿Resulta compatible con los arts. 4.2 y 7.3 de la [Directiva 93/13] que pueda hacerse un control abstracto de transparencia desde la perspectiva del consumidor medio cuando varias de las ofertas de contratos están dirigidas a diferentes grupos específicos de consumidores, o cuando son múltiples las entidades predisponentes con ámbitos de negocio económica y geográficamente muy diferentes, durante un período de tiempo muy largo en que el conocimiento público sobre tales cláusulas fue evolucionando?”

## **IV. LA RESOLUCIÓN DADA POR LA STJUE DE 4 DE JULIO DE 2024, CAIXABANK, C-450/22**

La STJUE comienza la respuesta a la primera cuestión prejudicial, haciendo hincapié en que dentro del sistema de protección de los consumidores se reconoce la posibilidad tanto de hacer valer los derechos a través de una acción individual

como de una acción colectiva, y esta doble posibilidad es un elemento fundamental para conseguir una protección efectiva de los intereses de los consumidores. De este modo, según el art. 7.3 Directiva 93/13/CEE los elementos necesarios para poder llevar a cabo las acciones colectivas contra varios profesionales son: (1) que estos sean del mismo sector económico y (2) que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares. Si se cumplen estos elementos, por tanto, se podrá ejercitar una acción colectiva. Y, aunque debe de ser el tribunal de nacional el que valore si se cumplen o no estos requisitos en el caso concreto, el TJUE considera que, al ser todas las cláusulas controvertidas en este caso cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario, parece que pueden considerarse como “similares”, en el sentido del artículo 7.3 Directiva 93/13/CEE.

Así, el TJUE señala que el concepto de transparencia se manifiesta a través de la exigencia de que la redacción sea clara y comprensible. No existe inconveniente para que esta exigencia se haga valer tanto por acción individual como por acción colectiva. De este modo, la jurisprudencia sobre transparencia resultante de acciones individuales que considera que el concepto de transparencia no se centra solo en la comprensión formal y gramatical de la cláusula, sino que exige también que un consumidor medio pueda comprender el funcionamiento de la cláusula, es también extrapolable a las acciones colectivas (FFJJ 34-37).

Si bien, es cierto que, por la propia naturaleza de la acción colectiva, el “control no puede tener por objeto circunstancias que caractericen situaciones individuales, sino que se refiere a prácticas estandarizadas de profesionales” (FJ 39). Por esta razón, las exigencias de evaluación de la suficiencia de la información precontractual necesaria para superar el control de transparencia que se realizan en el control individual, deben adaptarse a las particularidades de las acciones colectivas. De este modo, lo que tiene que considerar el juez para valorar si se supera el control de transparencia, es “conjunto de las prácticas contractuales y precontractuales estándar seguidas por cada profesional en cuestión, entre las que figuran, en particular, la redacción de dicha cláusula y su ubicación en los contratos tipo utilizados por cada profesional, la publicidad hecha de los tipos de contratos a los que se refiere la acción colectiva, la difusión de las ofertas precontractuales generalizadas dirigidas a los consumidores y cualesquiera otras circunstancias que ese juez considere pertinentes para ejercer su control respecto de cada uno de los demandados” (FJ 41). Así, para que el control pueda realizarse de forma abstracta, lo que deberá considerar el tribunal son esas prácticas estándar que los profesionales en cuestión utilizan para dirigirse a los consumidores. La abstracción que exige la naturaleza de la acción colectiva no conlleva, por tanto, que no pueda analizarse la información precontractual que ofrecen los profesionales a los consumidores, pues, generalmente, dicha información precontractual también está estandarizada y se muestra a todos los consumidores por igual.

Así, la respuesta que da el TJUE ante esta primera cuestión prejudicial es:

“Los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 3, 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 permiten que un órgano jurisdiccional nacional lleve a cabo el control de transparencia de una cláusula contractual en el marco de una acción colectiva dirigida contra numero-

sos profesionales pertenecientes al mismo sector económico y que tiene por objeto un número muy elevado de contratos, siempre que esos contratos contengan la misma cláusula o cláusulas similares”.

En cuanto a la segunda cuestión prejudicial, El TS pregunta si es posible llevar a cabo el control de transparencia de una cláusula suelo teniendo en cuenta el criterio del consumidor medio en el contexto de una acción colectiva “dirigida contra numerosos profesionales pertenecientes al mismo sector económico y que tiene por objeto un número muy elevado de contratos” y que además, tienen como destinatarios a distintas categorías de consumidores y el periodo durante el que se ha utilizado esa cláusula es muy extenso (FJ 47).

La respuesta del TJUE es que, efectivamente, se tiene que realizar dicho control de transparencia teniendo en cuenta el criterio objetivo del consumidor medio razonablemente atento y perspicaz. El utilizar este criterio de referencia abstracto para el control de transparencia permite evitar el caer en análisis subjetivos (FJ 49). De hecho, remarca el Tribunal que este criterio abstracto no solo debe utilizarse en el marco de las acciones colectivas, sino también en las acciones individuales, por lo que “las características individuales de diferentes categorías de consumidores no pueden, con mayor motivo, ser tomadas en consideración en el marco de una acción colectiva” (FJ 50). A pesar de esto, el Tribunal sí que podrá apreciar para determinar el criterio del consumidor medio, circunstancias objetivas que puedan hacerle valorar que el conocimiento que pueda tener ese consumidor medio sobre una cláusula contractual sea distinto (FFJJ 55 y 56).

Así, la respuesta que da el TJUE ante esta primera cuestión prejudicial es:

“Los artículos 4, apartado 2, y 7, apartado 3, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que permiten que un órgano jurisdiccional nacional, ante el que se ha ejercitado una acción colectiva dirigida contra numerosos profesionales pertenecientes al mismo sector económico y que tiene por objeto un número muy elevado de contratos, lleve a cabo el control de transparencia de una cláusula contractual basándose en la percepción del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, cuando esos contratos tienen como destinatarios a categorías específicas de consumidores y esa cláusula ha sido utilizada a lo largo de un extenso período de tiempo. No obstante, si, durante ese período, la percepción global de dicha cláusula por el consumidor medio se ha modificado como consecuencia de la producción de un acontecimiento objetivo o de un hecho notorio, la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional lleve a cabo tal control tomando en consideración la evolución de la percepción de ese consumidor, siendo pertinente la percepción existente en el momento de la celebración de un contrato de préstamo hipotecario”.

## V. ¿EL CONTROL DE TRANSPARENCIA TIENE CARÁCTER OBJETIVO O SUBJETIVO?

El TS con esta cuestión prejudicial está sacando a relucir un problema de interpretación del control de transparencia que, poco a poco, se va acrecentando: el acercamiento paulatino entre el control de transparencia y el sistema de control de los vicios en el consentimiento<sup>4</sup>. Si bien, con carácter general, los tribunales to-

avía mantienen como interpretación predominante la de que el control de transparencia se debe realizar tomando en consideración el criterio objetivo y abstracto del consumidor medio, como así lo ha recalcado el TJUE en la sentencia abordada *supra*, en algunas resoluciones se vislumbra cierto acercamiento a un control subjetivo que tiene en cuenta las características personales del consumidor para tomar una decisión sobre la transparencia de una cláusula contractual predisuelta.

Así, a modo de ejemplo, en la STS 605/2019, de 19 de noviembre, se negó la consideración de transparente a una cláusula porque el padre del prestatario, que se actuaba como fiador en la relación con la entidad financiera, fue subdirector de una sucursal del banco con el que se estaba contratando, por lo que era conocedor de dichas cláusulas. También la STS 408/2020, de 7 de julio, el Tribunal declaró que era imposible realizar un control abstracto, siendo necesario un análisis individualizado de las circunstancias. O la STS 487/2022, de 6 de junio, en la que se el contratante era un antiguo empleado del banco, lo que sirvió de criterio para negar la falta de transparencia<sup>5</sup>.

De este modo, en el ATS de 29 de junio de 2022 el tribunal parece que está realizando esta interpretación del control de transparencia desde una perspectiva subjetiva. Gran parte de las consideraciones del TS en este auto se centran en la distinción que existe entre las acciones colectivas y las acciones individuales. De este modo, se centra el Alto Tribunal en que para ejercitar una acción individual el juez debe realizar un control *in concreto* del carácter abusivo de la cláusula de un contrato (tal como lo recoge la STJCE de 9 de septiembre de 2004, Comisión Europea contra España, C-70/03), para el que es necesario tener en consideración “todas las circunstancias que concurran” en la celebración del contrato (art. 4.1 Directiva 93/13/CE). Mientras que para el ejercicio de una acción colectiva es necesario un control abstracto que, según el propio tribunal, dificulta la posibilidad de apreciar la falta de transparencia en una acción colectiva porque para la apreciación de la transparencia es necesario “atender a las circunstancias del caso, tanto objetivas como subjetivas de quien contrata, que puedan incidir en la comprensibilidad material de la cláusula, y lo que es más importante, la trascendencia de la información precontractual (...)”<sup>6</sup>.

Sin embargo, el requisito de considerar las circunstancias del caso o la trascendencia de la información precontractual para la valoración de la transparencia de una cláusula no debe llevar a una interpretación según la cual se deban tener en consideración las características personales del consumidor que esté contratando. Sino que el criterio imperante a la hora de evaluar la transparencia de una cláusula predisuelta debe ser siempre el del consumidor medio y, por tanto, un criterio objetivo. Todos los elementos concurrentes en el momento de la celebración del contrato deben ser revisados desde esa perspectiva del consumidor medio y, por tanto, lo que se debe evaluar es si un consumidor medio, con esa información que dispone el consumidor real, hubiera comprendido la cláusula (tanto desde la perspectiva formal como material), con independencia de que el consumidor efectivamente pudiera haberla entendido, o no.

El TJUE deja claro en esta sentencia mediante la que responde a la cuestión prejudicial del TS que el control de transparencia debe de realizarse teniendo en cuenta el criterio del consumidor medio y no el del consumidor individual, ya sea para acciones individuales como colectivas. Lo que conlleva que el control de

transparencia se pueda ejercitar por ambas vías, aunque las circunstancias que se aprecien puedan variar entre una y otra. Y es que, de admitir lo planteado por el TS se llegaría a un sistema en el que existieran dos controles distintos para las acciones individuales y las colectivas, lo que no resulta admisible<sup>7</sup>.

Si bien es cierto que el TS considera que no se puede negar que se pueda realizar un control de transparencia a través de una acción colectiva, entiende que la posibilidad es reducida y que se debe limitar a “prácticas estandarizadas de comercialización muy claras que, por sí mismas, pongan en evidencia la falta de transparencia y dejen poco margen a concluir que se hayan podido incumplir las exigencias de información previa”. Resulta curioso, por tanto, que alegue esta dificultad de apreciación de la falta de transparencia para una cláusula suelo incluida en contratos de préstamo hipotecario, ya que, con anterioridad, el propio TS reconoce que ha admitido la posibilidad de realizar el control de transparencia para las cláusulas suelo mediante acciones colectivas en las sentencias 241/2013 de 9 de mayo y 138/2015, de 24 de marzo. Asimismo, en el ATS de 6 de noviembre de 2013, en el que resuelve un incidente de nulidad planteado frente a la STS 241/2013 alegando que la transparencia solo se podía analizar caso por caso, el tribunal considera en la necesidad de realizar el control abstracto teniendo en cuenta la figura del consumidor medio, ya que negar esta posibilidad de control abstracto supondría obligar a cada consumidor a litigar para conseguir la nulidad de la cláusula no transparente<sup>8</sup>.

Y es que, teniendo esto en cuenta, además de las múltiples sentencias en las que las cláusulas suelo se han declarado abusivas por falta de transparencia<sup>9</sup> en las que la interpretación del TS ha sido cercana a la consideración de la abusividad directa<sup>10</sup>, resulta difícil sostener que en el caso de autos se considere que existe una gran complejidad para determinar si las cláusulas suelo en controversia son transparentes o no. Así, puede parecer que es la gran cantidad de entidades financieras, así como de posibles contratos que podrían verse afectados lo que motiva al TS a plantearse la dificultad de aplicar este control a través de las acciones colectivas. Sin embargo, tal como se sostiene en la STJUE de 4 de julio de 2024, Caixabank, C-450/22 “la complejidad de un asunto no puede menoscabar la efectividad de los derechos subjetivos reconocidos por la Directiva 93/13 a los consumidores, la cual no puede ser cuestionada por las dificultades de índole organizativo planteadas por un asunto” (FJ 43).

## VI. CONCLUSIONES

- I. El estudio sobre el control de transparencia en el Derecho del consumo revela una evolución constante en la interpretación y aplicación de las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores. En este contexto de desarrollo normativo se ha debatido la aplicabilidad del control de transparencia en acciones colectivas. Así se plantea mediante la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español en el ATS de 29 de junio de 2022 y resuelta por el TJUE en la STJUE de 4 de julio de 2024, Caixabank, C-450/22.

- II. El Tribunal Supremo, en su cuestión prejudicial, ha mostrado sus dudas respecto de la aplicabilidad del control de transparencia a las cláusulas suelo a través de las acciones colectivas. De este modo, ha planteado que para poder llevar a cabo el control de transparencia es necesario tener en cuenta las circunstancias concretas de cada una de las relaciones contractuales mantenidas entre las entidades bancarias y los consumidores y, en especial, la información precontractual que se les ha ofrecido individualmente. De este modo, al no poder evaluar dichas circunstancias a través de una acción colectiva, que exige un punto de vista abstracto, considera que será difícil poder llevar a cabo el control de transparencia mediante este mecanismo.
- III. Este planteamiento del Alto Tribunal se acerca a una concepción subjetiva del control de transparencia, en la que se tiene en cuenta las circunstancias personales de cada consumidor para evaluar si ha consentido a las cláusulas predisuestas o no. Así, se puede ver cierto acercamiento entre los controles de transparencia y de vicios del consentimiento que debería evitarse, pues deben ser dos controles diferenciados.
- IV. De este modo, el TJUE reitera que el control de transparencia debe mantenerse en un ámbito objetivo, basado en el criterio del consumidor medio, para asegurar una evaluación uniforme y justa de las cláusulas contractuales. Asimismo, si se considerara que para las acciones individuales debe realizarse un control subjetivo, mientras que para las acciones colectivas debe realizarse un control objetivo, se estaría creando un doble control de las cláusulas predisuestas que debe de ser admisible.
- V. El TJUE considera que es posible tener en cuenta la información precontractual dentro de las acciones colectivas, aunque el control sea abstracto, puesto que se pueden tener en cuenta las prácticas estandarizadas de los profesionales, incluyendo la información precontractual.

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJCE de 9 de septiembre de 2004, Comisión Europea contra España, C-70/03
- STS 241/2013, de 9 de mayo
- STS 138/2015, de 24 de marzo
- STJUE de 23 de abril de 2015, Van Hove, C-94/14
- STJUE de 14 de abril de 2016, Sales Sinués, C-381/14
- STS 367/2017 de 8 de junio
- STJUE de 28 de septiembre de 2017, Andriciuc, C-186/16
- SAP Madrid de 12 de noviembre de 2018
- STS 528/2019 de 9 de octubre
- STS 605/2019, de 19 de noviembre
- STS 9/2020 de 8 de enero
- STS 408/2020, de 7 de julio
- STS 560/2020, de 26 de octubre



- STS 564/2020, de 27 de octubre
- STS 595/2020 de 12 noviembre
- STS 666/2020, de 11 de diciembre
- STS 161/2021, de 23 de marzo
- STS 166/2021, de 23 de marzo
- STS 487/2022, de 6 de junio
- ATS de 29 de junio de 2022
- STJUE de 4 de julio de 2024, Caixabank, C-450/22

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- CÁMARA LAPUENTE, S. (2017). Las (seis) SSTS posteriores a la STJUE 21 diciembre 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: hacia la transparencia subjetiva. (Comentario a las SSTS de 24 febrero 2017, 9 marzo 2017, 20 abril 2017 y 25 mayo 2017. *Boletín del Colegio de Registradores* [En línea], núm. 42, disponible en [https://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/2017\\_Camara\\_Comentario\\_SSTS\\_2017\\_transparencia\\_post\\_STJUE\\_21\\_12\\_2016.pdf](https://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/2017_Camara_Comentario_SSTS_2017_transparencia_post_STJUE_21_12_2016.pdf).
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2018). Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas. *Contratos y protección jurídica del consumidor*. Santiago de Chile: Olejnik.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2021). Hacia el carácter abusivo directo de las cláusulas no transparentes. *Revista jurídica sobre consumidores y usuarios*, núm. especial marzo 2021.
- FENOY PICON, N. (2018). El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Anuario de Derecho civil*, vol. 71, núm. 3.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2013). Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27.
- MORA ASTABURUAGA, A. (2021). El acercamiento entre el error vicio del consentimiento y el control de transparencia en busca de la nulidad parcial. Comentario a la STS 666/2020, de 11 de diciembre. *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, núm. 116.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (2023). *Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores*. Granada: Comares
- RUIZ ARRANZ, A. (2023). Sobre el control de transparencia de las cláusulas pre-dispuestas. *Almacén de Derecho* [En línea], disponible en <https://almacenderecho.org/sobre-el-control-de-transparencia-de-la-clausulas-predispuestas>.
- SANDE MAYO, M.J. (2017). El ejercicio de la acción de cesación frente a las condiciones generales de la contratación. *Anuario da facultade de Dereito de Universidade da Coruña*, vol. 21.

NOTAS

<sup>1</sup> En este sentido, por todas, STJUE de 23 de abril de 2015, Van Hove, C-94/14.

<sup>2</sup> Algunos elementos controvertidos de este régimen jurídico son, entre otros: (1) el ámbito de aplicación del control de transparencia material, respecto a lo que hay sectores doctrinales que sostienen que el control de transparencia debe recaer únicamente sobre los elementos esenciales del contrato (PANTALEÓN PRIETO, F. (2023). Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores. Granada: Comares), que consideran que el objeto de aplicación deben ser las cláusulas accesorias que afecten directamente a los elementos esenciales del contrato (RUIZ ARRANZ, A. (2023). Sobre el control de transparencia de las cláusulas predispuestas. Almacén de Derecho [En línea], disponible en <https://almacendederecho.org/sobre-el-control-de-transparencia-de-la-clausulas-predispuestas>), o quienes consideran que se debe aplicar a todo tipo de cláusulas no negociadas (CÁMARA LAPUENTE, S. (2017). Las (seis) SSTS posteriores a la STJUE 21 diciembre 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: hacia la transparencia subjetiva. (Comentario a las SSTS de 24 febrero 2017, 9 marzo 2017, 20 abril 2017 y 25 mayo 2017. Boletín del Colegio de Registradores [En línea], núm. 42, disponible en [https://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/2017\\_Camara\\_Comentario\\_SSTS\\_2017\\_transparencia\\_post\\_STJUE\\_21\\_12\\_2016.pdf](https://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/2017_Camara_Comentario_SSTS_2017_transparencia_post_STJUE_21_12_2016.pdf)); o (2) los efectos de la falta de transparencia material, pues hay quienes sostienen que debería ser la no incorporación de la cláusula no transparente al contrato, quienes sostienen que debería haber una abusividad directa, los que argumentan que la abusividad debería ser ponderada, quienes consideran que debería realizarse un control de consentimiento o los que entienden que debería considerarse cláusulas sorprendentes (hacen un análisis de las distintas posiciones CÁMARA LAPUENTE, S. (2018). Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas. Contratos y protección jurídica del consumidor. Santiago de Chile: Olejnik; y FENOY PICON, N. (2018). El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Anuario de Derecho civil, vol. 71, núm. 3 (pp. 889-923)).

<sup>3</sup> En este sentido, el TS cita las siguientes sentencias: SSTJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vetrieb, C-92/11, de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, de 23 de abril de 2015, Van Hove, C-96/14, de 21 de diciembre de 2015, Gutiérrez Naranjo, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, y 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco, C-452/18.

<sup>4</sup> En este sentido, véanse: RUIZ ARRANZ, A. (2023); CÁMARA LAPUENTE, S. (2017); CÁMARA LAPUENTE, S. (2021). Hacia el carácter abusivo directo de las cláusulas no transparentes. Revista jurídica sobre consumidores y usuarios, núm. especial marzo 2021; MORA ASTABURUAGA, A. (2021). El acercamiento entre el error vicio del consentimiento y el control de transparencia en busca de la nulidad parcial. Comentario a la STS 666/2020, de 11 de diciembre. Cuadernos civitas de jurisprudencia civil, núm. 116.

<sup>5</sup> Otros ejemplos de esto se pueden apreciar en las SSTS 560/2020, de 26 de octubre; 564/2020, de 27 de octubre; 666/2020, de 11 de diciembre; 161/2021, de 23 de marzo; 166/2021, de 23 de marzo.

<sup>6</sup> Cita de STS 408/2020, de 7 de julio extraída del ATS de 29 de junio de 2022

<sup>7</sup> CÁMARA LAPUENTE, S. (2017); MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2013). Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, núm. 27 (pp.223-252).

<sup>8</sup> SANDE MAYO, M.J. (2017). El ejercicio de la acción de cesación frente a las condiciones generales de la contratación. Anuario da facultade de Dereito de Universidade da Coruña, vol. 21 (p. 325).

<sup>9</sup> A modo de ejemplo, véanse las: SSTS 367/2017 de 8 de junio; 528/2019 de 9 de octubre, 9/2020 de 8 de enero, 595/2020 de 12 noviembre.

<sup>10</sup> CÁMARA LAPUENTE, S. (2021) (p. 35).

## 1.6. Responsabilidad Civil

# Grabaciones de imagen, videovigilancia y límites derivados de los derechos a la intimidad y protección de datos de carácter personal

## *Recording, video surveillance and privacy and data protection restrictions*

por

LUCÍA COSTAS RODAL

*Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad Rey Juan Carlos*

**RESUMEN:** El derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE reconoce el derecho de la persona a estar solo, a tener pleno control sobre la información o las imágenes de uno mismo, permitiendo rechazar el conocimiento por parte de los demás, por cualquier medio, de la esfera privada. Entre las conductas susceptibles de invadir esa esfera privada, ocupa un lugar destacado la grabación de imágenes, especialmente a través de sistemas de videovigilancia, en cuyo caso estaría principalmente afectado el derecho a la protección de datos de carácter personal de la persona grabada. Es objeto del presente trabajo estudiar los límites a las grabaciones de imagen y videovigilancia derivados de los derechos a la intimidad y protección de datos y los supuestos en los que son admisibles.

**ABSTRACT:** *The right to privacy in Article 18.1 CE recognizes the right to be left alone, to have full control of information about or images of oneself. Among the conducts that may invade this private sphere, the recording of images, especially through video surveillance systems, occupies a prominent place. In this case, the right to the protection of personal data of the person being recorded is mainly affected. This essay is devoted to study the limits to image and video surveillance recordings derived from the right to privacy and data protection and the cases in which they are admissible.*

**PALABRAS CLAVES:** Responsabilidad civil. Derecho a la intimidad. Derecho a la propia imagen. Datos personales. Derechos de la personalidad. Videovigilancia. Daño moral.

**KEYWORDS:** *Civil liability. Right to privacy. Right of personal image. Data protection. Personality rights. Video surveillance. Non-material damage.*

**SUMARIO:** I. LAS GRABACIONES DE IMAGEN COMO MEDIO DE VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES.—II. EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO LÍMITE DE LAS GRABACIONES DE IMAGEN. 1. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD FRENTE A GRABACIONES DE IMAGEN. 2. EL ÁMBITO PROTEGIDO POR EL DERECHO A LA INTIMIDAD.—III. GRABACIONES DE IMAGEN. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD.—IV. LICITUD DE LAS GRABACIONES DE IMAGEN EN VIRTUD DE DERECHOS AMPARADOS CONSTITUCIONALMENTE. 1. GRABACIÓN DE IMÁGENES Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN. 2. GRABACIÓN DE IMÁGENES EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO Y LÍMITES DERIVADOS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL INVESTIGADO. 3. GRABACIÓN DE IMÁGENES EN UN GARAJE COMUNITARIO Y DERECHO A LA INTIMIDAD.—V. GRABACIÓN DE IMÁGENES, VIDEOVIGILANCIA Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. 1. AUTONOMÍA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. 2. LA IMAGEN COMO DATO DE CARÁCTER PERSONAL. 3. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL COMO LÍMITE DE LA VIDEOVIGILANCIA POR RAZONES DE SEGURIDAD DE LAS PERSONAS, LOS BIENES Y LAS INSTALACIONES. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. LAS GRABACIONES DE IMAGEN COMO MEDIO DE VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

La preocupación por las grabaciones de imagen ya era manifestada por 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<sup>1</sup>, en un momento temporal en el que no existía ni era imaginable el desarrollo tecnológico con el que contamos hoy en día.

Por un lado, desde el punto de vista de los medios tan avanzados que existen para grabar y reproducir la imagen<sup>2</sup>, como las cámaras miniaturizadas que permiten la captación subrepticia de imágenes; la posibilidad de grabar o fotografiar en la oscuridad; el acoplamiento de potentes lentes a cámaras fotográficas o videocámaras que permiten tomar fotografías o grabar vídeos desde largas distancias, por lo que podemos estar siendo grabados aunque estemos solos<sup>3</sup>.

Por otro lado, téngase en cuenta las posibilidades que existen en la actualidad para compartir y difundir las imágenes previamente grabadas, que pueden llegar en un *clíc* y ser visualizadas por millones de personas al otro lado del planeta.

La utilización de la técnica de la grabación no queda reducida como antaño a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para la investigación y prueba de hechos ilícitos, o a su utilización por profesionales de la investigación privada<sup>4</sup>.

Pensemos en lo fácil que nos resulta en la actualidad a cualquiera de nosotros grabar imágenes durante nuestra vida cotidiana. Todos tenemos a nuestra disposición un instrumento de grabación que es nuestro teléfono móvil que nos acompaña a todas partes. Pensemos también en los cada vez más habituales ins-

trumentos de videovigilancia que graban imágenes por razones de seguridad de manera ininterrumpida en centros comerciales y en la vía pública, a menudo sin que seamos conscientes de que estamos siendo grabados (como advierte la STC n° 12/2012, de 30 de enero<sup>5</sup>).

Teniendo en cuenta todos esos factores se puede entender que, con mucha frecuencia, el origen de las invasiones en el derecho constitucional a la intimidad se encuentra en la grabación y posterior reproducción del comportamiento de la persona, por lo que la necesidad de protección de la persona frente a vulneraciones de sus derechos va en aumento a medida que crecen exponencialmente las posibilidades de filmación y reproducción de la imagen, como ya lo había advertido la STC n° 176/2013, de 21 de octubre<sup>6</sup> o incluso antes la STC 119/2001, de 24 de mayo<sup>7</sup>.

Así las cosas, es más importante que nunca delimitar la licitud de esas grabaciones de imagen, sobre todo si se tiene en cuenta que pueden colisionar fácilmente con varios derechos constitucionales, como el derecho a la intimidad y a la propia imagen de la persona grabada (artículo 18.1 CE) sin olvidar otro derecho que puede quedar comprometido que es el derecho a la protección de datos personales que deriva del artículo 18.4 CE, especialmente en el caso de la videovigilancia, supuesto de grabación en donde se encuentra hoy en día muy a menudo el origen del conflicto de las grabaciones de imagen con el derecho a la protección de datos de carácter personal.

Precisamente sobre la grabación de imágenes y la posible intromisión ilegítima en derechos constitucionales de la persona grabada tenemos dos importantes pronunciamientos, el primero de ellos del Tribunal Constitucional en la reciente STC (Sala Segunda) 92/2023, de 11 de septiembre<sup>8</sup>, con ocasión de la grabación de imágenes por las Fuerzas y Cuerpos de seguridad en un garaje privado para utilizarlas como prueba en un proceso penal, y el otro, del Tribunal Supremo en STS 1652/2023, de 27 de noviembre<sup>9</sup>, en un caso de grabación de imágenes mediante un sistema de videovigilancia de titularidad privada en el interior de un establecimiento comercial, con una gran repercusión posterior por la filtración a la prensa de la grabación y la amplia difusión pública de las imágenes dado que la persona grabada era una persona pública que había sido grabada realizando un comportamiento ilícito.

Es objeto de las páginas que siguen analizar la materialización de la invasión en la vida privada de la persona mediante la técnica de la grabación sobre todo si se tiene en cuenta que el derecho a la intimidad no es un derecho de carácter absoluto y que las grabaciones de imagen pueden, a su vez, verse amparadas por otros derechos acogidos constitucionalmente.

El derecho a la intimidad podría ceder cuando entra en conflicto con otro bien jurídico, de mayor relevancia constitucional, cuya protección pudiera imponerse con sacrificio del derecho a la intimidad. Qué derecho debe ser sacrificado es cuestión a valorar caso por caso, atendiendo a sus propias circunstancias, en una labor de ponderación constitucional. En efecto, la medida invasora para ser legítima y prevalecer sobre el derecho a la intimidad, debe reunir los caracteres de necesidad, idoneidad y proporcionalidad (entre otras, SSTC n° 57/1994, de 28 de febrero; n° 115/2013, de 9 de mayo<sup>10</sup>).

Asimismo, un conflicto tradicional es, en el caso de la videovigilancia, el que se produce entre el derecho a la protección de datos y el derecho a la prueba y derecho a la seguridad.

Para abordar el presente estudio, será necesario, en primer lugar, comenzar con el análisis del contenido del derecho a la intimidad como objeto de protección frente a la técnica de la grabación.

## II. EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO LÍMITE DE LAS GRABACIONES DE IMAGEN

### 1. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD FRENTE A GRABACIONES DE IMAGEN

El derecho a la intimidad de la persona es un fuerte límite en cuanto a la legitimidad de las grabaciones de imagen. La Constitución reconoce en su artículo 18.1 el derecho a la intimidad personal y familiar junto con el derecho al honor y a la propia imagen, todos ellos pertenecientes al grupo de derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I CE, que merecen la más elevada protección constitucional frente a poderes públicos y particulares.

No existe en la Constitución una definición del derecho a la intimidad, más allá de que abarca lo que es personal y familiar. Ni siquiera podemos encontrar en la Ley Orgánica 1/1982, que desarrolla en el ámbito civil el artículo 18.1 CE, esa definición<sup>11</sup>.

Según el artículo 2.1 LO 1/1982 podrá encontrarse la delimitación del derecho a la intimidad en las leyes<sup>12</sup>, los usos sociales que varían en función de las épocas (piénsese en las redes sociales en las que se expone la vida privada<sup>13</sup>)<sup>14</sup>, y en las propias pautas de conducta de los sujetos protegidos atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia (un criterio a valorar puede ser hoy en día el uso que haga de las redes sociales la persona que reclama por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, como ha señalado la STS 907/2024, de 24 de junio)<sup>15</sup>.

Teniendo en cuenta esos amplios parámetros, queda en manos de los jueces la delimitación de la esfera de protección del derecho a la intimidad<sup>16</sup>.

No hay intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de una persona cuando media su consentimiento pues corresponde a cada persona delimitar el ámbito de intimidad personal y familiar que desea mantener reservado del conocimiento ajeno (artículo 2.2 LO 1/1982) siendo ese consentimiento revocable en cualquier momento (artículo 2.3 LO 1/1982).

Tampoco hay intromisión ilegítima cuando la grabación está expresamente autorizada por la Ley. Así lo hace el artículo 588 quinquies a. LECr relativo a la captación por cualquier medio técnico, por la Policía Judicial, de imágenes de la persona investigada en lugares o espacios públicos<sup>17</sup>, para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos.

Otro caso de autorización por Ley puede encontrarse en la LO 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención,

detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, cuyo artículo 15.1 establece expresamente que <<[*La captación, reproducción y tratamiento de datos personales por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en los términos previstos en esta Ley Orgánica, así como las actividades preparatorias, no se considerarán intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, a los efectos de lo establecido en el artículo 2.2 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*]>>.

La LO 7/2021, de 26 de mayo, es la norma de transposición de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos (a la que se remite el artículo 22. 6 de la LOPD/2018)<sup>18</sup>.

Además, por aplicación del artículo 8.1 LO 1/1982, hay que descartar la ilegitimidad de la intromisión cuando la grabación se corresponde con una actuación acordada por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley<sup>19</sup>, o cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

El artículo 7 de la LO 1/1982 recoge una enumeración de conductas que constituyen intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad personal. Esas conductas son, según ha señalado el TS <<los *acaecimientos más frecuentes o significativos y ejemplificadores de agresiones ilegítimas a la intimidad*>>, pero no constituye ni mucho menos un listado cerrado, por lo que la protección civil del derecho a la intimidad puede extenderse a supuestos distintos de los enumerados en el artículo 7 LO 1/1982 (STS 14 de febrero de 2011<sup>20</sup>)<sup>21</sup>.

El artículo 7 LO 1/1982, distingue entre las intromisiones ilegítimas, las que se refieren a la intimidad (apartados 1, 2, 3, 4 y 5), al honor (apartados 3 y 7), y a la propia imagen (apartados 1 y 5), aunque es cierto que las intromisiones ilegítimas de los apartados 1 y 5 pueden afectar tanto a la intimidad como a la propia imagen, y los apartados 3 y 7, tanto al honor como a la intimidad.

La preocupación del legislador por la grabación de imágenes cristaliza en el citado artículo 7 LO 1/1982, en varios de sus apartados por la fuerte invasión que pueden suponer en el derecho a la intimidad de la persona grabada<sup>22</sup>. La imagen grabada identifica a la persona de manera inequívoca y permite distinguirla de las demás en la medida en que reproduce fielmente sus rasgos físicos, haciendo posible su identificación por terceros. Además, cuando la persona es grabada realizando determinados hechos, en función de cuál sea el contexto y el contenido de la grabación, tiene sentido pensar que el derecho a la intimidad puede ser invadido cuando se utilizan medios que permiten la grabación y reproducción de la imagen.

Según el artículo 7.1 LO 1/1982 merece la consideración de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar de la persona *el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas*. A lo que hay que añadir *la utilización de dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas, así como su grabación, registro o reproducción* (artículo 7.2 LO 1/1982).

Por su parte, el artículo 7.5 LO 1/1982 se refiere a *la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos*, como caso que puede generar una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen y de la intimidad, según los supuestos, dejando fuera de la ilegitimidad de la intromisión en el derecho a la imagen los casos previstos expresamente en el artículo 8.2 LO 1/1982.

La videovigilancia no aparece contemplada en la LO 1/1982, pero no cabe duda de que en nuestros días es el origen de buena parte de los conflictos que se generan por la posible colisión con el derecho a la intimidad de la persona grabada debido al importante crecimiento de la instalación de sistemas de vigilancia que se basan en la captación de imágenes por razones de seguridad en domicilios privados (por ejemplo, invasión del derecho a la intimidad personal y familiar por la grabación de las entradas y salidas del propio domicilio por las cámaras de seguridad de la vivienda colindante, vid. STS nº 799/2010, de 10 de diciembre).

También son habituales esos sistemas en establecimientos comerciales abiertos al público o con ocasión del control de la actividad laboral de los trabajadores o por las Fuerzas y Cuerpos de seguridad en el ámbito de la investigación y persecución del delito, según se ha señalado.

## 2. EL ÁMBITO PROTEGIDO POR EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Ya se ha dicho que no existe una definición del derecho a la intimidad ni en el artículo 18.1 CE ni en la norma que desarrolla ese precepto. Ahora bien, sí se puede encontrar delimitado el objeto de su protección en los numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo y, especialmente, del Tribunal Constitucional a través de la resolución de los correspondientes recursos de amparo. En el origen de esas sentencias se encuentra habitualmente la confrontación entre derechos constitucionales.

En todos esos pronunciamientos subyace la idea de que se trata de un ámbito propio de la persona, que abarca cuerpo y espíritu, preservado de la acción y conocimiento de los demás, en cuya virtud cabe imponer a terceros, públicos o particulares, el deber de abstención de intromisiones y la prohibición de hacer uso de lo así conocido<sup>23</sup>.

Se trata de un derecho de la persona que permite rechazar el conocimiento por parte de los demás, por cualquier medio, de la esfera privada, manteniendo resguardado de la acción y del conocimiento de los demás un ámbito personal y privado y hay una variedad de conductas susceptibles de invadir esa esfera.

Un criterio para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de vida privada amparadas frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno.

Esa expectativa de intimidad existe cuando se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean claramente no pueden ser objeto de registro o de información pública. A menudo, las imágenes hablan por sí solas. Hay una expectativa razonable de intimidad cuando es obvio que la información es priva-



da. Por ejemplo, pensemos en el caso de una modelo que es grabada durante una fiesta privada consumiendo drogas (Caso Campbell)<sup>24</sup>.

La vida privada de la persona engloba los aspectos de la vida de la persona, que, sin necesidad de ser secretos ni de carácter íntimo, deben estar resguardados de la curiosidad ajena. Aunque sean aspectos de la vida de la persona que pueden ser conocidos por otros, no implica que puedan ser propagados indiscriminadamente pues se encuentran amparados por el derecho a la intimidad<sup>25</sup>.

Dentro de la esfera cubierta por el derecho a la intimidad, hay una parte que resulta especialmente protegida, como un núcleo duro, especialmente protegido, dentro del derecho a la intimidad como la filiación<sup>26</sup>, el propio cuerpo, la sexualidad<sup>27</sup>, las creencias religiosas, la información relativa a la salud física y psíquica de las personas<sup>28</sup>.

En virtud del derecho a la intimidad hay, pues, un ámbito de la persona que debe quedar resguardado de las intromisiones ajenas arbitrarias, por lo que la persona tiene la facultad exclusiva de difundir o dar a conocer a los demás, información sobre ese ámbito. Se considera intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la persona cuando los terceros invaden ese ámbito sin mediar causa de exclusión, como el consentimiento del afectado (artículo 2.2 LO 1/1982) o una previsión legal, según ya se ha señalado. O que la intromisión tenga justificación constitucional, que sea proporcionada, como puede ser la contradicción con otro derecho constitucional en conflicto, en cuyo caso corresponderá al juez realizar la labor de ponderación entre los derechos constitucionales afectados, siempre bajo el criterio de que la intromisión en el derecho a la intimidad debe reunir los caracteres de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional viene definiendo el significado de la protección constitucional que merece el derecho a la intimidad desde una doble perspectiva. Desde el punto de vista del titular, es un derecho que permite a la persona mantener resguardado para sí y su familia un ámbito propio y personal. Desde el punto de vista de los terceros, el derecho a la intimidad genera una obligación de abstenerse de conductas que supongan una intromisión en la esfera íntima de la persona, con la consiguiente prohibición de dar a lo así conocido una publicidad no querida.

A menudo se conecta la protección de la intimidad con la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana y que deriva de la dignidad de la persona (SSTC nº 176/2013, de 21 de octubre<sup>29</sup>; nº 231/1988, de 2 de diciembre<sup>30</sup>, nº 134/1999, de 15 de julio<sup>31</sup>, nº 70/2002, de 3 de abril<sup>32</sup>, nº 60/2010, de 7 de octubre<sup>33</sup>, nº 12/2012, de 30 de enero<sup>34</sup>, nº 17/2013, de 31 de enero<sup>35</sup>; nº 190/2013, de 18 de noviembre<sup>36</sup>).

Como señala la STC (Sala Segunda) nº 92/2023, de 11 de septiembre, el derecho a la intimidad atribuye a su titular

*<<la facultad de reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, de una publicidad no querida, y, en consecuencia, el poder jurídico de imponer a terceros, sean particulares o poderes públicos, el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, a fin de asegurar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajena las injerencias externas. De forma que lo que el artículo 18.1 CE garantiza es un derecho al secreto,*

*a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio*<sup>37</sup>>>.

En ese sentido, la STC (Pleno) n.º 199/2013, de 5 de diciembre<sup>38</sup> señala que <<la intimidad personal es un bien que tiene la condición de derecho fundamental (artículo 18.1 de la Constitución) y sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental>>, resaltando que el derecho a la intimidad deriva de la dignidad humana del artículo 10.1 CE.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también incide en esos aspectos a la hora de delimitar el significado de la protección que dispensa el derecho constitucional a la intimidad personal y familiar.

Como señala la STS 907/2024, de 24 de junio <<el derecho a la intimidad personal y familiar garantiza a la persona un ámbito reservado de su vida personal y familiar, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o particulares. Este derecho atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, tanto personal como familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y frente a la publicidad no consentida>>.

En el mismo sentido, la STS de 15 de junio de 2011<sup>39</sup> en un caso de grabación y posterior reproducción en televisión de un reportaje obtenido con cámara oculta sobre un certamen de belleza, destaca que, en virtud del reconocimiento constitucional del derecho a la intimidad, no son admisibles <<las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos>><sup>40</sup>.

El derecho a la intimidad es, pues, un derecho oponible frente a todos, poderes públicos y particulares que abarca diferentes vertientes de la personalidad (entre las cuales se encuentran, además de las citadas, los datos personales, el secreto profesional o el secreto doméstico). Hay importantes derechos constitucionales que derivan del derecho a la intimidad, como la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE)<sup>41</sup>, en la medida en que constituye el ámbito espacial en donde se desarrolla la parte más importante de la vida íntima de la persona por lo que debe quedar protegido de cualquier intromisión externa<sup>42</sup>, salvo autorización judicial<sup>43</sup>, como se establece en el artículo 15 LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana<sup>44</sup>.

La protección del domicilio frente a cualquier injerencia externa abarca no solo la prohibición de entrada y registros no consentidos (artículo 545 LECr) sino también la prohibición de captación de imágenes a través de cualesquiera medios técnicos salvo autorización judicial o consentimiento del interesado (artículo 588 quarter a apartado 1 LECr), prohibición que es extrapolable al caso de captación de imágenes del interior del domicilio desde emplazamientos alejados<sup>45</sup>.

Como reflejo de la protección que merece la inviolabilidad del domicilio frente a las grabaciones de imagen, ya el artículo 6.5 de la LO 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad ciudadana en lugares públicos<sup>46</sup> estableció que <<no se podrán utilizar

*videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial>>.*

Téngase en cuenta que, hoy en día, el tratamiento de datos personales en el ámbito de la videovigilancia por las fuerzas y cuerpos de seguridad está regulado en los artículos 15 a 19 LO 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, por lo que, en caso de contradicción, su regulación prevalece sobre la LO 4/1997, de 4 de agosto (vid. disposición derogatoria única LO 7/2021, de 26 de mayo)<sup>47</sup>.

En el mismo sentido, el artículo 42.2 de la Ley 5/2014, de 4 de abril de seguridad privada, relativo a la utilización de cámaras o videocámaras con fines de seguridad privada, exige el consentimiento del titular para su utilización en el interior de un domicilio.

### III. GRABACIONES DE IMAGEN. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD

El artículo 18.1 CE reconoce explícitamente el derecho a la propia imagen. Aunque no existe en el precepto constitucional una definición de imagen, suele definirse la imagen como la reproducción gráfica de la figura humana, visible y reconocible, mediante cualesquiera procedimientos, como grabación fotografía, dibujo, pintura,...<sup>48</sup>.

La imagen es el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como sujeto individual (STC n.º 176/2013, de 21 de octubre).

Pese a sus conexiones y pese a derivar ambos de la dignidad humana del artículo 10.1 CE el derecho a la propia imagen es un derecho autónomo con respecto al derecho a la intimidad (STC (Sala Segunda) 92/2023, de 11 de septiembre)<sup>49</sup>, pues, aunque el derecho a la propia imagen salvaguarda un ámbito propio y reservado de la persona, no se trata de un ámbito íntimo (STC 72/2007, de 16 de abril<sup>50</sup>). El artículo 7.5 y 6 LO 1/1982, contempla supuestos de intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen que no invaden el ámbito de protección del derecho a la intimidad.

El artículo 8 LO 1/1982 recoge determinados supuestos de intromisiones *legítimas* en el derecho a la propia imagen, destacando entre ellas el caso de la accesoriadad de la imagen del art. 8.2.c) LO 1/1982 para ilustrar gráficamente una noticia de interés general. La sentencia de la Audiencia Provincial de Orense 198/2024, de 15 de marzo, considera que un periódico debe indemnizar 2.500 euros por daño moral a una mujer por publicar sin su consentimiento una fotografía ilustrando la noticia de la reapertura de las terrazas tras el confinamiento al no cumplirse el requisito de la accesoriadad de la imagen<sup>51</sup>.

Como señala la STS 907/2024, de 24 de junio, el derecho a la propia imagen <<es un derecho de la personalidad, reconocido como derecho fundamental en el artículo 18.1 de la Constitución, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y le permite

determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener dimensión pública. En su faceta negativa o excluyente, otorga la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero sin el consentimiento expreso del titular; sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta»<sup>52</sup>.

Asimismo, según la STC (Sala Segunda) 92/2023, de 11 de septiembre, el ámbito de protección del derecho a la propia imagen comprende <<la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde y, por lo tanto, abarca la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental, muy destacadamente frente a la utilización de la imagen con fines lucrativos>> con cita de la STC 23/2010, de 27 de abril, y STC 12/2012.

Dada la autonomía del derecho a la imagen, puede haber intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la persona sin que haya lugar a invasión alguna de su derecho a la intimidad porque la imagen captada no conlleva una intromisión en el ámbito protegido por el derecho a la intimidad (imaginemos que se utiliza el rostro de un famoso deportista con fines publicitarios)<sup>53</sup>.

Pero también puede ocurrir que se admita que la grabación de la imagen de la persona constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad pero no reúne los requisitos para una invasión en el derecho a la propia imagen como en el caso de la STC (Sala Segunda) 92/2023, de 11 de septiembre. A su vez, puede darse el caso de que la grabación de la imagen lesione ambos derechos constitucionales, como si la imagen captada de la persona se utiliza con fines lucrativos y, además, revela algún aspecto relativo a su intimidad personal y familiar.

#### IV. LICITUD DE LAS GRABACIONES DE IMAGEN EN VIRTUD DE DERECHOS AMPARADOS CONSTITUCIONALMENTE

La intromisión en el derecho a la intimidad mediante las grabaciones de imagen puede resultar legítima si responde a un fin constitucionalmente legítimo. Siendo el derecho a la intimidad un derecho fundamental, sus límites deben encontrar una fuerte justificación constitucional, como la colisión con los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, según ya se ha señalado.

Las grabaciones de imagen pueden resultar lícitas si se encuentran amparadas por otros derechos constitucionales, como es el caso de la libertad de información del artículo 20.1.d) CE o el derecho a la prueba en el proceso conforme al artículo 24.2 CE, destacando en el presente trabajo el interés por esta última colisión habida cuenta de un reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

##### 1. GRABACIÓN DE IMÁGENES Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Cuando la invasión del derecho a la intimidad proviene de la grabación de imágenes, no es una novedad el conflicto con la libertad de información ejercida por los profesionales de la información con arreglo al artículo 20.1.d) CE.

Con base en esa colisión puede desvanecerse la ilegitimidad de la intromisión en el derecho a la intimidad siempre que prevalezca la libertad de información tras el correspondiente juicio de ponderación constitucional, en cuyo caso uno de los tradicionales criterios de ponderación es el relativo a la relevancia pública o interés general de la información o si la información se refiere a personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública.

En definitiva, se trata de que el interés público de la información legitime la intromisión en el ámbito que normalmente la persona puede legítimamente mantener apartado del conocimiento de los demás, pues se considera prevalente el interés público de la noticia con respecto al derecho de la persona en evitar la intromisión en su ámbito de privacidad (STS 909/2024, de 24 de junio).

La preeminencia de la libertad de información constituye una de las principales causas de justificación de la intromisión en el derecho a la intimidad con fundamento constitucional (STC 15 de julio de 1999)<sup>54</sup>.

Cierto que la prevalencia de la libertad de información no puede ser reconocida en términos absolutos<sup>55</sup>. Ahora bien, también es cierto que tanto el Tribunal Constitucional<sup>56</sup> como el Tribunal Supremo<sup>57</sup> han afirmado en numerosas ocasiones que en un Estado de Derecho debe ocupar una posición prevalente, al servicio de la formación de una opinión pública libre, el ejercicio de las libertades de expresión y de información por los profesionales a través del vehículo institucionalizado de la opinión pública que es la prensa.

En cualquier caso, el posible conflicto entre la grabación de imágenes en ejercicio de la libertad de información y el derecho a la intimidad personal y familiar debe ser resuelto en cada caso a través de la correspondiente labor de ponderación constitucional para hacer prevalecer a uno de los derechos enfrentados. Un criterio al que se suele acudir es la intensidad y magnitud de la intromisión que se produce en cada uno de los derechos fundamentales en conflicto<sup>58</sup>.

Un caso particular es el de la reciente STS 1652/2023, de 27 de noviembre, en el que se denuncia la posible intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la persona grabada y correspondiente responsabilidad civil por daño moral a causa de la difusión de las imágenes a través de los medios de comunicación. Dadas las connotaciones específicas del caso se comentará en otro apartado del presente trabajo, porque la demanda no se dirige contra el medio de comunicación que publicó las imágenes sino que, quien resulta demandado, es el titular del establecimiento en donde fueron grabadas las imágenes (posteriormente difundidas por los medios de comunicación) a través de un sistema de videovigilancia, por incumplimiento de la regulación en materia de protección de datos.

Si el medio de comunicación hubiera sido el demandado por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad por la difusión de las imágenes, nos encontraríamos ante el típico caso de colisión entre el derecho a la intimidad de la persona grabada y la libertad de información del artículo 20.1 d) CE, hipótesis que hubiera tenido que ser resuelta con arreglo a los criterios antes mencionados de si la noticia se refiere a un cargo público o profesión de notoriedad y/o si es una noticia de interés público.

Atendiendo a esos criterios, difícilmente hubiera podido haber prosperado la reclamación por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal de la persona grabada, dado que la persona grabada era un alto cargo político y correspondiente interés general de la noticia, por lo que, la posible intromisión en su derecho a la intimidad quedaría amparada por la libertad de información del artículo 20.1.d) CE que, atendiendo a los mencionados criterios, habría de ser considerada preferente. Precisamente porque el caso discurre al margen del conflicto entre el derecho a la intimidad y la libertad de información y plantea problemas relacionados con la videovigilancia y el derecho a la protección de datos de la persona grabada, se estudiará más adelante, en el apartado correspondiente.

## 2. GRABACIÓN DE IMÁGENES EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO Y LÍMITES DERIVADOS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL INVESTIGADO

Otro importante foco de conflicto con el derecho a la intimidad de la persona grabada, se deriva del derecho que deriva del artículo 24.2 CE que reconoce el derecho de las partes en el proceso a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa, y en esa colisión se encuentran también a menudo los límites del derecho a la intimidad<sup>59</sup>. Puede ocurrir que la grabación no sea constitucionalmente admisible porque supone una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la persona grabada, en cuyo caso no sería una prueba lícita por quedar afectados derechos fundamentales de la persona grabada y no podría ser utilizada en el proceso (artículo 11.1 LOPJ).

La resolución de la colisión de derechos deberá ser resuelta tras la correspondiente labor de ponderación constitucional en cada caso concreto, señalando cuál de los intereses concurrentes es el más digno de protección. Así, pues, se dará preferencia al interés público en la obtención de la verdad procesal o al interés en el reconocimiento de la plena eficacia de los derechos constitucionales (STC n.º 114/1984, de 29 de noviembre<sup>60</sup>). Esa labor de ponderación constitucional se realizará atendiendo a los criterios ya mencionados de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

En el proceso penal, por lo que se refiere a la investigación de los delitos o identificación de sospechosos por las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, contamos con una jurisprudencia numerosísima sobre la investigación del delito a través de medios tecnológicos y correspondiente eficacia probatoria de las grabaciones de vídeo o reportajes fotográficos, como medio técnico que recoge las imágenes de la participación del investigado en el hecho ilícito enjuiciado, para destruir la presunción de inocencia del investigado<sup>61</sup>.

Incluso antes de la modificación de la LECr por LO 13/2015, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) había considerado legítima y no vulneradora de derechos fundamentales la grabación de imágenes que suceden en espacios o vías públicas en el ámbito de la investigación criminal, estimando que la captación de imágenes de actividades que pueden ser constitutivas de acciones delictivas se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal concreta (SSTS 6.5.1993<sup>62</sup>, 14.3.2012<sup>63</sup>, 5.6.2013<sup>64</sup>, 124/2014, de 3.2)<sup>65</sup>.

De forma paralela, hay que tener en cuenta los límites del Estado en la investigación del delito a través de medios tecnológicos. La presunción de inocencia del artículo 24.2 CE solo puede ser destruida mediante pruebas obtenidas con respeto de los derechos constitucionales afectados por las grabaciones de imagen, particularmente, la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 CE y el derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE. La averiguación de la verdad y defensa de la sociedad no puede discurrir de espaldas al respeto de los derechos fundamentales<sup>66</sup>.

La inviolabilidad del domicilio no se puede sortear con la utilización de instrumentos de grabación a distancia. En ese sentido, la STS (Sala de lo Penal) nº 329/2016, de 20.4, declara nula la prueba obtenida por infracción del artículo 18.2 CE, por intromisión virtual cuando los agentes utilizan instrumentos ópticos que convierten la lejanía en proximidad.

Según el artículo 554.2 LECr se reputa domicilio, a los efectos de entrada y registro <<el edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia>>.

La medida de investigación consistente en la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen (sin sonido) aparece en la actualidad expresamente regulada en el Capítulo VII del Título VIII del Libro II LECr, permitiéndose la grabación de la imagen en espacio público sin necesidad de autorización judicial<sup>67</sup>.

Es la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, la que introduce la reforma en la LECr precisamente para compatibilizar las grabaciones de imagen y la protección que merecen los derechos constitucionales afectados.

Se consideró necesario regular esos medios precisamente sobre la base de que ciertos derechos constitucionales del investigado pueden verse limitados en el proceso penal; en concreto, el derecho a la intimidad. Aunque ya la jurisprudencia anterior había admitido plenamente la utilización de medios de investigación y prueba tecnológicos, según se ha señalado.

Antes de la mencionada reforma de la LECr, la habilitación legal se encontraba en el cumplimiento del mandato contenido en el artículo 282 LECr, que señala que es obligación de la Policía Judicial averiguar los delitos públicos y practicar <<las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes>>, así como en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad<sup>68</sup> atendiendo a su cometido de investigar los delitos y descubrir a sus autores<sup>69</sup>. También, en el propio artículo 104 CE que atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la misión de garantizar la seguridad ciudadana.

En efecto, el interés público en la investigación y obtención de pruebas del delito, es lo que justificó, antes de la reforma de la LECr, la posible invasión en el derecho a la intimidad de la persona investigada, con arreglo a los límites emanados de la doctrina constitucional en materia de colisión de derechos y bienes constitucionalmente relevantes. Respetados esos límites, la grabación videográfica fue considerada por el TS (Sala de lo Penal) como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia en cuanto medio técnico que recoge las imágenes de la participación del investigado en el hecho ilícito enjuiciado. En concreto, se había considerado válida la captación de imágenes en la vía pública de personas sospechosas recogidas de manera velada o subrepticia, en los momentos en los

que se supone se está cometiendo un hecho delictivo pues ningún derecho queda vulnerado en esos casos y sin necesidad de autorización judicial (STS (Sala de lo Penal) n° 1135/2004, de 11 de octubre<sup>70</sup>71).

La doctrina constitucional había establecido los requisitos que dotan de una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en los derechos constitucionales en el marco de una investigación penal<sup>72</sup>. Esos requisitos de ponderación constitucional aplicables a las medidas de investigación tecnológica para conjugar la utilización de esas medidas con los derechos fundamentales de los investigados, se encuentran enumerados y definidos en el artículo 588 bis a LECr bajo el título de <<Principios rectores>>, que recoge los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

Según el principio de especialidad, el objeto de la actuación será el esclarecimiento de un hecho punible concreto, con exclusión de las medidas de investigación tecnológica de naturaleza prospectiva (artículo 588 bis a 2 LECr). El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad (artículo 588 bis a 3 LECr).

En virtud de los principios de excepcionalidad y necesidad, solo podrá recurrirse a la medida a falta de otras menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado e igualmente útiles o cuando la investigación se vea dificultada gravemente sin el recurso a la medida. Si existe otro medio de investigación que exija un sacrificio menor en derechos fundamentales, debe utilizarse con carácter preferente a la grabación (artículo 588 bis a 4 LECr). Con apoyo en la proporcionalidad, atendidas todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no será superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros (artículo 588 bis a 5 LECr).

Ya antes de la modificación de la LECr por LO 13/2015, la jurisprudencia ya había señalado que la filmación o reportaje habría de realizarse en los espacios, lugares o locales libres y públicos, fuera del recinto inviolable del domicilio, salvo autorización judicial<sup>73</sup>, en virtud del artículo 18. 2 CE. Al domicilio del investigado quedan asimilados otros lugares reservados<sup>74</sup>, como la habitación de un hotel<sup>75</sup> o los lugares reservados de los aseos públicos<sup>76</sup>.

Específicamente recoge ese requisito en la actualidad el artículo 588 *quinquies* a LECr, cuyo párrafo primero se refiere a la grabación del investigado cuando se encuentre en un *lugar o espacio público*, sin autorización judicial. Es evidente que las grabaciones en un domicilio quedan fuera del concepto de *lugar o espacio público*, pero hay ciertos espacios que podrían plantear dudas, como la grabación del exterior del domicilio captando la presencia de las personas que allí acuden (admitido por SSTS (Sala de lo Penal) de 6.4.1994<sup>77</sup>, 21.5.1994<sup>78</sup>; las zonas comunes de los aseos públicos (admitido por la STS (Sala de lo Penal) de 5.5.1997<sup>79</sup>), o el patio de una vivienda (se admitió en el caso de la STS (Sala de lo Penal) n° 245/1999, de 18.2<sup>80</sup>).

Otro caso que podría plantear dudas es la legalidad de las grabaciones efectuadas por cámaras instaladas por la policía de forma oculta en el garaje de una comunidad de propietarios sin autorización judicial, supuesto sobre el que se ha pronunciado recientemente el Tribunal Constitucional en STC (Sala Segunda) 92/2023, de 11 de septiembre, en el sentido de entender que el mencionado garaje



queda fuera del concepto de *lugar o espacio público*, como se expondrá en el epígrafe que sigue.

En el caso de la videovigilancia por las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, y por lo que al tratamiento de datos personales del investigado se refiere mediante la videovigilancia en las vías o lugares públicos, hay que estar a lo establecido en la LO 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, ya mencionada (artículos 15 a 19).

Según su artículo 18.3 <<[l]as grabaciones serán destruidas en el plazo máximo de tres meses desde su captación, salvo que estén relacionadas con infracciones penales o administrativas graves o muy graves en materia de seguridad pública, sujetas a una investigación policial en curso o con un procedimiento judicial o administrativo abierto>>.

El nuevo precepto debe prevalecer sobre el artículo 8.1 LO 4/1997, de 4 de agosto, según el cual las grabaciones habrían de ser destruidas en el plazo máximo de un mes desde su captación, según ya se ha señalado.

### 3. GRABACIÓN DE IMÁGENES EN UN GARAJE COMUNITARIO Y DERECHO A LA INTIMIDAD

Precisamente sobre la posible invasión del derecho a la intimidad por la grabación de imágenes por videocámaras ocultas instaladas en el marco de una investigación penal, y la posible ilicitud de la prueba así obtenida, se pronuncia la mencionada STC (Sala Segunda) 92/2023, de 11 de septiembre, en un caso en que la Guardia Urbana de Barcelona instaló dispositivos de grabación de imágenes en un garaje comunitario en el que se encontraba estacionado un vehículo con el fin de captar y registrar la actividad de tráfico de drogas que se pudiera estar desarrollando, sospechándose que el mencionado automóvil pudiera estar siendo destinado por los investigados al almacenamiento de sustancias estupefacientes; lo que se confirma cuando se procede a su registro.

La sentencia del Juzgado de lo Penal descarta que se haya producido una intromisión ilegítima en el derecho de la intimidad del demandante con apoyo en que los garajes no tienen la consideración de domicilio constitucionalmente protegido por lo que las grabaciones videográficas obtenidas en dichos espacios no requieren la autorización judicial y son válidas como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia.

Que el garaje no tiene la consideración de domicilio a efectos de merecer la protección cualificada del artículo 18.2 CE que hemos visto en apartados precedentes, es cuestión que no ofrece dudas. Otra cosa es si, pese a no constituir domicilio de los investigados, las imágenes grabadas sin autorización judicial pueden invadir el derecho a la intimidad.

Recurrida la sentencia en apelación por el demandante alegando, entre otros motivos, vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen por la instalación de dispositivos de captación imágenes sin autorización judicial, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de agosto de 2020 descarta la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de los demandantes en base a que la captación policial de imágenes en el garaje, aun sin

autorización judicial, resulta amparada por el artículo 588 *quinquies* a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo párrafo primero establece que <<[l]a policía judicial podrá obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un *lugar o espacio público*, si ello fuera necesario para facilitar su identificación para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos>>.

Interpuesto recurso de casación, fue inadmitido por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por carencia de interés casacional.

El investigado recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen del artículo 18.1 CE porque la prueba que conduce a la condena encuentra su origen en la instalación oculta de cámaras de grabación de imágenes por la Guardia Urbana de Barcelona en el garaje de una comunidad de vecinos, sin autorización judicial ni permiso de la comunidad o comunicación a la autoridad competente. El recurrente solicita la nulidad de las pruebas derivadas de las grabaciones de imágenes con vulneración de derechos fundamentales, en virtud del artículo 11 LOPJ.

El Tribunal Constitucional acuerda la admisión a trámite del recurso de amparo apreciando una especial trascendencia constitucional (artículo 50. 1 LOTC) porque el recurso afecta a una faceta de un derecho fundamental, en el caso, el derecho a la intimidad, como consecuencia de la utilización de dispositivos de captación y grabación de las imágenes de personas en el curso de una investigación penal, sobre el que no hay doctrina del mencionado Tribunal, que no se ha pronunciado acerca de los lugares en los que la Policía Judicial, sin previa autorización judicial, puede instalar válidamente dispositivos de captación y grabación de imágenes en el marco de la investigación de un delito.

En cuanto a los derechos constitucionales que pueden estar afectados por la mencionada toma de imágenes en el garaje de una comunidad privada, el Tribunal Constitucional descarta que pueda haber una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de los investigados. Como se ha señalado, el derecho a la imagen es independiente y autónomo del derecho a la intimidad y tiene su propio concepto que no se ve afectado por lo que al recurrente se refiere dadas las circunstancias del caso.

Más problemas plantea en el caso la posible invasión del derecho a la intimidad del recurrente. El Tribunal Constitucional recuerda su propia doctrina en materia del derecho a la intimidad en consonancia con el concepto de vida privada que se maneja en relación con el artículo 8.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y correspondiente interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, poder de reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y prohibición de hacer uso de lo así conocido).

Pero hay un aspecto del derecho a la intimidad que es lo que toma en consideración principalmente el Tribunal Constitucional para decidir en el caso si hubo o no invasión del derecho a la intimidad del recurrente por la policía para la obtención de la prueba de cargo.

Señala el Tribunal Constitucional con cita de la STC 12/2012, de 30 de enero, que un criterio que hay que tener en cuenta para determinar cuándo nos encon-

tramos ante manifestaciones de vida privada amparadas frente a intromisiones ilegítimas es el de las *expectativas razonables que la propia persona o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno*, poniendo como ejemplo un paraje inaccesible o un lugar solitario debido a la hora del día, en donde existe una confianza fundada en la ausencia de observadores. También podríamos pensar en los vestuarios de un centro deportivo o de un centro de trabajo.

Esa expectativa de intimidad no existe, por el contrario, cuando se participa en actividades que, por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública.

La cámara se instaló en el garaje de una comunidad de vecinos, que es, a juicio del Tribunal Constitucional, un lugar que, conforme al criterio de expectativa razonable de privacidad, pertenece al ámbito de la intimidad protegida por el artículo 18.1 CE pues se trata de un lugar cerrado que es, además, una propiedad privada de acceso restringido y, por tanto, concluye que es patente que se trata de un lugar en el que el recurrente tenía *una expectativa razonable de no ser observado subrepticamente por terceras personas*, esto es, una legítima expectativa de privacidad.

Admitiendo, como hace el Tribunal Constitucional, que el garaje de una comunidad es un espacio amparado por el derecho a la intimidad el siguiente paso que habría que dar es si esa invasión en el derecho a la intimidad tiene encaje en alguna de las causas de exclusión de la ilegitimidad, como el consentimiento del afectado (es evidente que no concurre en este caso), o que la grabación esté expresamente autorizada por la Ley, o una justificación constitucional por colisión con otro derecho de amparo constitucional, pues el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto y puede ceder ante otros bienes y derechos constitucionalmente relevantes; lo que exige la realización de la labor de ponderación y cumplimiento de los requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional recuerda la jurisprudencia constitucional según la cual el interés público propio de la investigación, persecución y castigo de un delito es un bien digno de protección constitucional a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana.

De donde se deduce que <<ha de existir expresa habilitación legal para que la policía judicial pueda practicar la injerencia en los derechos a la intimidad o a la propia imagen de una persona, en el marco de una investigación dirigida al esclarecimiento de la autoría, causas y circunstancias de un delito. Pues toda injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, que incida directamente en su desarrollo (artículo 81.1 CE) o limite o condicione su ejercicio (artículo 53.1 CE) precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley constituye el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, la ley que autorice injerencias en los derechos fundamentales debe indicar con claridad el alcance de la discrecionalidad conferida a las autoridades competentes así como la manera de su ejercicio, no admitiéndose interpretaciones analógicas>>.

En cuanto a si existe una habilitación legal para la grabación por la policía en un garaje de una comunidad de propietarios, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 588 *quinquies* a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, precepto introducido

por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, pues es la norma que, en su caso, podría suponer la habilitación legal de la grabación. Según esa norma <<la policía judicial podrá obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello fuera necesario para facilitar su identificación para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos>>.

Está claro que la vía pública o un parque público es un lugar o espacio público. Ahora bien, hay que plantearse si el garaje de una comunidad de propietarios es un <<lugar o espacio público>> en donde la policía puede realizar grabaciones de imagen sin autorización judicial en el marco de una concreta investigación criminal.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona entiende que, aunque es un lugar cerrado de titularidad privada, es un lugar público en cuanto a su uso.

Ese criterio no es compartido por el Tribunal Constitucional según el cual la habilitación legal del artículo 588 *quinquies* a LECr se circunscribe a los lugares y espacios públicos y el garaje de una comunidad de propietarios no lo es sin que sea admisible una interpretación extensiva en virtud de las exigencias de seguridad jurídica y certeza del derecho teniendo en cuenta el principio de legalidad en el ámbito de las injerencias en los derechos fundamentales y libertades públicas.

Son lugares y espacios públicos aquellos <<ámbitos espaciales de uso por todo el público, sin restricciones>> en los que el investigado no pueda <<ejercer su derecho a la intimidad, donde no pueda reservar al conocimiento de los demás lo que está sucediendo, al no disponer de ningún derecho de exclusión sobre ese lugar>>. En contraposición a los lugares públicos estaría en los lugares privados, que son aquellos <<donde el individuo puede limitar el acceso de terceros, ejerciendo de ese modo ámbitos de privacidad excluidos del conocimiento ajeno>>.

Por tanto, concluye el Tribunal Constitucional que ha habido vulneración del derecho fundamental del recurrente a la intimidad personal con la consiguiente declaración de nulidad de la prueba de cargo obtenida por ese medio pues <<la captación policial de imágenes del recurrente en amparo en el interior del garaje privado en el que se hallaba estacionado el automóvil en el que finalmente fue incautado un alijo de 44 kg de hachís carecía de habilitación legal, por lo que vulnera el derecho del recurrente a la intimidad personal (artículo 18.1 CE)>>.

Hay que señalar que uno de los magistrados formula voto particular a la sentencia pues entiende que no hubo intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del recurrente. En efecto, es cuestionable que el garaje de una comunidad de vecinos constituya un espacio amparado por el derecho a la intimidad, pues, aunque de acceso restringido, es un lugar o espacio de uso público. En un garaje de una comunidad de vecinos difícilmente se cumple el requisito de la expectativa razonable que la persona puede albergar en ese espacio de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno.

En un garaje de una comunidad de vecinos están entrando y saliendo vehículos y personas constantemente y no solo los titulares de las plazas de garaje, sino también otras personas como personal de limpieza, de mantenimiento, etc, y difícilmente es un espacio que puede generar una confianza de encontrarse al resguardo de la observación ajena, comparable al paraje inaccesible o al lugar solitario debido a la hora del día, pues como se señala en el referido voto particular

la actividad desarrollada en el garaje de una comunidad de vecinos <<se encuentra expuesta a la mirada de cualquier persona con acceso al referido garaje>>.

A lo que se añade que, el hecho de que el garaje de una comunidad de vecinos no sea de uso público general sino de uso público restringido, no es relevante a la hora de entender que un caso está amparado por el derecho a la intimidad y el otro no, pues en ambos casos la expectativa razonable de privacidad desde el punto de vista del espacio donde se produce la grabación es la misma, es decir, ninguna. Daría igual que en un determinado espacio (un garaje público, por ejemplo) pueda entrar cualquier persona o que puedan entrar solo los dueños de las plazas (o personal de limpieza, conserjería...), pues en ambos casos no se está al resguardo del escrutinio ajeno.

Un garaje comunitario no parece que encaje en el concepto de lugar reservado que ofrece intimidad a la persona, teniendo en cuenta que su conservación y custodia corresponde al personal de servicios de la comunidad y su disfrute a todos los titulares de plazas de garaje, por lo que queda excluido cualquier aspecto de secreto o reserva de un determinado usuario, y que pueda desarrollarse en ese espacio una actividad de la esfera de lo íntimo y lo privado.

En efecto, un garaje comunitario no es un espacio, en donde, por su naturaleza, se desarrollen actividades propias de la vida privada de la persona. No se trata de un espacio resguardado de la curiosidad ajena, en donde la persona puede desarrollar el *derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos*. De hecho, es muy habitual instalar en los garajes comunitarios instrumentos de videovigilancia para la seguridad de los bienes y de las instalaciones sobre la base de que no se desarrollan en ese espacio manifestaciones de vida privada de los dueños de los vehículos y que su derecho a la intimidad no se va a ver afectado<sup>81</sup>.

## V. GRABACIÓN DE IMÁGENES, VIDEOVIGILANCIA Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

### 1. AUTONOMÍA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

En relación con el derecho a la intimidad del artículo 18. 1 CE, el artículo 18.4 CE ya reconoció la necesidad de limitar por Ley el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. En esa garantía constitucional a que se refiere el artículo 18.4 CE encuentra su anclaje el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos de carácter personal, según ya había señalado la doctrina<sup>82</sup> y hoy declara expresamente la legislación vigente en materia de protección de datos (artículo 1 a. II LOPD/2018).

Sobre la protección de datos de carácter personal, contamos con el Reglamento (UE) 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)<sup>83</sup>. El citado Reglamento establece las normas generales para la protección de las personas físicas en relación con el

tratamiento de los datos personales y es aprobado con la finalidad de reforzar el derecho a la intimidad y privacidad.

La adaptación del ordenamiento jurídico español a ese Reglamento se realizó mediante la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales<sup>84</sup>, con derogación de su predecesora la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal<sup>85</sup>.

Cierto que hay vinculaciones entre el derecho a la protección de datos de carácter personal *ex* artículo 18.4 CE y el derecho a la intimidad personal del artículo 18.1 CE pues no se olvide que el derecho a la protección de datos es una derivación del derecho a la intimidad y ambos derivan de la dignidad de la persona del artículo 10.1 CE. Ahora bien, pese a las conexiones que existen se trata de derechos autónomos por lo que no toda vulneración del derecho a la protección de datos supone necesariamente una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la persona afectada (grabada en el caso de que se trate de imágenes).

A diferencia del derecho a la intimidad, el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal persigue garantizar a esa persona *<<un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado>>* (entre otras muchas, SSTC 94/1998, de 4 de mayo; 144/1999, de 22 de julio<sup>86</sup>; 292/2000, de 30 de noviembre<sup>87</sup>; 196/2004, de 15 de noviembre<sup>88</sup>; STC 29/2013, de 11 de febrero<sup>89</sup>).

## 2. LA IMAGEN COMO DATO DE CARÁCTER PERSONAL

En cuanto a la videovigilancia, no cabe duda de que la grabación en vídeo de imágenes de personas que se almacenan en un dispositivo de grabación continua es susceptible de invadir el derecho a la intimidad de la persona. Lo que no quiere decir que siempre se produzca una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la persona grabada, habría que ver el caso concreto y las específicas circunstancias en que se produce la grabación.

Pero es que, además, esa grabación es susceptible de invadir otro derecho fundamental, el derecho a la protección de datos de la persona grabada pues la videovigilancia constituye un tratamiento automatizado de datos personales de los contemplados en el artículo 2.1 RGPD y en el artículo 2.1 LOPD/2018, según el cual *<<[l]o dispuesto en los Títulos I a IX y en los artículos 89 a 94 de la presente ley orgánica se aplica a cualquier tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero>>*.

La imagen de la persona grabada por una cámara constituye un dato personal. El artículo 4.1) RGPD define *<< datos personales>>* como toda *<<información sobre una persona física identificada o identificable>>*.

En esa definición amplia queda comprendida la imagen de la persona<sup>90</sup>. La imagen de la persona es un dato personal ya que permite la identificación de la persona grabada. En cuanto a la identificabilidad de la persona, el artículo 4.1) *in fine* RGPD establece que *<<se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante (...) uno o varios elementos propios de la identidad física (...) de dicha persona>>*.

Que la imagen de la persona es un dato personal ya había sido señalado por el TC bajo la vigencia de la antigua regulación de protección de datos y en ese sentido se afirmaba que <<las imágenes grabadas en un soporte físico (...) constituyen un dato de carácter personal que queda integrado en la cobertura del artículo 18.4 CE, ya que el derecho fundamental amplía la garantía constitucional a todos aquellos datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona y que puedan servir para la confección de su perfil (ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole) o para cualquier otra utilidad que, en determinadas circunstancias, constituya una amenaza para el individuo lo cual, como es evidente, incluye también aquellos que facilitan la identidad de una persona física por medios que, a través de imágenes, permitan su representación física e identificación visual u ofrezcan una información gráfica o fotográfica sobre su identidad>> (STC nº 29/2013, de 11 de febrero; STC 292/2000, de 30 de noviembre<sup>91</sup>).<sup>92</sup>

### 3. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL COMO LÍMITE DE LA VIDEOVIGILANCIA POR RAZONES DE SEGURIDAD DE LAS PERSONAS, LOS BIENES Y LAS INSTALACIONES. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO

La videovigilancia puede efectuarse mediante la captación y emisión de imágenes en tiempo real y/o grabación en vídeo de imágenes de personas que se almacenan en un dispositivo de grabación continuada, constituyendo un tratamiento automatizado de datos personales de los contemplados en el artículo 2.1, principio RGPD.

El artículo 4.2) RGPD define <<tratamiento>> como <<cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no>>. El tratamiento de imágenes comprende la <<grabación, captación, transmisión, conservación, y almacenamiento de imágenes, incluida su reproducción o emisión en tiempo real, así como el tratamiento que resulte de los datos personales relacionados con aquéllas>><sup>93</sup>.

A diferencia de su predecesora, la LOPD/99, la vigente LOPD/2018 regula específicamente los tratamientos de imágenes con fines de videovigilancia con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones, precisamente para garantizar que el tratamiento de imágenes con fines de videovigilancia respeta el derecho a la protección de datos, marcando unos límites en el 22 LOPD/2018, bajo el epígrafe *Tratamientos con fines de videovigilancia*.

Asimismo, resultan de aplicación los principios del artículo 5 RGPD, de proporcionalidad y de limitación de la finalidad, por lo que las imágenes obtenidas a través de sistemas de videovigilancia por razones de preservar la seguridad de las personas, de los bienes y de las instalaciones, serán tratadas exclusivamente para la finalidad que ha originado la instalación, descartándose cualesquiera otras finalidades.

En virtud del principio de minimización de datos (artículo 5.1.c) RGPD), los datos tratados serán adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (por ejemplo, habría que tener en cuenta el

número de cámaras instaladas, o si las imágenes se obtienen con cámaras fijas o permitiendo grabaciones de 360 grados).

Por su parte, el tratamiento por el empleador de datos obtenidos a través de sistemas de cámaras o videocámaras presenta connotaciones específicas por lo que su regulación se somete a lo dispuesto en el artículo 89 LOPD/2018, por remisión del artículo 22.8 LOPD/2018, cuyo estudio excede los límites del presente trabajo.

Sobre la posible intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la persona grabada mediante instrumentos de videovigilancia en lugares abiertos al público con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones, y su posible relación con los derechos a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal antes de la vigencia de la actual regulación, se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en la ya mencionada STS 1652/2023, de 27 de noviembre.

En primer lugar, hay que señalar que la grabación de imágenes con cámaras de videovigilancia en un establecimiento comercial es lícita al estar amparada por fines de seguridad, de prevención y de persecución de delitos que se puedan cometer dentro del establecimiento. Semejante grabación, amparada por la Ley por los fines lícitos antedichos, no vulnera los derechos a la propia imagen ni a la intimidad de la persona grabada (el contenido de la grabación, en principio, no afecta a la vida privada de la persona).

Tampoco vulneraría el derecho a la protección de datos de la persona grabada, si el titular del establecimiento cumple con sus obligaciones legales. En ese sentido, el artículo 22.1 de la vigente LOPD/2018 declara que *<<las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, podrán llevar a cabo el tratamiento de imágenes a través de sistemas de cámaras o videocámaras con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones>>*.

Una de las principales obligaciones a cargo del responsable del tratamiento de las imágenes es el cumplimiento del deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento 2016/679. Ya que somos grabados mientras permanecemos en el interior del establecimiento, la legislación vigente nos reconoce el derecho a ser informados de que existen cámaras de videovigilancia. De ese modo, quedan salvaguardados tanto el derecho a la intimidad como el derecho a la protección de datos de carácter personal de las personas grabadas.

Según señala el artículo 22.4 LOPD/2018, para entender cumplido ese deber de información basta con que el responsable del tratamiento de las imágenes coloque un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet para acceder a esta información. Asimismo, el responsable del tratamiento deberá mantener a disposición de los afectados la información a la que se refiere el citado reglamento.

Otra obligación del responsable del tratamiento, como salvaguarda de nuestros derechos constitucionales a la intimidad personal, propia imagen y protección de datos, es la recogida en el artículo 22.3 LOPD/2018, según el cual las imágenes deben ser suprimidas en el plazo máximo de un mes desde su captación.



Como excepción, se permite su conservación como medio de prueba de la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones. En tal caso, las imágenes deberán ser puestas a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que se tuviera conocimiento de la existencia de la grabación.

El caso que da lugar a la STS 1652/2023, de 27 de noviembre, presenta unas connotaciones específicas que no son las habituales en los supuestos que plantean problemas por grabación de imágenes por cámaras de videovigilancia:

- 1°. La imagen grabada pertenece a una persona que ejercía un cargo público o profesión de notoriedad.
- 2°. La grabación se corresponde con un hecho ilícito cometido por el personaje público (la ilicitud del hecho no se cuestiona) en un establecimiento comercial.
- 3°. Pero es que, además, en este caso, y en eso reside la peculiaridad del supuesto, años más tarde, esas imágenes son filtradas a un medio de comunicación y difundidas en los demás medios por lo que su visualización se amplía exponencialmente.

La demandante considera que hubo una intromisión ilegítima en sus derechos al honor, intimidad personal y propia imagen, no tanto por la grabación misma (ya se ha dicho que la grabación por cámaras de videovigilancia en un establecimiento comercial con fines de seguridad es lícita siempre que cumpla los requisitos mencionados) sino porque el titular del establecimiento comercial, como encargado y responsable del tratamiento de la grabación de la que fue objeto, no cumplió las obligaciones de conservación y custodia de las grabaciones a que venía obligado y que le eran exigibles, como encargado y responsable del tratamiento de la grabación. Precisamente es ese incumplimiento lo que da lugar a la filtración de las imágenes a un medio de comunicación (OK Diario) siendo difundidas después por numerosos medios de comunicación, solicitando una indemnización de 450.000 euros.

La entonces vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal, no reguló específicamente el tratamiento de datos personales de imágenes de personas físicas a través de cámaras o videocámaras con fines de videovigilancia. Fue la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, la que contempló la videovigilancia por razones de seguridad para acomodar los tratamientos de imágenes con finalidad de videovigilancia al cumplimiento de los principios de la LOPD/1999, y es, precisamente, en el incumplimiento de las obligaciones impuestas en esa Instrucción en lo que se centra el debate sobre si ese incumplimiento genera una obligación a cargo del titular del establecimiento, como responsable del tratamiento de las imágenes, de responder por los daños morales causados por la publicación de las imágenes.

Interpuesta la demanda, el JPI desestima la demanda al entender que, puesto que se trata de una grabación lícita tomada en un establecimiento público, no hay intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar de la demandante.

Interpuesto recurso de apelación, la SAP de Madrid (Sección 20ª) 23/2023, de 19 de enero, revoca la sentencia del juzgado y estima parcialmente el recurso

de apelación interpuesto por la demandante, considerando que la conducta de la entidad demandada es constitutiva de una vulneración del derecho a la intimidad de la demandante, con imposición de una indemnización de 30.000 € en concepto de indemnización de daños morales causados a la demandante.

La SAP parte de la base de que la grabación de las imágenes en el interior del establecimiento comercial es lícita, al estar amparada por un interés legítimo que es preservar y mantener la seguridad de las personas, de los bienes y de las instalaciones.

Ahora bien, la entidad demandada, como titular del establecimiento y encargada y responsable del tratamiento de la grabación que contenía las imágenes de la demandante con arreglo al artículo 3 de la entonces vigente LO 15/1999, incumple las obligaciones que le correspondían con arreglo a los artículos 9, 10 y 11 de la citada LO 15/1999.

Según su artículo 9. 1 el responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento, deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado. Según el artículo 10 LO 15/1999, el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos. Y, según el artículo 11 LO 15/1999 los datos de carácter personal objeto del tratamiento solo podrán ser comunicados a un tercero con consentimiento del interesado, salvo en las excepciones que el propio precepto contempla en su apartado segundo, entre las que no se encuentra el caso que nos ocupa.

Además, la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, específicamente sobre el tratamiento de datos personales con fines de videovigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras establece en su artículo 6 que los datos serán cancelados en el plazo máximo de un mes desde su grabación (obligación de supresión de las imágenes recogida en la actualidad en el artículo 22.3 LOPD/2018).

Asimismo, su artículo 8 bajo el epígrafe *Seguridad y Secreto* establece que cualquier persona que por razón del ejercicio de sus funciones tenga acceso a los datos deberá de observar la debida reserva, confidencialidad y sigilo en relación con las imágenes.

La SAP considera que la demandada, como encargada y responsable del tratamiento de las imágenes en virtud del artículo 3 LOPD/99, incumplió las obligaciones que le concernían por aplicación de la regulación entonces vigente en materia de protección de datos y es precisamente ese incumplimiento lo que provoca la posterior filtración de las imágenes a los medios de comunicación, su difusión y consiguiente intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la demandante. El tener subarrendado el servicio de vigilancia y de grabación en terceras personas no exonera al titular del establecimiento del cumplimiento de sus obligaciones legales frente a las personas cuyas imágenes fueron grabadas.

A juicio de la AP no es la grabación por las cámaras de seguridad en sí misma lo que lesiona el derecho a la intimidad de la demandante pues se trata de una grabación lícita. Ciertamente que lo que supone una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la demandante es la difusión por todos los medios de

comunicación de las imágenes grabadas. Pero también es cierto que esa difusión no hubiera sido posible si la entidad demandada, como responsable del tratamiento de las imágenes, hubiera observado la debida reserva y confidencialidad en relación con las imágenes y las hubiera destruido en el plazo máximo de un mes establecido.

En ese sentido, se señala que el comportamiento de la demandada <<contribuyó de manera directa a dicha difusión, en cuanto no adoptó las medidas de custodia y conservación quedarán exigibles para proteger los datos de carácter personal que reflejaba la grabación>>.

Se considera acreditado que la demandada incumplió sus obligaciones de custodia y conservación de la grabación y destrucción de las mismas pues ni existió consentimiento de la demandante en cuanto a la comunicación de las imágenes a terceras personas ni la demandada ni los servicios de seguridad por ella contratados efectuaron comunicación alguna a la policía, juzgados o fiscalía habida cuenta de que la grabación contenía una posible infracción penal.

El incumplimiento de esas obligaciones en materia de protección de datos de carácter personal es pues la *causa* de la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la demandante y por eso se declara la responsabilidad de la entidad demandada siendo como era responsable del tratamiento de las imágenes por la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la demandante por lo que debe indemnizar a la demandante por los daños morales sufridos.

Interpuesto recurso de casación por la entidad demandada, el Tribunal Supremo en STS 1652/2023, de 27 de noviembre, desestima el recurso. La recurrente se basa en que la Audiencia Provincial no realizó correctamente la labor de ponderación entre el conflicto entre las libertades de expresión y de información que reconoce el artículo 20.1.d) CE y el derecho a la intimidad personal de la demandante porque en ese conflicto debería haber prevalecido la libertad de información dada la veracidad de los hechos, el interés público de la noticia por tratarse de hechos constitutivos de un ilícito penal cometidos por un cargo público (en ese momento, vicepresidenta de la Asamblea de Madrid).

Ya se ha dicho que muy a menudo la delimitación de los perfiles del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE vienen de la mano de su confrontación con otros derechos de igual rango constitucional, especialmente la libertad de información del artículo 20.1.d) CE.

Cierto que el Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que en un Estado de Derecho el peso del ejercicio de la libertad de información por los profesionales es muy alto y debe ocupar una posición prevalente, al servicio de la formación de una opinión pública libre a través del vehículo institucionalizado de la opinión pública que es la prensa, llegando a exigir el sacrificio del derecho de la intimidad personal y familiar cuando ambos derechos entren en conflicto<sup>94</sup>.

Sin embargo, en este caso, la parte demandada no es el medio de comunicación que difunde la noticia. La sentencia de la Audiencia Provincial recurrida no se pronuncia sobre la colisión entre las libertades de expresión e información y el derecho a la intimidad de la demandante. La entidad demandada titular del establecimiento comercial no alegó la libertad de información en la medida en

que ni difundió el video ni es profesional de la información. Las imágenes fueron difundidas por un medio de comunicación que no resultó demandado.

La sentencia de la Audiencia Provincial condenó al titular del establecimiento por el incumplimiento de sus obligaciones de custodia y destrucción de las imágenes en el marco de la regulación aplicable sobre protección de datos de carácter personal, sin que el conflicto entre la libertad de información y el derecho a la intimidad de la demandante tengan relevancia alguna en la decisión adoptada.

Por tanto, señala el Tribunal Supremo que el motivo alegado por la recurrente incurre en causa de inadmisión que determina su desestimación.

En cuanto a la cuantía de la indemnización por daño moral por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal que establece la sentencia de la Audiencia Provincial (30.000 euros), considera la recurrente que es desproporcionada pues no se han probado los daños morales que la demandante sufrió como consecuencia de la filtración y posterior difusión de la grabación, teniendo en cuenta que la recurrente no interviene en esa difusión.

El Tribunal Supremo señala de nuevo que la alegación correspondiente a la nula intervención de la recurrente en la difusión de las imágenes es irrelevante en la medida en que la condena se fundamenta en el incumplimiento de las obligaciones de secreto que correspondían a la recurrente como responsable y encargada del tratamiento de datos de carácter personal.

Sobre la cuantificación del daño moral, se aplica la doctrina de la Sala según la cual el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita a los tribunales para fijar su cuantificación, *atendiendo a las circunstancias del caso y utilizando criterios de prudente arbitrio*. En el caso, se valora la gran repercusión que tuvo en la opinión pública el conocimiento de las imágenes, lo que demuestra con toda claridad que los daños morales fueron muy importantes.

Cierto que el que unas imágenes hayan sido captadas, pero no reproducidas ni publicadas, no debe ser paliativo de la lesión del derecho a la intimidad. La falta de publicación de las imágenes no debe restar fuerza a la gravedad de una invasión en el derecho a la intimidad y correspondiente indemnización. Pero también es cierto que la publicación de las imágenes es un argumento que sirve para reforzar la gravedad de la invasión en el derecho a la intimidad<sup>95</sup>.

En efecto, como señala el artículo 9. 3 LO 1/1982, el daño moral se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, *la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido*.

Por eso concluye el Tribunal Supremo que el importe fijado como indemnización por la sentencia de la Audiencia Provincial no puede considerarse arbitraria con respecto a las circunstancias del caso, conclusión que resulta acertada teniendo en cuenta que todos los medios de comunicación en horarios de máxima audiencia reprodujeron las imágenes que fueron visualizadas por millones de personas por lo que, una vez admitida la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la demandante, la cifra señalada como indemnización por daño moral no resulta, en absoluto, desproporcionada.

## VI. CONCLUSIONES

- I. La utilización de instrumentos de grabación de la imagen de la persona es un medio potente para invadir derechos constitucionales protegidos, especialmente el derecho a la intimidad personal y familiar, teniendo en cuenta sobre todo los medios tan avanzados que existen en la actualidad para grabar y reproducir la imagen de la persona, así como los modernos sistemas de videovigilancia para la seguridad de las personas, bienes e instalaciones, supuesto de grabación en donde se encuentra habitualmente el origen del conflicto de las grabaciones de imagen con otro derecho de amparo constitucional, el derecho a la protección de datos de carácter personal.
- II. El derecho a la intimidad no es un derecho de carácter absoluto y las grabaciones de imagen pueden, a su vez, verse amparadas por otros derechos acogidos constitucionalmente. El derecho a la intimidad podría ceder cuando entra en conflicto con otro bien jurídico, de mayor relevancia constitucional, cuya protección pudiera imponerse con sacrificio del derecho a la intimidad. Lo que hay que valorar caso por caso en una labor de ponderación constitucional. La grabación invasora del derecho a la intimidad para ser legítima debe reunir los caracteres de necesidad, idoneidad y de proporcionalidad.
- III. La CE no define el derecho a la intimidad, pero de los pronunciamientos del TC puede extraerse la idea de que se trata de un ámbito propio de la persona, que abarca cuerpo y espíritu, preservado de la acción y conocimiento de los demás, en cuya virtud cabe imponer a terceros, públicos o particulares, el deber de abstención de intromisiones y la prohibición de hacer uso de lo así conocido.
- IV. Las grabaciones de imagen pueden resultar lícitas si se encuentran amparadas por otros derechos constitucionales, como es el caso de la libertad de información del artículo 20.1.d) CE o el derecho a la prueba en el proceso conforme al artículo 24.2 CE, de modo que la grabación no será constitucionalmente admisible como prueba si supone una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la persona grabada, pues no sería una prueba lícita y no podría ser utilizada en el proceso (artículo 11.1 LOPJ).
- V. Cuando la invasión del derecho a la intimidad proviene de la grabación de imágenes, es habitual el conflicto con la libertad de información ejercida por los profesionales de la información con arreglo al artículo 20.1.d) CE. Con base en esa colisión puede desvanecerse la ilegitimidad de la intromisión en el derecho a la intimidad siempre que prevalezca la libertad de información tras el correspondiente juicio de ponderación constitucional, en cuyo caso los tradicionales criterios de ponderación son la relevancia pública o interés general de la información o si la información se refiere a personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública.
- VI. Tampoco hay intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad cuando la grabación está expresamente autorizada por la Ley. Así lo hace

el artículo 588 quinquies a. LECr relativo a la captación por cualquier medio técnico, por la Policía Judicial, de imágenes de la persona investigada en lugares o espacios públicos, para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos.

- VII. En cuanto a las pruebas obtenidas mediante videocámaras ocultas instaladas por las Fuerzas y Cuerpos de seguridad en los garajes de una comunidad, el Tribunal Constitucional ha señalado que son ilícitas por vulneración del derecho constitucional a la intimidad personal del investigado en la reciente STC (Sala Segunda) 92/2023, de 11 de septiembre.
- VIII. La grabación continuada de imágenes de forma automática a través de sistemas de videovigilancia para la seguridad de las personas, bienes e instalaciones, puede invadir el derecho a la protección de datos de carácter personal de la persona grabada pues la imagen es un dato de carácter personal. Para respetar el derecho a la protección de datos, el artículo 22 LOPD/2018 establece unas obligaciones a cumplir por el responsable del tratamiento de las imágenes.
- IX. En cuanto a las imágenes captadas por sistemas de videovigilancia para la seguridad de las personas, bienes e instalaciones, en principio, no estaría afectado el derecho a la intimidad de la persona grabada sino el derecho a la protección de datos de carácter personal *ex* artículo 18.4 CE. Ahora bien, si por un incumplimiento en las obligaciones de custodia y destrucción de las grabaciones por parte del responsable del tratamiento, son filtradas a un medio de comunicación y difundidas posteriormente, existiría una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la persona grabada con obligación de indemnizar por el daño moral padecido a cargo del responsable del tratamiento de las imágenes por incumplimiento de las obligaciones que le correspondían, siendo el mencionado incumplimiento lo que provocaría la filtración, como en el caso de la reciente STS 1652/2023, de 27 de noviembre.
- X. En el caso de la videovigilancia por las Fuerzas y Cuerpos de seguridad en las vías o en los lugares públicos, y, por lo que al tratamiento de datos personales se refiere, hay que estar a lo establecido en la LO 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, en concreto en los artículos 15 a 19.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- BOIX REIG, F.J. (Dir.), JAREÑO LEAL, A. (Coord.) (2010). *La protección jurídica de la intimidad*, Madrid: Iustel.
- BUSTO LAGO, J. M. / REGLERO CAMPOS, L. F. (2013). *Lecciones de Responsabilidad Civil*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

- CARRIÓN OLMOS, S. (2007). El derecho a la intimidad. *Veinticinco años de aplicación de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. Coord. por DE VERDA Y BEAMONDE, J.R. Cizur Menor: Thomson Aranzadi. (p. 93).
- COSTAS RODAL, L. (2017). Derecho a la imagen, menores de edad y aparición accesoría en ilustración gráfica de noticia de carácter general e interés público. *Aranzadi civil-mercantil*, número 6, junio 2017 (pp. 147-155).
- COSTAS RODAL, L. (2014). Ponderación entre derechos fundamentales en conflicto: información y el honor y la intimidad. *Aranzadi civil-mercantil*, marzo 2014, número 11 (pp. 51-59).
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A. (1995). La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites, *Poder Judicial*, 38 (p. 47).
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2007). Las intromisiones en los derechos al honor, intimidad y propia imagen autorizadas por la ley. *Veinticinco años de aplicación de la LO 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi (p. 255).
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (1999). *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas.
- GONZÁLEZ TREVIJANO, P. (1992). *La inviolabilidad del domicilio*, Madrid: Tecnos.
- GRIMALT SERVERA, P. (2007). *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. Madrid: Iustel.
- HORSEY, K.-RACKLEY, E. (2023). *Tort Law*. 8 ed. Oxford University Press.
- JAREÑO LEAL, A. (2008). *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Madrid: Iustel.
- JUANATEY DORADO, C.-DOVAL PAIS, A. (2010). Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes. *La protección jurídica de la intimidad*, dir. por BOIX REIG, J., y coord. por JAREÑO LEAL, A., Madrid: Iustel, (pp. 127-170).
- MARTÍNEZ RUIZ, J. (2004). *Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido*, Bosch.
- MUÑOZ CUESTA, J. (2024). Validez de las filmaciones videográficas por cámaras instaladas en la vía pública. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 1006.
- PASCUAL MEDRANO, A. (2013). Detectives privados y derechos fundamentales: una delicada relación. *Diario La Ley*, N° 8193, Sección Doctrina, 18 de Noviembre de 2013, Año XXXIV, Ref. D-394 (p. 2).
- PLAZA PENADÉS, J. (2007). Aspectos básicos de la protección de datos de carácter personal. *Veinticinco años de aplicación de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Coord. por DE VERDA Y BEAMONDE, J.R., Cizur Menor: Thomson Aranzadi (p. 119).
- REGLERO CAMPOS, L. F./BUSTO LAGO, J. M. (coordinadores) (2014). *Tratado de Responsabilidad Civil*, 5ª edición, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- RICHARD GONZÁLEZ, M. (2017), *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, Madrid: Wolters Kluwer.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L. (2012). Las grabaciones de videocámaras de seguridad

como fuente probatoria en el proceso penal. Diario La Ley, nº 7921.  
YZQUIERDO TOLSADA, M. (2014). Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Coord. por REGLERO CAMPOS, F., BUSTO LAGO, J.M., T. II, 5ª edición, Cizur Menor: Aranzadi.

## VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

### **Sentencias del Tribunal Constitucional:**

- STC (Sala Segunda) 92/2023, de 11 de septiembre
- STC 17/2013, de 31 de enero
- STC 176/2013, de 21 de octubre
- STC 190/2013, de 18 de noviembre
- STC (Pleno) nº 199/2013, de 5 de diciembre
- STC 208/2013, de 16 de diciembre
- STC 12/2012, de 30 de enero
- STC 60/2010, de 7 de octubre
- STC 12/2012, de 30 de enero
- STC 159/2009, de 29 de junio
- STC 29/2009, de 26 de enero
- STC 196/2004, de 15 de noviembre
- STC 70/2002, de 3 de abril
- STC 119/2001, de 24 de mayo
- STC 134/1999, de 15 de julio
- STC 69/1999, de 26 de abril
- STC 20/1992, de 14 de febrero
- STC 197/1991, de 17 de octubre
- STC 105/1990, de 6 de junio.
- STC 231/1988, de 2 de diciembre
- STC 22/1984, de 17 de febrero.

### **Sentencias del Tribunal Supremo:**

- STS 907/2024, de 24 de junio
- STS 909/2024, de 24 de junio
- STS 1652/2023, de 27 de noviembre
- STS (Sala de lo Penal) nº 329/2016, de 20.4.
- STS 9.1.2014
- STS 17.12.2013
- STS (Sala de lo Penal) 5.6.2013
- STS 15.6.2011
- STS 14.2.2011
- STS 10.12.2010
- STS 16.1.2009
- STS (Sala de lo Penal) nº 1135/2004, de 11.12
- STS (Sala de lo Penal) nº 245/1999, de 18.2
- STS (Sala de lo Penal) de 5.5.1997



- STS (Sala de lo Penal) de 6.4.1994
- STS (Sala de lo Penal) de 21.5.1994

**Sentencias de las Audiencias Provinciales**

- SAP de Madrid (Sección 20<sup>a</sup>) 23/2023, de 19 de enero
- SAP de Barcelona de 26 de agosto de 2020
- SAP de Orense 198/2024, de 15 de marzo

## NOTAS

<sup>1</sup> RCL 1982, 1197.

<sup>2</sup> Como señala la STS 16.1.2009 sobre las grabaciones de imágenes <<el natural deseo del ser humano de vivir sin tener que soportar injerencias ajenas que no sean queridas, dentro del ámbito considerado como propio o personal, se reconoce, no sólo como una condición imprescindible para una mínima calidad de vida, especialmente, en momentos en que los avances tecnológicos facilitan extraordinariamente las intromisiones sin conocimiento del titular, sino también como una garantía del desarrollo de la personalidad de cada individuo en su relación con los semejantes —en términos de la sentencia de 24 de junio de 2004 (TEDH 2004, 45) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Von Hannover contra Alemania—. Se protege así el derecho de la persona a llevar su propia existencia como ella la entienda, con el mínimo de interferencias exteriores, facultándole a controlar la información personal sobre ella misma y a imponer a los demás el deber de abstenerse de intromisiones en ese espacio de privacidad>>. Lo destacan también RICHARD GONZÁLEZ, M., Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 225; PASCUAL MEDRANO, A., <<Detectives privados y derechos fundamentales: una delicada relación>>, Diario La Ley, Nº 8193, Sección Doctrina, 18 de Noviembre de 2013, Año XXXIV, Ref. D-394, p. 2.

<sup>3</sup> MARTÍNEZ RUIZ, J., Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido, Bosch, 2004, p. 16.

<sup>4</sup> Vid. LSP 5/2014, de 4 de abril, cuyo artículo 69 ha sido modificado por Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo.

<sup>5</sup> RTC 2012, 12.

<sup>6</sup> RTC 2013, 176.

<sup>7</sup> RTC 2001, 119. Según señala el TC se hace imprescindible asegurar la protección de los derechos constitucionales <<también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada>>.

<sup>8</sup> RTC 2023/92.

<sup>9</sup> JUR 2023/437109.

<sup>10</sup> RTC 2013, 115.

<sup>11</sup> La LO1/1982 completa la protección que los derechos al honor, intimidad personal, y propia imagen, reciben desde otras ramas del Derecho, como el Derecho Constitucional y el Derecho Penal. El derecho a la intimidad aparece protegido penalmente en el Título X del Libro II del Código Penal bajo la rúbrica <<Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio>>, tipificando en los artículos 197 a 204 CP los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, y el allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público.

<sup>12</sup> Así, Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (RCL 1996, 145) por lo que a los menores se refiere.

<sup>13</sup> En este sentido, señala la STC nº 208/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013, 208) que <<además de la delimitación del ámbito de protección que puede resultar de las leyes, se estima razonable admitir que, en lo no previsto por ellas, la esfera del honor, la intimidad personal y familiar y la imagen, esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad, por lo que la Ley se resuelve en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según el momento y las personas>>.

<sup>14</sup> GRIMALT SERVERA, P., La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, Iustel, Madrid, 2007, p. 33.

<sup>15</sup> Del mismo modo, es habitual la apreciación en países de nuestro entorno que el derecho a la intimidad no tiene el mismo significado para todos. Vid. HORSEY, K.-RACKLEY, E., Tort Law, 8 ed., Oxford University Press, 2023, p. 475.

<sup>16</sup> JUANATEY DORADO, C., - DOVAL PAIS, A., <<Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes>>, en La protección jurídica de la intimidad, dir. por BOIX REIG, J., y coord. por JAREÑO LEAL, A., Iustel, Madrid, 2010, p. 167.

<sup>17</sup> STC (Sala Segunda) 92/2023, de 11 de septiembre, que más adelante se comentará.

<sup>18</sup> Recuérdese que el artículo 2.2.d) del Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos, deja expresamente fuera de su ámbito de aplicación al tratamiento de datos personales llevado a cabo <<por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, incluida la de protección frente a amenazas de la seguridad pública y su prevención>>. En el mismo sentido, el artículo 22.6 LOPD/2018, establece que el tratamiento de los datos personales procedentes de las imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de cámaras y videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, queda sometido a la legislación de transposición de la Directiva (UE) 2016/680, de 27 de abril, cuando el tratamiento tenga fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública.

<sup>19</sup> La STEDH de 17.7.2003 en el asunto Perry contra el Reino Unido (TEDH 2003, 46), analiza la licitud de la prueba consistente en la grabación no consentida en vídeo en dependencias de la comisaría de policía del sospechoso de un robo que se niega a someterse a una rueda de reconocimiento. Posteriormente, testigos del robo visionan el vídeo y lo reconocen como autor, siendo esa identificación la prueba decisiva para su condena. El TEDH entiende que ha habido vulneración de la vida privada, pues no es una invasión amparada en la ley (artículo 8.2 del Convenio [RCL 1979, 2421]) por no cumplir con los requisitos previstos en la legislación interna, que requiere para la grabación la información y el consentimiento del afectado.

<sup>20</sup> RJ 2011, 444.

<sup>21</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., <<Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)>>, Tratado de Responsabilidad Civil. Coord. por REGLERO CAMPOS, F., BUSTO LAGO, J.M., T. II, 5ª edición, Aranzadi, 2014, p. 1370; SANTOS VIJANDE, J.M., La protección jurisdiccional, civil y penal, del honor, la intimidad y la propia imagen, cit., p. 121.

<sup>22</sup> MARTÍNEZ RUIZ, J., Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido, cit, p. 19.

<sup>23</sup> STC nº 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004, 196); STC nº 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988/231).

<sup>24</sup> Esos fueron los hechos que dieron lugar al Caso Campbell, de tanto interés para el estudio del derecho a la intimidad en Reino Unido. Vid. HORSEY, K.- RACKLEY, E., Tort Law, 8 ed., Oxford University Press, 2023, p. 488.

<sup>25</sup> STS 14.2.2011 (RJ 2011, 444).

<sup>26</sup> El Tribunal Constitucional ha señalado que la filiación ha de entenderse que <<forma parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo, que además sirve también para lograr el objetivo constitucional establecido en el artículo 39.2 CE>> (STC nº 190/2013, de 18 de noviembre [RTC 2013, 190]). En el mismo sentido, STC nº 197/1991, de 17 de octubre (RTC 1991, 197).

<sup>27</sup> JUANATEY DORADO, C., - DOVAL PAIS, A., <<Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes>>, en La protección jurídica de la intimidad, cit., p. 157.

<sup>28</sup> STC 159/2009, de 29 de junio (RTC 2009, 159); STC nº 20/1992, de 14 de febrero (RTC 1992, 20).

<sup>29</sup> RTC 2013, 176. Señala el TC que el derecho a la intimidad <<no garantiza, pues, una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia,

con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el artículo 18.1 CE garantiza es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada>>.

<sup>30</sup> RTC 1988/231.

<sup>31</sup> RTC 1999, 134.

<sup>32</sup> RTC 2002, 70.

<sup>33</sup> RTC 2010, 60.

<sup>34</sup> RTC 2012, 12.

<sup>35</sup> RTC 2013, 17.

<sup>36</sup> RTC 2013, 190.

<sup>37</sup> Con cita de la STC 173/2011, de 7 de noviembre.

<sup>38</sup> RTC 2013, 199.

<sup>39</sup> RJ 2011, 4633.

<sup>40</sup> Según la STS de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017, 302) <<El derecho a la intimidad personal y familiar garantiza a la persona un ámbito reservado de su vida personal y familiar, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o particulares. Este derecho atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, tanto personal como familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y frente a la publicidad no consentida>>. Vid. también, STS 344/2016, de 24 de mayo (RJ 2016, 2278); STS 22.2.2017 (RJ 2017, 657).

<sup>41</sup> GONZÁLEZ TREVIJANO, P., La inviolabilidad del domicilio, Tecnos, Madrid, 1992; CASAS VALLÉS, R., «Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad», Revista Jurídica de Catalunya, núm. 1/1987, p. 169.

<sup>42</sup> STC 69/1999, de 26 de abril; STC 22/1984, de 17 de febrero.

<sup>43</sup> Artículos 545 a 572 LECr. Vid. Capítulo I (bajo el epígrafe <<De la entrada y registro en lugar cerrado>>) del Título VIII LECr —Título dedicado a las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 CE— del Libro II LECr, de acuerdo con lo establecido por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECr para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Sobre el concepto de domicilio a efectos de la entrada y registro regulada en ese Capítulo I, véase artículo 554 LECr.

<sup>44</sup> RCL 2015/442.

<sup>45</sup> STS (Sala de lo Penal) de 5 de junio de 2013 (RJ 2013/3996); STS (Sala de lo Penal) de 18.2.1999 (RJ 1999, 1921).

<sup>46</sup> RCL 1997/1971.

<sup>47</sup> Así ocurre por lo que se refiere a la cancelación de las imágenes. El art. 18.3 de la LO 7/2021 establece que las grabaciones serán destruidas en el plazo máximo de tres meses desde su captación. El artículo 8.1 LO 4/1997, de 4 de agosto, establecía que las grabaciones habrían de ser destruidas en el plazo máximo de un mes, por lo que ese plazo queda ampliado en la actualidad

<sup>48</sup> STS 17.12.2013 [RJ 2014, 357].

<sup>49</sup> SSTC 81/2001, de 26 de marzo (RTC 2001, 81), 14/2003, de 28 de enero (RTC 2003, 14), STC 127/2003, de 30 de junio (RTC 2003, 127), STC 46/2002, de 25 de febrero (RTC 2002, 46);176/2013, de 21 de octubre.

<sup>50</sup> RTC 2007, 72.

<sup>51</sup> COSTAS RODAL, L. <<Derecho a la imagen, menores de edad y aparición accesoria en ilustración gráfica de noticia de carácter general e interés público>> Aranzadi civil mercantil, número 6, junio 2017, p. 147.

<sup>52</sup> STC nº 81/2001, de 26 de marzo, STC 23/2010, de 27 de abril (RTC 2010, 23), STC 19/2014 (RTC 2014, 19); STS 15.5.2011 (RJ 2011, 4633); STEDH de 15 de enero de 2009 (TEDH 2009, 10).

<sup>53</sup> STS 15.2.2017 [RJ 2017, 302]. O como la fotografía del rostro, según STC 158/2009, de 29 de junio.

<sup>54</sup> RTC 1999/134.

<sup>55</sup> STS 24.10.1988 [RJ 1988, 7635].

<sup>56</sup> Entre otras, STC 105/1990, de 6 de junio; STC 29/2009, de 26 de enero.

<sup>57</sup> Entre otras, SSTS 9.1.2014 (JUR 2014, 20148); 17.12.2013 (RJ 2013, 7887).

<sup>58</sup> SSTS 19.9.2016 (RJ 2016, 4438); 30.11.2011 (RJ 2012, 1640).

<sup>59</sup> En ese sentido, el artículo 299.2 LEC contiene una referencia expresa como medio de prueba a los medios de reproducción de la imagen, reconociendo la eficacia probatoria de la reproducción de las imágenes previamente grabadas, al margen del soporte que se haya utilizado.

<sup>60</sup> RTC 1984, 114.

<sup>61</sup> Incluso puede encontrarse numerosa jurisprudencia sobre la prueba videográfica con anterioridad a la reforma de la LECr por LO 13/2015. Vid. SSTS 18.12.1995 (RJ 1995, 9196), 6.4.1994 [RJ 1994, 2889], 21.5.1994 (RJ 1994, 3943), 5.11.1996 (RJ 1996, 8047), 26.10.2000 (RJ 2000, 8699), 17.3.2006 (RJ 2006, 1648)). Ya la STS (Sala de lo Penal) de 30.1.1999 (RJ 1999, 1155) había señalado que <<los vídeos no suponen una prueba distinta de una percepción visual, en tanto que la grabación no hace otra cosa que perpetuar la de una o varias personas>>.

<sup>62</sup> RJ 1993, 3854.

<sup>63</sup> RJ 2012, 3932.

<sup>64</sup> RJ 2013, 3996.

<sup>65</sup> Como ya indicó la STS (Sala de lo Penal) 6.5.1993 (RJ 1993, 3854) <<no existe obstáculo para que las labores de investigación se extiendan a la captación de la imagen de las personas sospechosas de manera velada y subrepticia en los momentos en que se supone fundadamente que está cometiendo un hecho delictivo. Del mismo modo que nada se opone a que los funcionarios de policía hagan labores de seguimiento y observación de personas sospechosas (...) no existe inconveniente para que pueda transferir esas percepciones a un instrumento mecánico de grabación de imágenes que complementa y toma constancia de lo que sucede ante la presencia de los agentes de la autoridad>>. Como es obvio, esa grabación, deberá respetar los derechos fundamentales del investigado.

<sup>66</sup> ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., <<Videograbación y videoconferencia>>, en Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia, cit., p. 327; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., <<La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites>>, Poder Judicial, 38, 1995, p. 49.

<sup>67</sup> Si además de grabar imágenes se produce la escucha y grabación de comunicaciones orales, aunque sea en la vía pública o en otros espacios abiertos, será siempre necesaria la autorización judicial por invadir el ámbito protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE (artículo 588 quater a LECr). Vid. RICHARD GONZÁLEZ, M., Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido, cit., p. 221.

<sup>68</sup> RCL 1986, 788.

<sup>69</sup> STS (Sala de lo Penal) n° 299/2006, de 17 de marzo (RJ 2006, 1648).

<sup>70</sup> RJ 2004, 6258.

<sup>71</sup> ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., <<Videograbación y videoconferencia>>, en Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia, cit., p. 317.

<sup>72</sup> STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. 4; véase también STC 49/1999, de 5 de abril.

<sup>73</sup> STS (Sala de lo Penal) 1.6.2012 (RJ 2012, 6722). La STS (Sala de lo Penal) de 6.4.1994 [RJ 1994, 2889] afirma el valor probatorio de una filmación de imágenes sobre la base de que está hecha en el exterior del domicilio, captando la presencia de las personas que acudían a él. En el mismo sentido, STS (Sala de lo Penal) de 21.5.1994 (RJ 1994, 3943).

<sup>74</sup> RICHARD GONZÁLEZ, M., Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido, cit., p. 220.

<sup>75</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., <<Intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen autorizadas por la ley>>, en *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*, cit., p. 100.

<sup>76</sup> Vid. JUANATEY DORADO, C., - DOVAL PAIS, A., <<Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes>>, en *La protección jurídica de la intimidad*, cit., p. 147.

<sup>77</sup> RJ 1994, 2889.

<sup>78</sup> RJ 1994, 3943.

<sup>79</sup> RJ 1997, 3628

<sup>80</sup> RJ 1999, 1921.

<sup>81</sup> En el caso de la videovigilancia, la grabación de imágenes supone un tratamiento automatizado de datos de carácter personal, derecho autónomo con respecto al derecho a la intimidad.

<sup>82</sup> PLAZA PENADÉS, J., <<Aspectos básicos de la protección de datos de carácter personal>>, en *Veinticinco años de aplicación de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Coord. por DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., Thomson Aranzadi, 2007, p. 120.

<sup>83</sup> LCEur 2016, 605.

<sup>84</sup> BOE núm. 294, de 06/12/2018.

<sup>85</sup> RCL 1999, 3058.

<sup>86</sup> RTC 1999, 44.

<sup>87</sup> RTC 2000, 292.

<sup>88</sup> RTC 2004, 196.

<sup>89</sup> RTC 2013, 29.

<sup>90</sup> En el mismo sentido, vid. artículo 2 a) de la derogada Directiva 95/46.

<sup>91</sup> RTC 2000, 292, F. 6.

<sup>92</sup> La STJUE de 11.12.2014 (TJCE 2014, 393) ha señalado que la imagen de una persona grabada por una cámara constituye un dato personal pues permite identificar a la persona afectada.

<sup>93</sup> Artículo 1. II Instrucción 1/2006.

<sup>94</sup> Entre otras, STC 105/1990, de 6 de junio; STC 29/2009, de 26 de enero.

<sup>95</sup> Véase en ese sentido STS 22.12.2000 (RJ 2000, 10402).

## 1.7. Concursal

# La comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores tras la Ley 16/2022. Prohibición de inicio o suspensión de ejecuciones en el precurso<sup>1</sup>

## *The communication of opening negotiations with creditors after Law 16/2022. Prohibition of initiation or suspension of exwcutions in the pre-bankruptcy*

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS  
*Profesora Titular de Derecho Civil*  
*Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: La Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procesos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas ha dado lugar a una profunda reforma del Derecho preconcursal, del cual se encuentra excluido el deudor persona física consumidor. Para el deudor persona física o jurídica que desempeña una actividad empresarial o profesional el régimen difiere en función de si se trata de una gran empresa, de una PYME o de una microempresa. En el presente trabajo se analiza el precurso de la gran empresa, consistente en una comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores al juzgado que debiere conocer del concurso. La comunicación tiene efectos sobre los créditos, los contratos y las ejecuciones iniciadas o en curso contra el deudor. Este, sin embargo, no se ve afectado en sus facultades de administración y disposición por la comunicación. Los efectos de la comunicación se extienden durante tres meses a contar desde la fecha de presentación y pueden prorrogarse otros tres meses más. Se trata de lograr un escenario de integridad del patrimonio del deudor y de continuidad de la actividad empresarial en el marco del cual pueda alcanzarse un plan de reestructuración que evite el procedimiento concursal.

**ABSTRACT:** Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council, of June 20, 2019, has led to a profound reform of pre-bankruptcy legislation, from which the natural person consumer debtor is excluded. For the natural or legal person debtor who carries out a business or professional activity, the regime differs depending on whether it is a large company, an SME or a micro-enterprise. This work analyzes the pre-bankruptcy of the large company, consisting of a communication opening negotiations with creditors to the court that must hear the bankruptcy. The communication has effects on credits, contracts and executions initiated or in progress against the debtor. This, however, is not affected in its powers of administration and disposition by the communication. The effects of the communication extend for three months from the date of its presentation and may be extended for another three months. The aim is to achieve a scenario of patrimonial integrity of the debtor and continuity of business activity within the framework of which a restructuring plan can be reached that avoids the bankruptcy procedure.

**PALABRAS CLAVE:** Preconcurso, ejecución de bienes necesarios y no necesarios, plan de reestructuración

**KEYWORDS:** communication of opening of negotiations prior to bankruptcy, execution of necessary and non – necessary assets, restructuring plan

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. PRESUPUESTOS DE LA COMUNICACIÓN DE NEGOCIACIONES.1. PRESUPUESTO OBJETIVO. 2. PRESUPUESTO SUBJETIVO.—III. CONTENIDO DE LA COMUNICACIÓN Y FORMA DE LLEVARSE A CABO.—IV. RESOLUCIÓN SOBRE LA COMUNICACIÓN.—V. EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN. 1. EFECTOS SOBRE EL DEUDOR. 2. EFECTOS SOBRE LOS CRÉDITOS. 3. EFECTOS SOBRE LOS CONTRATOS. 4. EFECTOS SOBRE LAS ACCIONES Y PROCEDIMIENTOS EJECUTIVOS. 4.1. *Prohibición de inicio o suspensión de ejecuciones sobre bienes necesarios para la actividad empresarial o profesional.* 4.2. *Posibilidad de paralización y suspensión de ejecuciones sobre bienes no necesarios para la actividad empresarial o profesional.* 4.3. *Régimen especial para las ejecuciones de garantías reales.* 4.4. *La reanudación de las ejecuciones paralizadas o suspendidas.* a) Recurso de revisión del decreto que tiene por verificada la comunicación. b) Transcurso de los tres meses de efectos de la comunicación. c) Créditos excluidos de la paralización o suspensión. 5. *Efectos de la comunicación sobre las solicitudes de concurso necesario.* 6. *Efectos de la comunicación sobre las solicitudes de concurso voluntario.* 7. *Suspensión de la causa de disolución por pérdidas cualificadas.*—VI. PRÓRROGA DE LOS EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN.—VII. LEVANTAMIENTO DE LA PRÓRROGA.—VIII. FINALIZACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN.—IX. CONCLUSIONES.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

La actual regulación de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores trae su origen de la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio



de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procesos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Esta incorporación se produjo por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. La incorporación de la mencionada Directiva ha supuesto una nueva regulación del precurso, que se lleva a cabo en el Libro II del Texto Refundido de la Ley Concursal aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, en redacción dada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre (en adelante, TRLC).

La comunicación de negociaciones se introdujo por vez primera en el Derecho español por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, en el apartado 5.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal<sup>2</sup>.

Se trataba de lograr un aplazamiento en el deber de solicitar el concurso para el deudor en estado de insolvencia actual y que le protegía frente a solicitudes de concurso necesario, para que el deudor pudiese negociar una propuesta anticipada de convenio “proporcionando un << escudo temporal >> frente a solicitudes de concurso necesario, durante un plazo de tres meses. La institución sin embargo comenzó pronto a utilizarse *de facto* como protección en procesos de refinanciación de deuda, viéndose alterado el presupuesto objetivo para el que inicialmente se concibió”<sup>3</sup>.

Posteriormente la reforma operada por Ley 38/2011, de 10 de octubre, suprimió la exigencia de que el deudor estuviera en situación de insolvencia actual para poder realizar la comunicación y permitió que esta se efectuase para alcanzar un acuerdo de refinanciación<sup>4</sup>.

El Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de financiación y reestructuración de deuda empresarial y la Ley 17/2014, de 30 de septiembre en que se transformó aquel real decreto-ley permitieron como novedad que la comunicación “paralizase las ejecuciones en trámite que pudieran malograr el buen fin de la negociación”<sup>5</sup>.

Con anterioridad, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización extendió el presupuesto objetivo de la comunicación, que ya no tenía solo por objeto alcanzar un convenio anticipado o un acuerdo de refinanciación sino también un acuerdo extrajudicial de pagos<sup>6</sup>.

Actualmente, el Texto Refundido de la Ley Concursal, en su redacción dada por Ley 16/2022, “preordena dicha comunicación exclusivamente a la conclusión de un plan de reestructuración”<sup>7</sup>.

Por lo tanto, “la comunicación de apertura de negociaciones... sigue siendo un mecanismo instrumental, como antes, al tratarse de un medio que facilita alcanzar la viabilidad de las empresas durante del periodo de negociaciones para alcanzar el plan de reestructuración, aunque ya no se configura como un mecanismo de protección para la negociación de un convenio anticipado ni un acuerdo extrajudicial de pagos (que desaparecen con la Reforma)”<sup>8</sup>.

En cuanto a los planes de reestructuración difieren de los acuerdos de refinanciación en que aquellos suponen un concepto más amplio que la mera refinanciación de una empresa, pues consistirían en “toda modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo de los deudores, o una

combinación de estos elementos, con objeto de permitir la continuación, en su totalidad o en parte de la actividad de los deudores”, no pudiendo la persona natural consumidora acudir a estos planes<sup>9</sup>.

Como señala NIETO DELGADO “se sustituye el contenido hasta ahora posible de los acuerdos de refinanciación, constreñido a la modificación o ampliación significativa de los créditos, por un abanico de medidas mucho más amplio, incluyendo estipulaciones sobre el activo, los contratos y la venta de las unidades productivas del deudor”<sup>10</sup>.

Es decir, los planes de reestructuración no consisten “en una mera ampliación o modificación significativa de los créditos del deudor, sino que pueden incluir cualquier otra reestructuración concerniente a su activo, sus fondos propios, la venta de sus bienes o derechos o bien de unidades productivas, así como la extinción de sus relaciones contractuales”<sup>11</sup>.

El sentido último, pues, de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores es que “el deudor pueda disfrutar de una paralización o suspensión temporal de las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, sobre los bienes necesarios para continuar con su actividad empresarial, con el fin de facilitar las negociaciones de ese plan de reestructuración. Esta continuidad permitirá preservar el valor de la empresa y, por consiguiente, si las negociaciones culminan satisfactoriamente, maximizar el excedente de valor asociado a una reestructuración preconcursal”<sup>12</sup>.

## II. PRESUPUESTOS DE LA COMUNICACIÓN DE NEGOCIACIONES

### 1. PRESUPUESTO OBJETIVO

El presupuesto objetivo de la comunicación de negociaciones se encuentra regulado en el artículo 584.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal que señala:

“La comunicación de apertura de negociaciones o la homologación de un plan de reestructuración procederán cuando el deudor se encuentre en *probabilidad de insolvencia, de insolvencia inminente o insolvencia actual*”.

La *probabilidad de insolvencia* se define en el artículo 584.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal como aquella situación en que “sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años”.

En cuanto a la insolvencia actual y la insolvencia inminente hay que acudir al artículo 2.3 del Texto Refundido de la Ley Concursal, según el cual, se encuentra en estado de *insolvencia actual* el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Y se encuentra en estado de *insolvencia inminente* el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

En caso de probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente, el deudor, sea persona natural o jurídica, podrá comunicar al juzgado competente para la declaración de concurso la existencia de negociaciones con los acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra (art. 585.1 TRLC). Si el deudor

estuviese en estado de insolvencia actual podrá efectuar dicha comunicación *en tanto no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario* (art. 585.2 TRLC).

Esta última previsión “que guarda vinculación exclusivamente con las especificidades del Derecho concursal español y que no viene imperativamente exigida por la Directiva europea, parece querer evitar la presentación de comunicaciones de negociaciones << defensivas >> o << fraudulentas >>, utilizadas por el deudor que está incumpliendo su deber de acudir al concurso, pretendiendo prevalerse de la protección de las negociaciones de una refinanciación que podría ser inviable o incluso inexistente, con fines meramente dilatorios o enervantes de una solicitud de concurso necesario”<sup>13 14</sup>.

Finalmente, de acuerdo con el artículo 609 del Texto Refundido de la Ley Concursal “una vez formulada la comunicación, no podrá presentarse otra por el mismo deudor en el plazo de un año, a contar desde la presentación”.

## 2. PRESUPUESTO SUBJETIVO

Según el artículo 583 del Texto Refundido de la Ley Concursal *cualquier persona natural o jurídica que lleve a cabo una actividad empresarial o profesional* podrá efectuar la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o solicitar directamente la homologación de un plan de reestructuración de conformidad con lo previsto en el Libro II del Texto Refundido de la Ley Concursal que lleva por rúbrica “*Del derecho preconcursal*”.

El artículo 583.2 TRLC excluye a una serie de deudores del ámbito de aplicación del Libro II, entre ellos, *las personas naturales consumidoras*<sup>15</sup>, las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público y las microempresas (que se sujetan a lo previsto en el Libro III del TRLC)<sup>16</sup>.

En función del sujeto que realice la comunicación, el Texto Refundido de la Ley Concursal establece tres regímenes distintos:

- a) La comunicación de negociaciones efectuada en general por el deudor comerciante, “pero reservadas *de facto* a grandes empresas, sometidas exclusivamente al Título II del Libro II (arts. 585 a 613 TRLC)”.
- b) Las comunicaciones de “personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que en el balance del ejercicio anterior a la comunicación tuvieran un número de empleados no superior a 49, un volumen de negocios anual no superior a los 10 millones de euros y que adicionalmente no pertenezcan a un grupo consolidable: en este caso cabe la comunicación del Libro II, pero con las particularidades del artículo 683” y
- c) Las comunicaciones de “microempresas que quedan incluidas en el ámbito subjetivo del Libro III (personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que en el año anterior haya empleado una media inferior a 10 trabajadores y tengan un volumen de negocio anual no inferior a 750.000 euros o un pasivo inferior a

350.000 euros: en este caso cabe igualmente la comunicación, pero con sujeción a las particularidades previstas en la Ley Concursal (art. 690)<sup>17</sup>.

### III. CONTENIDO DE LA COMUNICACIÓN Y FORMA DE LLEVARSE A CABO

La cuestión se encuentra regulada en el artículo 586 TRLC que señala que la comunicación debe realizarse a través de la sede judicial electrónica<sup>18</sup> o por medios telemáticos o electrónicos *excepto en el caso de personas no obligadas a comunicarse con la Administración de Justicia por medios electrónicos*.

Si bien, si bien NIETO DELGADO considera que tras la reforma de 2022, “sigue sin clarificarse si la presentación de la comunicación de negociaciones precisa de abogado y procurador” y que “no tratándose de actos para los cuales la LEC art. 23 o 31 exima de la asistencia y representación de dichos profesionales, conviene entender que la presencia de ambos es obligatoria” en analogía con lo dispuesto para el concurso, (art. 510 TRLC)<sup>19</sup>, lo cierto es que de acuerdo con 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, artículo 32, *se exceptúa de la presentación de escritos y documentos por medios electrónicos a las personas físicas que conforme a las leyes procesales no actúen representadas por Procurador*.

La interpretación sistemática del artículo 586 TRLC con este artículo 32 del Real Decreto-Ley 6/2023, nos lleva por tanto a considerar que no se exige la actuación mediante Procurador para la presentación de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores, pudiendo elegir en este caso la persona física si se comunica con el juzgado mercantil a través de medios electrónicos o no.

El deudor en su comunicación deberá expresar el siguiente contenido:

- 1º. Las razones que justifican la comunicación con referencia al estado en que se encuentra, sea probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual.
- 2º. El fundamento de la competencia del juzgado para conocer de la comunicación.
- 3º. La relación de los acreedores con los que se haya iniciado o tenga intención de iniciar negociaciones, el importe de los créditos de cada uno de ellos y el importe total de los créditos. Si entre ellos figurasen acreedores especialmente relacionados con el deudor se indicará cuáles tienen esta condición (arts. 282 a 284 TRLC).
- 4º. Cualquier circunstancia existente o que pueda sobrevenir susceptible de afectar al desarrollo o al buen fin de las negociaciones.
- 5º. La actividad o actividades que desarrolle, así como el importe del activo y del pasivo, la cifra de negocios y el número de trabajadores al cierre del ejercicio inmediatamente anterior a aquel en que presente la comunicación.
- 6º. Los bienes o derechos que se consideren necesarios para la continuidad de su actividad empresarial o profesional. Si se siguieran ejecuciones

contra esos bienes, identificará en la comunicación cada una de las que se encuentren en tramitación.

- 7°. Los contratos necesarios para la continuidad de su actividad.
- 8°. En su caso, la solicitud del deudor de nombramiento de experto en la reestructuración.
- 9°. En su caso, la solicitud del carácter reservado de la comunicación.
- 10°. En el caso de que se pretenda que el plan de reestructuración afecte al crédito público, la acreditación de encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, mediante la presentación por el deudor en el juzgado de las correspondientes certificaciones emitidas por la AEAT y la TGSS, o la declaración del deudor de que no se encuentra en dicha situación.

En cualquier momento mientras estén en vigor los efectos de la comunicación, podrá comunicar el deudor al juzgado la ampliación o reducción de los acreedores con los que mantiene las negociaciones y la modificación del importe individual o total de los créditos. Lo que obedece a que cuando en el Título II del Libro II (arts. 585 a 613 TRLC) se establece algún porcentaje del pasivo para el ejercicio de determinados derechos o facultades, se calcula sobre la base de los datos más recientes comunicados al juzgado.

Como se desprende del artículo 586 TRLC, *“no es preciso que la comunicación deje constancia de que las negociaciones ya han sido iniciadas: basta con que se exprese la intención de iniciarlas de inmediato*. No se arbitra ningún tipo de control concerniente a la inmediatez exigida en ese comienzo del proceso negociador. No parece que la apreciación por el Letrado de la Administración de Justicia de que la declaración de intenciones de iniciar negociaciones no es real o no concreta la fecha o proximidad de ese inicio pueda considerarse un defecto formal de la comunicación susceptible de subsanación, en los términos del TRLC, art. 588.2. En la medida en que la LC, art. 588.3 instituye una presunción de veracidad en relación con las manifestaciones del deudor concernientes a la situación en que se encuentra (insolvencia actual, inminente o probable), es dable pensar que la misma regla será también aplicable a la declaración de intenciones de iniciar unas negociaciones con los acreedores que todavía no han tenido un efectivo comienzo”<sup>20</sup>.

Por otro lado “cabe razonablemente interpretar que no es preciso aportar todos los documentos acreditativos de cada una de las informaciones exigidas...; ello podría deducirse recurriendo a una interpretación flexible de la falta de exigencia de que el deudor acredite su estado”<sup>21</sup>.

La comunicación debe presentarse ante el juzgado competente para el conocimiento del concurso del deudor (arts. 44, 45 y 585 TRLC). Dicho juzgado conocerá de manera exclusiva y excluyente de la comunicación; de los efectos de la comunicación que requieran decisión judicial; de la prórroga de los efectos de la comunicación, y de las impugnaciones de las decisiones judiciales sobre estas materias (art. 593 TRLC).

Cuando el letrado de la Administración de Justicia estime de oficio que, con arreglo a las normas sobre competencia internacional o territorial, el juzgado no es competente para conocer de la comunicación, dará cuenta de inmediato al juez, quien oír al solicitante y al Ministerio Fiscal por el plazo común de cinco días, resolviendo al siguiente mediante auto. Contra el auto que declare la falta de com-

petencia internacional o territorial se podrá interponer recurso de apelación (art. 589 TRLC).

Además, cualquier acreedor podrá formular declinatoria por falta de competencia internacional o territorial en el plazo de diez días a contar desde la publicación en el Registro público concursal de la resolución teniendo por formulada la comunicación o, en el caso de que tuviera carácter reservado, desde el momento en que hubiere tenido conocimiento de esa comunicación. La declinatoria ha de presentarse ante el juez, quien la tramitará y decidirá de conformidad con lo previsto en la legislación procesal civil (art. 592 TRLC).

#### IV. RESOLUCIÓN SOBRE LA COMUNICACIÓN

La resolución judicial teniendo por efectuada la comunicación se dictará sin necesidad de que el deudor acredite el estado de insolvencia actual, inminente o probabilidad de insolvencia en que se encuentre (art. 588.3 TRLC).

En el plazo máximo de 2 días, si el letrado de la Administración de Justicia estima que con arreglo a las normas sobre competencia internacional o territorial (art. 45 y 753 a 755 TRLC) el juzgado es competente y comprueba que la comunicación no presenta defectos formales, la tendrá por efectuada por medio de decreto *con efectos a la fecha en la que se hubiera presentado*, con formación de los correspondientes autos<sup>22</sup>.

Es decir, una vez que se tiene por efectuada la comunicación los efectos de la misma se retrotraen a la fecha de presentación.

Si a la fecha de comunicación se hubiera admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario, la comunicación no producirá ningún efecto hasta que se resuelva esta solicitud en sentido negativo (no se declara el concurso del deudor) o bien declarado el concurso, en recurso de apelación presentado por el deudor se estima el mismo (art. 25 TRLC). Sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios a que se refiere el artículo 27 TRLC<sup>23</sup>, la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores podrá ser entonces tenida por efectuada con efectos a la fecha en que se hubiere presentado (art. 588.4 TRLC).

El decreto teniendo por efectuada la comunicación tendrá el contenido detallado en el artículo 590 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

- 1º. Identidad del deudor que hubiere realizado la comunicación-
- 2º. Motivos en que se funda la competencia territorial e internacional del juzgado al que se ha dirigido la comunicación y, en particular, si se basa en la localización del centro de los intereses principales o de un establecimiento del deudor.
- 3º. La fecha de la comunicación y de la resolución teniéndola por efectuada o no efectuada.
- 4º. El importe del pasivo total expresado en la comunicación.
- 5º. La identidad del experto en la reestructuración, si hubiere sido nombrado. Como señala NIETO DELGADO, en la medida en que el artículo 676 del TRLC dispone que el nombramiento de experto habrá de ser forzosamente acordado por el juez “cabe sobreentender que, presentada la comunicación incluyendo una petición por parte del deudor de

nombramiento de experto, habrán de quedar los autos sobre la mesa del juez con carácter previo al dictado del decreto teniendo por efectuada la comunicación para que designe al experto”<sup>24</sup>.

- 6º. La identificación de las ejecuciones contra bienes o derechos que el deudor considera necesarios para la continuación de su actividad empresarial o profesional y de las garantías otorgadas por terceros que han de quedar afectadas por la comunicación. En el mismo día en que se dicte el decreto teniendo por efectuada la comunicación el letrado de la Administración de Justicia lo remitirá por medios electrónicos a cada una de las autoridades judiciales que estén conociendo de las ejecuciones a efectos de proceder a su suspensión<sup>25</sup>.

La resolución que tenga por efectuada la comunicación se publicará en el Registro Público Concursal, salvo que en la propia comunicación el deudor hubiera solicitado que se mantuviera reservada (art. 591 TRLC).

Contra esta resolución del letrado de la Administración de Justicia cualquier acreedor podrá interponer recurso de revisión por los siguientes motivos *ex art. 590.3 TRLC*:

- 1º. Que el deudor hubiere presentado una comunicación dentro del año anterior. Como señala el artículo 609 del Texto Refundido de la Ley Concursal “una vez formulada la comunicación, no podrá presentarse otra por el mismo deudor en el plazo de un año, a contar desde la presentación”.
- 2º. Que los bienes o derechos contra los que se siguen ejecuciones o frente a los que se pretende iniciarlas no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor.
- 3º. Que los efectos de la comunicación no deben extenderse a determinadas garantías otorgadas por terceros.

El plazo para interponer el recurso es de cinco días desde la inscripción de la resolución en el Registro Público Concursal. En el caso de ejecuciones en tramitación, el plazo de cinco días se cuenta desde la notificación de la resolución por la que la autoridad judicial que estuviera conociendo de la ejecución la suspenda (art. 590.3.2º TRLC).

## V. EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN

Los efectos de la comunicación se producen *ope legis*, o sea, por ministerio de la ley, distinguiendo la ley cuatro tipos de efectos en paralelo a los efectos que produce la declaración de concurso: efectos sobre el deudor; los créditos; los contratos y las acciones y procedimientos ejecutivos<sup>26</sup>.

### 1. EFECTOS SOBRE EL DEUDOR

De acuerdo con el artículo 594 TRLC el deudor no ve afectadas sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio por efecto de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores. Tampoco el nombramiento de experto en reestructuración afecta a dichas facultades, aunque si se hubiere

nombrado a este experto “el deudor no puede acudir sin más al concurso de acreedores rompiendo abruptamente las negociaciones [lo que daría lugar a una *culpa in contrahendo* y a la aplicación del artículo 1902 del CC], ya que el experto puede bloquear esa decisión de forma temporal” (art. 612.1 TRLC)<sup>27</sup>.

Como señala el artículo 612.1 TRLC “*mientras estén en vigor los efectos de la comunicación, la solicitud de concurso presentada por el deudor podrá ser suspendida por el juez a instancia del experto en la reestructuración, si hubiera sido nombrado, o de los acreedores que, en el momento de la solicitud representen más del cien por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración. En la solicitud deberá acreditarse la presentación de un plan de reestructuración por parte de los acreedores que tenga probabilidad de ser aprobado*”.

En la medida en que el decreto teniendo por efectuada la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores no afecta a las facultades de administración y disposición del concursado no será inscribible en el Registro de la Propiedad (art. 2.4 LH) ni en el Registro Civil (art. 4.14º y 72.2 LRC).

## 2. EFECTOS SOBRE LOS CRÉDITOS

“En la práctica era frecuente la inclusión en contratos, especialmente de financiación, de la cláusula de vencimiento anticipado por la entrada en concurso de acreedores o la comunicación de precurso. La Ley 22/2003, ya recogía que la cláusula relativa al concurso de acreedores se tenía por no puesta, pero no se resolvía la situación de la comunicación de precurso”. Es por ello que el artículo 595 TRLC establece en relación con los créditos a plazo (es decir, los que tienen señalado un término de ejecución como indica el artículo 1125 del Código Civil: “las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto sólo serán exigibles cuando el día llegue”) que la comunicación por sí sola no produce el vencimiento anticipado de los créditos y que serán ineficaces las cláusulas contractuales que prevean la modificación de los términos y condiciones del crédito, incluido su vencimiento anticipado, por esa sola causa, o sea por la presentación de la comunicación, por la solicitud de suspensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos o por otra circunstancia análoga o directamente relacionada con ellas<sup>28</sup>. “Se trata de impedir que determinadas cláusulas incluidas en contratos puedan comprometer durante la fase de negociaciones la posibilidad de lograr un plan de reestructuración”<sup>29</sup>.

“En relación con las garantías de terceros, se mantiene la posibilidad de que el acreedor, pese a la comunicación de precurso, pueda realizar la garantía personal o real de terceros para satisfacer su crédito, siempre que el crédito con garantía hubiera vencido. Y en consonancia con esta regla, los garantes no podrán invocar la comunicación en perjuicio del acreedor, incluso aunque este participe en las negociaciones”<sup>30</sup>.

No obstante, la comunicación suspenderá la ejecución de las garantías personales o reales prestadas por cualquier otra sociedad del grupo no incluida en la comunicación cuando así lo haya solicitado la sociedad deudora acreditando que la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia de la sociedad garante y de la sociedad deudora (art. 586.2 TRLC)<sup>31</sup>.



Se trata de un privilegio para las sociedades del mismo grupo que la deudora, que hayan prestado garantías personales o reales a favor de ésta<sup>32</sup>.

### 3. EFECTOS SOBRE LOS CONTRATOS

De acuerdo con el artículo 597 TRLC la comunicación de apertura de negociaciones no afectará por sí sola a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, teniéndose por no puestas las cláusulas contractuales que prevean la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada del contrato por el mero motivo de la presentación de la comunicación o su admisión a trámite; la solicitud de suspensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos o cualquier otra circunstancia análoga o relacionada directamente con las anteriores.

El precepto recoge el principio general de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y deja sin efecto las llamadas cláusulas *ipso facto*<sup>33</sup>.

No obstante, sí podrá tener lugar la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada del contrato por cualquier motivo distinto de los previstos en el artículo 597 TRLC (art. 598.1 TRLC), con la excepción de que tratándose de contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, las facultades de suspender el cumplimiento de sus obligaciones por la contraparte del deudor, o de modificar, resolver o terminar anticipadamente por incumplimientos anteriores a la comunicación *no podrán ejercitarse* mientras se mantengan los efectos de la comunicación (arts. 611 y 607 TRLC) sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos, pudiendo la contraparte afectada interponer recurso de revisión si considera que su contrato no es necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional, recurso del que conocerá el juzgado ante el que se presentó la comunicación (art. 593 TRLC).

“Se trata de una medida orientada a impedir que se pueda frustrar el buen fin de la reestructuración; pero como medida de garantía del tercero, la ley permite a la contraparte afectada interponer recurso de revisión si considera que su contrato no es necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor”<sup>34</sup>.

De este modo se impide que “durante el mantenimiento de las negociaciones encaminadas a la aprobación de un plan de reestructuración el deudor pueda perder contratos estratégicos que resulten esenciales para su supervivencia”<sup>35</sup>.

“Suponiendo que el deudor, por ejemplo, acumule reiterados impagos en arriendos ... antes de comunicar las negociaciones, no hay forma de resolver esos contratos ni dejar de seguir cumpliéndolos durante el tiempo que duren las negociaciones (que pueden prolongarse hasta medio año): únicamente le cabe al contratante *in bonis* [la contraparte] la opción de impugnar la necesidad del contrato, mediante un recurso de revisión (se entiende que frente al decreto teniendo por efectuada la comunicación, que los habrá reseñado, reproduciendo sin variación el listado proporcionado por el propio deudor)” *ex* art. 586.1.7º TRLC<sup>36</sup>.

La norma no precisa qué solución debe adoptarse en el caso de incumplimientos posteriores a la comunicación, pero pienso que la solución a adoptar es

la misma que para los incumplimientos anteriores si realmente se quiere dotar al deudor de un escudo protector para mantener la actividad mientras se negocia el plan de reestructuración, el cual, si afecta a los créditos pecuniarios derivados de tales obligaciones recíprocas (rentas del arrendamiento, por ejemplo) parece que impedirá también la reactivación de la facultad de resolver el contrato si se establecen aplazamientos, por ejemplo<sup>37</sup>.

Finalmente, el artículo 599.3 TRLC matiza que *en ningún caso* podrán vencer anticipadamente, resolver o terminar los contratos de *suministro de bienes o energía necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor*, a menos que tales contratos se hubieren negociado en mercados organizados de modo que puedan ser sustituidos en cualquier momento por su valor de mercado. Entiendo que el precepto se refiere a la sustitución por nuevos contratos de igual onerosidad.

#### 4. EFECTOS SOBRE LAS ACCIONES Y PROCEDIMIENTOS EJECUTIVOS

##### 4.1. *Prohibición de inicio o suspensión de ejecuciones sobre bienes necesarios para la actividad empresarial o profesional*

El artículo 600 LEC establece como regla general la *prohibición de inicio de ejecuciones*, la cual está limitada temporalmente a 3 meses *desde la fecha en que se presentó la comunicación* (art. 588.1 TRLC), *aunque admite prórroga de tres meses adicionales* (art. 607 TRLC), y afecta a cualquier tipo de ejecución, ya sea judicial o extrajudicial, con excepción de las ejecuciones atinentes a créditos públicos (art. 605 TRLC), siempre que recaigan sobre bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional<sup>38</sup>.

De este modo el artículo 600 TRLC señala que hasta que transcurran tres meses a contar desde la presentación de la comunicación, los acreedores no podrán iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. El juzgado o notario ante el que se presente la solicitud de ejecución deberá consultar el Registro Público Concursal a efectos de comprobar la existencia o no de comunicación de apertura de negociaciones por el deudor (art. 591 TRLC y 551 LEC).

Como indica el artículo 551.1 LEC “presentada la demanda ejecutiva, 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 los títulos extrajudiciales que sirven de fundamento a la ejecución o que determinan la cantidad exigible, y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título, dictará auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma.

*Con carácter previo el letrado o letrada de la Administración de Justicia llevará a cabo la oportuna consulta al Registro Público Concursal a los efectos previstos en los artículos 600 y siguientes del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo”.*

El artículo 601 regula la *suspensión legal de las ejecuciones en tramitación*. En este caso, de acuerdo con el artículo 590.2 TRLC, el letrado de la Administración

de Justicia habrá remitido por medios electrónicos, a cada una de las autoridades judiciales que estén conociendo de las ejecuciones sobre bienes indicados por el deudor como necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional (art. 586.1.6° TRLC), el decreto que tiene por efectuada la comunicación, a efectos de que se proceda a la suspensión de tales ejecuciones. Es por ello que el artículo 601 TRLC indica que “desde que reciban la resolución del juzgado teniendo por efectuada la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores, las autoridades que estuvieren conociendo de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes o derechos *necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional* las suspenderá automáticamente hasta que transcurran tres meses a contar desde la comunicación efectuada por el deudor al juzgado competente, salvo que el deudor acredite haber solicitado prórroga”, en los términos del artículo 607 TRLC, en cuyo caso la suspensión podrá extenderse por un máximo de seis meses a contar desde la presentación de la comunicación de apertura de negociaciones.

#### 4.2. Posibilidad de paralización y suspensión de ejecuciones sobre bienes no necesarios para la actividad empresarial o profesional

A *sensu contrario* hay que entender que las ejecuciones relativas a bienes o derechos no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial (es decir, las relativas a bienes excluidos del contenido de la comunicación efectuada por el deudor *ex art. 586.1.6° TRLC*), podrán continuar<sup>39</sup>.

“Ahora bien, como novedad, el artículo 602 [TRLC], permite extender, hasta un plazo de 3 meses desde la presentación de la comunicación de apertura de negociaciones, la prohibición de inicio de ejecuciones o la suspensión de las ya iniciadas, *a todos o a alguno de los bienes y/o derechos que no fueran necesarios, contra uno o varios acreedores individuales o contra una o varias clases de acreedores, cuando resulte necesario para asegurar el buen fin de las negociaciones*. La petición podrá efectuarse en cualquier momento y corresponderá al deudor, debiendo acompañar, si se hubiese designado, informe favorable del experto en reestructuraciones. El auto resolviendo esta petición, si es favorable, se publicará en el Registro público concursal, y contra la decisión (favorable o no) cabrá interponer recurso de reposición”<sup>40</sup>.

Los efectos de esta medida se extenderán durante el plazo establecido en la sección 4ª, capítulo II, Título II, Libro Segundo del TRLC, o sea, por un plazo máximo de tres meses a contar desde la comunicación efectuada por el deudor al juzgado competente para conocer el concurso, salvo que el deudor acredite haber solicitado la prórroga (art. 602.1 *in fine* en relación con el art. 601 TRLC).

La suspensión general o individual de ejecuciones sobre bienes no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional deberá adoptarse con la opinión favorable del experto en reestructuración, cuando haya sido designado (art. 602.2 TRLC), y la resolución la adoptará el juez que conocería del concurso (art. 593 TRLC) mediante auto, *separada de la resolución teniendo por efectuada la comunicación*<sup>41</sup>.

Como la petición puede hacerse en cualquier momento podría solicitarse junto con la comunicación de apertura de negociaciones pero en escrito aparte (*erg. ex art. 586.1 TRLC*), siendo resuelta por el juez mediante auto, a diferencia de la resolución que tiene por efectuada la comunicación que es un decreto emitido por el letrado de la Administración de Justicia. Por analogía con lo dispuesto en el artículo 590.2 TRLC hay que entender que el órgano judicial deberá remitir el auto por medios electrónicos a cada una de las autoridades judiciales que estén conociendo de las ejecuciones sobre bienes no necesarios a efectos de proceder a su suspensión

Si las ejecuciones sobre bienes no necesarios hubieran sido prohibidas (art. 602.1 TRLC), como se prevé la publicación del auto que resuelve en este sentido en el Registro público concursal (art. 602.3 TRLC), será de aplicación lo previsto en el artículo 551 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### *4.3. Régimen especial para las ejecuciones de garantías reales*

En el caso de las garantías reales, el artículo 603 del Texto Refundido de la Ley Concursal prevé una regulación específica. La comunicación de la apertura de negociaciones *no impide iniciar la ejecución judicial o extrajudicial de las garantías reales* que el acreedor tenga sobre bienes del deudor por deudas de éste (art. 551 LEC), pero si la garantía recae sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor (art. 586.1.6º TRLC), el procedimiento iniciado se suspenderá por el juez que esté conociendo del mismo hasta que transcurran tres meses desde la comunicación.

Cuando la ejecución sea extrajudicial (p.e., venta extrajudicial de finca hipotecada), la suspensión la ordenará el juez ante el que se haya presentado la comunicación (art. 593 TRLC), debiendo solicitarla el deudor ante este órgano judicial, que remitirá telemáticamente el auto mediante el que resuelva la solicitud (*arg. ex art. 602.1 y 3 y 590.2 TRLC*) al notario actuante.

Si el titular del derecho real de garantía lo es por deuda ajena, o sea, el deudor es un hipotecante no deudor que ha garantizado deuda ajena mediante constitución de hipoteca u otra garantía real sobre un bien de su propiedad, el titular de la garantía podrá iniciar la ejecución incluso si la deuda garantizada es de una sociedad del mismo grupo que la sociedad que ha hecho la comunicación, pero si la garantía recae sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, se procederá a suspender el procedimiento de ejecución judicial o extrajudicial en los términos explicados antes.

Aunque el artículo 603 TRLC no lo especifica, si se hubiese solicitado prórroga de los efectos de la comunicación, la suspensión podrá extenderse hasta por seis meses (*arg. ex art. 601 en relación con el art. 607 TRLC y 604.2 TRLC*).

Para AZNAR GINER “el artículo 603 TRLC, en realidad, únicamente establece una regla específica para ejecuciones de garantías reales en orden a su inicio y paralización, otorgando rango a dichos acreedores ante un posterior concurso de acreedores del deudor”, de forma que el acreedor conserve el derecho de ejecución separada (*ex art. 149.1 y 2 TRLC*)<sup>42</sup>. No obstante también considera que aunque se hubiese activado la opción del artículo 602 TRLC, la suspensión no afectaría ni

regiría respecto de ejecuciones de garantías reales sobre bienes no necesarios. Lo que sería una especialidad respecto del régimen común<sup>43</sup>, opinión que no compartimos, dado que el artículo 604 del Texto Refundido, como explicaremos después, no diferencia entre ejecuciones ordinarias y ejecuciones de garantías reales, siendo su régimen aplicable a ambas<sup>44</sup>.

#### 4.4. La reanudación de las ejecuciones paralizadas o suspendidas

##### a) Recurso de revisión del decreto que tiene por verificada la comunicación

De acuerdo con el artículo 590.3 TRLC cualquier acreedor puede interponer recurso de revisión contra el decreto dictado por el letrado de la Administración de Justicia por unos motivos tasados, entre los que se encuentra “que los bienes o derechos contra los que se siguen ejecuciones o frente a los que se pretende iniciarlas *no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor*”, a pesar de lo expresado por este al efectuar la comunicación (art. 586.1.6° TRLC) y lo expresado en el decreto que tiene por efectuada la comunicación (art. 590.2 TTRLC).

El recurso de revisión puede interponerse en el plazo de cinco días a contar desde que se inscriba la resolución en el Registro Público Concursal o, en el caso de ejecuciones en tramitación, desde la notificación de la resolución por la que la autoridad judicial que estuviera conociendo de la ejecución la suspenda.

La estimación de este recurso determinará que las ejecuciones no iniciadas o suspendidas puedan iniciarse o reanudarse. Es decir, si el juez que debiera conocer del concurso del deudor considera que los bienes no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, las ejecuciones no iniciadas (art. 600 TRLC) o suspendidas (art. 601 TRLC) podrán iniciarse o reanudarse (art. 604 TRLC). *Salvo que, a solicitud del deudor, los efectos de la comunicación se hubiesen extendido a tales bienes (art. 604.1 TRLC).*

Dicha solicitud al poder plantearse en cualquier momento<sup>45</sup>, pienso que podría plantearse en la contestación al recurso de revisión. No obstante, si ello no fuere posible, entonces, en la solicitud del deudor para que los efectos de la comunicación se extiendan a bienes no necesarios (art. 602 TRLC) planteada tras un recurso de revisión que le es desfavorable, este podrá solicitar como medida cautelar la prohibición del inicio o la suspensión de ejecuciones sobre bienes no necesarios, con apoyo en el artículo 18 TRLC, según el cual el legitimado para instar el concurso necesario puede adoptar de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Civil, *las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor*. Integridad del patrimonio del deudor que se pretende también en este caso, a petición del deudor y para la consecución de un plan de reestructuración que evite el concurso de acreedores.

Lo explicado rige también para las ejecuciones de garantías reales, que podrán proseguir una vez iniciadas si se refieren a bienes no necesarios; pero que deben suspenderse si se refieren a bienes necesarios, salvo estimación del recurso de revisión presentado por el acreedor titular de la garantía (art. 604 TRLC), con

la excepción de que los efectos de la comunicación a solicitud del deudor se extiendan también a bienes no necesarios<sup>46</sup>.

b) Transcurso de los tres meses de efectos de la comunicación

En todo caso, las ejecuciones no iniciadas o suspendidas podrán iniciarse o reanudarse una vez haya transcurrido los tres meses de efectos de la comunicación de apertura de negociaciones, salvo prórroga de sus efectos con arreglo al artículo 607 y 608 TRLC<sup>47</sup>.

c) Créditos excluidos de la paralización o suspensión

La prohibición de inicio de ejecuciones o la suspensión de las ya iniciadas *en ningún caso será aplicable a las reclamaciones de créditos que legalmente no puedan quedar afectados por el plan de reestructuración* (art. 616.2 y 616 bis TRLC), como los créditos de alimentos (arts. 142 y ss. CC), los créditos derivados de responsabilidad civil extracontractual, los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección, etc.,<sup>48</sup>.

Si bien el artículo 616 bis del Texto Refundido de la Ley Concursal habla de una afectación del crédito público al plan de reestructuración “ello en modo alguno implica el despliegue general del efecto prohibitorio o suspensivo de ejecuciones a tales créditos públicos”, dado que se rigen por un precepto especial, el artículo 605 TRLC<sup>49</sup>.

En relación con el crédito público el artículo 605 del Texto Refundido señala que lo previsto en la sección sobre los efectos de la comunicación sobre las acciones y procedimientos ejecutivos no es de aplicación a los procedimientos de ejecución de acreedores públicos, *al tratarse de una categoría de acreedores que no se verá afectada por la suspensión de ejecuciones singulares*. Se excluye así por el artículo 605.1 del Texto Refundido la aplicación de lo dispuesto en los artículos 600 a 604 del mismo.

Si la ejecución del crédito público recayera sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, una vez iniciado el procedimiento de ejecución, *se podrá suspender exclusivamente en la fase de realización o enajenación por el juez que esté conociendo del mismo*. Pero si se hubiese recurrido en revisión el decreto del letrado de la Administración de Justicia y se hubiese resuelto que el bien no es necesario para la continuación de la actividad empresarial del deudor, la ejecución podrá continuar, sin tener que suspenderse en la fase de realización. Lo que no parece que quepa es que el deudor pueda solicitar la extensión de efectos de la comunicación a los bienes sobre los que el acreedor público está llevando a cabo la ejecución (art. 605.1 en relación con el artículo 602 TRLC).

Si la ejecución recayera sobre bienes o derechos no necesarios la ejecución podrá iniciarse o continuar, sin posibilidad de extender los efectos de la comunicación a tales bienes (art. 605.1 y 602 TRLC).

Si la ejecución del acreedor público sobre bienes necesarios lo es de una garantía real, no resulta de aplicación lo previsto en el artículo 603 TRLC, es decir, no hay suspensión por tres meses desde la fecha de la comunicación, *sino exclusivamente posible suspensión en la fase de realización o enajenación*.

Nótese que el artículo 605 habla de que la ejecución se podrá suspender *por el juez que esté conociendo de la misma*. Parece que la suspensión es facultativa y que el órgano decisorio es el juez ante el que se tramita la ejecución. Pero hay que pensar con mejor criterio que la decisión sobre tal suspensión corresponde al juez del concurso a petición del deudor, y que solo procederá si la continuación de la ejecución pudiese malograr el plan de reestructuración que estuviese negociando el deudor. En otro caso, la ejecución no podrá suspenderse. El art. 593 TRLC habla de que “el juzgado competente para conocer del concurso conocerá, con carácter exclusivo y excluyente, ... de los efectos de la comunicación que requieran decisión judicial”<sup>50</sup>.

Cuando la ejecución sea extrajudicial, el artículo 605.2 TRLC señala que la suspensión la podrá ordenar el juez ante el que se haya presentado la comunicación, exclusivamente en la fase de realización o enajenación.

En ambos casos, ya sea la ejecución judicial o extrajudicial, la suspensión, en su caso, acordada decaerá perdiendo toda su eficacia *una vez transcurridos tres meses desde el día de la comunicación, quedando sin efectos la suspensión*, sin que sea preciso dictar resolución judicial alguna o, en su caso, acto alguno por el letrado de la Administración de Justicia. Por lo que la suspensión efectiva puede producirse por un tiempo muy inferior a los tres meses, salvo que el deudor hubiese solicitado prórroga de los efectos de la comunicación<sup>51</sup>.

Finalmente, como señala AZNAR GINER, la paralización o suspensión de ejecuciones no afecta “a la interposición de procedimientos no ejecutivos frente al deudor”, o sea a los procedimientos declarativos que podrán iniciarse o continuarse; a las ejecuciones singulares de garantías por créditos frente al deudor pero que no tengan por objeto bienes o derechos de su propiedad, salvo lo que hemos comentado antes sobre las garantías otorgadas por sociedades del mismo grupo que la comunicante. Finalmente, los efectos de la comunicación no se extienden a “medidas cautelares que no deriven de procedimientos ejecutivos impactados por los artículos 600 y ss. TRLC”<sup>52</sup>.

## 5. EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN SOBRE LAS SOLICITUDES DE CONCURSO NECESARIO

Las solicitudes de concurso necesario presentadas después de la comunicación se repartirán al juzgado que hubiere tenido por efectuada la comunicación. Ahora bien, no se admitirán a trámite hasta que hubiese transcurrido el plazo de tres meses a contar desde la presentación de la comunicación o su prórroga. Las solicitudes de concurso necesario presentadas antes de la comunicación y aún no admitidas a trámite al presentarse la comunicación, quedarán en suspenso por el mismo plazo de hasta 6 meses a contar desde la fecha de presentación de la comunicación (art. 610.1 y 2 TRLC).

Dichas solicitudes de concurso necesario y las que se presenten una vez transcurrido el tiempo durante el que es eficaz la comunicación, se proveerán transcu-

rrido un mes sin que el deudor hubiera solicitado su concurso voluntario, sin perjuicio de la adopción por el juez de las medidas cautelares que estime oportunas.

Hay que tener en cuenta que el deudor que no haya alcanzado un plan de reestructuración durante el periodo en que surte efectos la comunicación de apertura de negociaciones (3 o 6 meses), debe solicitar la declaración de concurso voluntario, dentro del mes siguiente (art. 611 en relación con el artículo 610.3 TRLC), salvo que no se encontrara en estado de insolvencia actual<sup>53</sup>.

Si el deudor presenta la solicitud de concurso voluntario durante dicho mes, esta solicitud se tramitará en primer lugar.

Declarado el concurso a instancia del deudor, las solicitudes que se hubieren presentado antes de la solicitud del deudor y las que se hayan presentado después, se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes (art. 610 TRLC).

#### 6. EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN SOBRE LAS SOLICITUDES DE CONCURSO VOLUNTARIO

Durante la negociación del plan de reestructuración, el deudor podría plantear una solicitud de concurso voluntario. El artículo 612 del Texto Refundido de la Ley Concursal prevé que mientras estén en vigor los efectos de la comunicación o su prórroga, la solicitud de concurso voluntario podrá ser suspendida por el juez a instancia del experto en reestructuración, si hubiere sido nombrado, o de acreedores que, en el momento de la solicitud, representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración (art. 586.3 y 4 y art. 612.1 TRLC). A su solicitud deberán acompañar los acreedores la presentación de un plan de reestructuración que tenga probabilidad de ser aprobado.

Se trata de que la solicitud de concurso voluntario quede suspendida “cuando existan probabilidades de alcanzar un plan de reestructuración en un breve plazo” con el fin de prevenir que el deudor “frustre la adopción de un plan de reestructuración cuyas negociaciones están muy avanzadas”<sup>54</sup>.

La suspensión de la solicitud de concurso voluntario se levantará si en el plazo de un mes desde su presentación los acreedores no hubieren presentado la solicitud de homologación del plan de reestructuración (art. 612.2 TRLC).

Sin embargo, no se suspenderá la solicitud de concurso voluntario presentada por el deudor durante el periodo de vigencia de los efectos de la comunicación o su prórroga en el caso de deudor persona natural o en el caso de deudor persona jurídica cuando se trate de una sociedad cuyos socios o algunos de ellos sean legalmente responsables de las deudas sociales (art. 612.3 TRLC).

#### 7. SUSPENSIÓN DE LA CAUSA DE DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS CUALIFICADAS

En las sociedades de capital, mientras estén en vigor los efectos de la comunicación, quedará en suspenso el deber legal de acordar la disolución por existir pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social (art. 613 TRLC)<sup>55</sup>.



## V. PRÓRROGA DE LOS EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN

“Una de las novedades introducidas por la reforma concursal de 2022 la constituye la prórroga sobre los efectos de la comunicación de apertura de negociaciones. Inicialmente está prevista por un periodo de 3 meses. No obstante, antes de finalizar dicho plazo, el deudor o los acreedores que representen más del 50 % del pasivo que pueda resultar afectado por el plan de reestructuración en el momento de la solicitud de prórroga, excluyendo para el cómputo los que tengan consideración de subordinados, pueden solicitar al juez una prórroga de 3 meses adicionales”<sup>56</sup>.

En efecto, el artículo 607 del Texto Refundido de la Ley Concursal señala que “antes de que finalice el periodo de tres meses a contar desde la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores, el deudor o los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud de la prórroga, pueda resultar afectado por el plan de reestructuración, deducido el importe de los créditos que, *en caso de concurso tendrían la consideración de subordinados*, podrán solicitar del juez la concesión de prórroga de los efectos de esa comunicación por un periodo de hasta otros tres meses sucesivos a la ya concedida. La solicitud de prórroga deberá ir acompañada de informe favorable del experto en reestructuración, si hubiera sido nombrado”.

Para el cálculo del porcentaje de más del 50 % del pasivo que pueda resultar afectado por la reestructuración habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 586.4, 616 y 616 bis así como los artículos 281 a 284 del Texto Refundido de la Ley Concursal<sup>57</sup>.

A la solicitud de prórroga presentada bien por el deudor, bien por los acreedores mencionados deberán acompañarse los siguientes documentos:

- “Acta de conformidad firmada por los acreedores que representen más del 50 % del pasivo afecto al plan de reestructuración, excluyéndose para dicho cómputo los créditos subordinados; o bien una declaración responsable firmada por el mismo [deudor] por la que manifieste que ha obtenido la conformidad de los anteriores<sup>58</sup>.
- Informe favorable del Experto de reestructuración, en caso de que hubiera sido nombrado<sup>59</sup>.
- Detalle del estado de las negociaciones y las cuestiones pendientes de acuerdo.
- Expresión de la identidad de los acreedores que hayan manifestado expresamente oposición a la solicitud de prórroga o no se hubieran pronunciado”<sup>60</sup>.

La presentación de esta documentación es necesaria en la medida en que el Juez puede conceder o no la prórroga solicitada y deberá formar su convicción apoyándose en los extremos acreditados por dichos documentos.

Como la ley no precisa la forma en que el deudor deberá informar de la solicitud de prórroga que se propone efectuar a los acreedores, será suficiente con verificar una comunicación electrónica, pudiendo manifestar los acreedores igualmente por la vía del correo electrónico su oposición o adhesión a la prórroga o bien abstenerse de pronunciarse al respecto<sup>61</sup>. Estas comunicaciones servirán de base a la declaración responsable del deudor.

“La solicitud de prórroga se adoptará en forma de auto dentro de los 5 días siguientes a su presentación, donde se expresará si se concede o se deniega la misma (art. 607.4 TRLC). En todo caso, mientras no se resuelva dicha solicitud por parte del Juez, seguirán vigentes los efectos iniciales de la comunicación (art. 607.3 TRLC).

Igualmente, en el mismo día en que se dicte el auto resolviendo la solicitud de prórroga, el letrado de la Administración de Justicia deberá remitir por medios electrónicos al Registro Público Concursal, así como a cada una de las autoridades judiciales o administrativas que estén conociendo las ejecuciones, dicha resolución a fin de que mantengan la suspensión hasta que finalice la prórroga concedida. Además, la prórroga será objeto de inscripción en el Registro Público Concursal, incluso si la comunicación se hizo inicialmente con carácter reservado (art. 607.4 TRLC).

Contra el auto concediendo la prórroga cabe recurso de reposición. Sin embargo, en caso de que sea denegada, no será susceptible de recurso alguno (art. 607.5 TRLC)<sup>62</sup>.

La norma no contempla la posibilidad de que los acreedores contrarios a la prórroga puedan personarse y formular alegaciones al respecto por lo que la oposición a la misma deberá vehicularse a través del recurso de reposición frente al auto que conceda tal prórroga<sup>63</sup>.

Si el juez deniega la prórroga, como hemos dicho, contra tal resolución no cabrá recurso alguno, es decir, no cabe que el deudor vuelva a plantear la cuestión, ni tampoco los acreedores legitimados favorables a la misma.

## VI. LEVANTAMIENTO DE LA PRÓRROGA

Es posible obtener un levantamiento de la prórroga de los efectos de la comunicación, bien con carácter general para todos los acreedores afectados por la eficacia de la comunicación o bien con carácter particular para un determinado acreedor.

El levantamiento de la prórroga con carácter general podrá decretarlo el juez, dejando sin efecto aquella, a solicitud de los siguientes legitimados:

1. A solicitud del deudor o del experto en reestructuración si hubiere sido nombrado. Por ejemplo, el deudor presenta solicitud de concurso voluntario y acompaña solicitud de levantamiento de los efectos de la prórroga a fin de que no resulte de aplicación el artículo 612 del Texto Refundido de la Ley Concursal.
2. A solicitud de los acreedores que representen al menos el cuarenta por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud, pueda resultar afectado por el plan de reestructuración, deducido el importe de los créditos que en caso de concurso tendrían la consideración de subordinados;
3. A solicitud de cualquier acreedor, en cuyo caso este deberá acreditar que la prórroga de los efectos de la comunicación ha dejado de cumplir el objetivo de favorecer las negociaciones del plan de reestructuración.

Es de notar que la acreditación de que la prórroga de los efectos de la comunicación ha dejado de cumplir el objetivo de favorecer las negociaciones del plan

de reestructuración solo se exige al acreedor que opera aisladamente del resto de acreedores, pudiendo obedecer a otras causas en el caso de que la solicitud la dirijan otros legitimados, causas que el artículo 608.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal no exige poner de manifiesto, *debiendo* el juez, en todo caso, dejar sin efecto la prórroga.

Como hemos dicho cualquier acreedor puede solicitar ser excluido individualmente de los efectos de la prórroga si esta pudiera causarle un perjuicio injustificado. Se entiende por perjuicio injustificado, en particular, el que el mantenimiento de los efectos de la prórroga pudiera provocar su insolvencia actual o una disminución significativa del valor de la garantía que tuviera el crédito de que fuera titular, pero ello no obsta a que se pueda acreditar cualquier otro perjuicio injustificado.

El acreedor también puede individualmente solicitar ser excluido de los efectos de la prórroga, si la suspensión o paralización de las ejecuciones solo afectara a las que tuvieran por objeto bienes o derechos necesarios (es decir, el deudor no ha hecho uso de la facultad que le concede el artículo 602 TRLC) y, en el momento de solicitar su exclusión, los bienes objeto de ejecución hubieran perdido ese carácter.

Las solicitudes de levantamiento de prórroga se tramitarán conforme a las normas del recurso de reposición, que podrá interponerse en cualquier momento mientras esté vigente la prórroga (art. 608.3 TRLC).

## VIII. FINALIZACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN

Una vez transcurrido el plazo de tres meses (y su eventual prórroga) desaparecen los efectos que produjo la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores que favorecían la consecución de un plan de reestructuración. Ello no implica que la negociación termine fracasando o que se rompan bruscamente las negociaciones<sup>64</sup>. Las ejecuciones podrán iniciarse o reanudarse, podrán producirse resoluciones contractuales, se activarán de nuevo las solicitudes de concurso necesario suspendidas y revivirá el deber de solicitar el propio concurso, ello únicamente si no se hubiese alcanzado la reestructuración y el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual<sup>65</sup>.

## IX. CONCLUSIONES

1. La comunicación de apertura de negociaciones tiene por objeto facilitar la consecución de un plan de reestructuración que evite el concurso de acreedores. Es por este motivo que los efectos de la comunicación se extienden a los créditos (evitando el vencimiento anticipado de los mismos), a los contratos (evitando su resolución por incumplimientos anteriores a la comunicación), y a las ejecuciones de bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial (determinando la prohibición de inicio o su suspensión). Se trata de garantizar un escenario de

- continuidad de la actividad empresarial en el marco del cual se negocie el plan de reestructuración.
2. La reforma operada por la Ley 16/2022 permite ampliar la prohibición de inicio o suspensión de ejecuciones a los bienes no necesarios a solicitud del deudor. Lo cual es extensible a las ejecuciones de garantías reales, también afectadas por las prórrogas de los efectos de la comunicación.
  3. El crédito público goza de un régimen especial según el cual, si la ejecución del crédito público recayera sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, una vez iniciado el procedimiento de ejecución, se podrá suspender exclusivamente en la fase de realización o enajenación por el juez que esté conociendo del mismo.

## X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- AJM nº 1 de La Coruña 153/2023, de 11 de enero de 2023
- AJM nº 4 de Barcelona 1807/2023, de 12 de junio de 2023
- AJM nº 8 de Barcelona 2542/2023, de 27 de junio de 2023

## XI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIOL PLANS, J. (2022). *Claves y aspectos prácticos de la reforma concursal y paraconcursal*. Madrid: Bosch.
- ALBIOL PLANS, J. (2022). *Práctica Concursal*. Tomo II. Madrid: Bosch.
- ALONSO-MUÑAMER, M<sup>a</sup>. E.; SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (2022). *Reforma Concursal Ley 16/2022*. Guía rápida Francis Lefebvre. Madrid: Lefebvre-El Derecho.
- AZNAR GINER, E. (2022). *La comunicación preconcursal de apertura de negociaciones, planes de reestructuración, insolvencia y concurso de acreedores*. Adaptado y revisado conforme a la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal. Valencia: Tirant lo Blanch.
- AZOFRA VEGAS, F. (2022) La suspensión de ejecuciones en el precurso tras la Ley 16/2022. *Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones*, núm. Extra 7 (Ejemplar dedicado a: Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023), 93–128.
- CABANAS, R. La situación de la hipoteca en el concurso y el precurso de acreedores tras la última reforma legal. En: F. González Castilla y U. Nieto Carol (dir.). *Contratación empresarial y Derecho Privado*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 461–502.
- DELGADO MARTÍN, J. (2024). Acceso digital a la Administración de Justicia. En VV.AA. *Guía práctica sobre la Reforma Procesal y Digital*. Madrid: Aranzadi La Ley.
- GARCÍA MARRERO, J. (2022). Institutos preconcursales: comunicación de apertura de negociaciones y planes de reestructuración. En: J. Pulgar Ezquerro, *Manual de Derecho Concursal*. Madrid: La Ley.

- IBIZA GIMENO, J. (2024). Reflexiones sobre el nuevo 585 TRLConc. La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 26,
- LARA GONZÁLEZ, R y PÉREZ MORIONES, A. (2023). Hacia una reestructuración preventiva de empresas viables en el derecho español de insolvencia. *Foro Revista de Derecho*, núm. 40, 105–123. Disponible en línea <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro>
- LÓPEZ NARVÁEZ, M. (2022). La comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 59, 13–29.
- NIETO DELGADO, C. (2023). Derecho preconcursal y planes de reestructuración. En: I. Villoria Rivera y M. E. Alonso-Muñumer, *Memento Práctico Concursal*. Madrid: Lefebvre-El Derecho, pp. 63–146.
- PULGAR EZQUERRA, J. (2023). *Comentario a la Ley Concursal: Texto Refundido de la Ley Concursal*. 2 Tomos. Madrid: Wolters Kluwer.
- THOMAS PUIG, P. M. (2022). Ejecuciones y garantías reales en reestructuraciones y concursos. Últimas reformas ya vigentes y proyectadas. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 56, 45–80.
- YANES YANES, P. (2023). *Precurso de acreedores: estudio sistemático y práctico de los Libros II y III de la Ley Concursal tras su adaptación a la Directiva (UE) 2019/1023*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

NOTAS

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Artículo 5.3 de la Ley 22/2003: “3. El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente”. De acuerdo con el apartado 1 y 2 de dicho precepto “El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente”.

<sup>3</sup> NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 65.

<sup>4</sup> NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 65.

<sup>5</sup> NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 66.

<sup>6</sup> NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 66.

<sup>7</sup> NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 68.

<sup>8</sup> GARCÍA MARRERO, 2022, 91. En este sentido el AJM nº 1 de La Coruña 153/2023, de 11 de enero de 2023 afirma: “La reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, introducida por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, confiere al Derecho preconcursal un protagonismo desconocido hasta este momento en nuestro ordenamiento jurídico. Este giro copernicano que sufre el Derecho de la insolvencia responde al cumplimiento de los objetivos que marca la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132. Esta opción legislativa quiere potenciar los marcos de reestructuración preventiva, a los que podrán acudir los empresarios en dificultades financieras, con el propósito de continuar su actividad empresarial. En esta nueva concepción del Derecho preconcursal, que se abre camino siguiendo las directrices de la norma comunitaria, los escenarios liquidatorios, propios del contexto concursal, se conciben como poco eficientes para la conservación del tejido empresarial. Así lo destaca el Considerando 4 de la norma comunitaria, en el que se afirma que “ las soluciones preventivas son una tendencia creciente en la normativa en materia de insolvencia. Se tiende a favorecer planteamientos que, a diferencia del clásico que consiste en la liquidación de las empresas en dificultades financieras, tengan por objeto la recuperación de estas o al menos el rescate de aquellas de sus unidades que sigan siendo económicamente viables”. En línea con lo previsto en la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal introduce cambios sumamente relevantes en el régimen de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores. Gracias a su nueva configuración, esta herramienta preconcursal se convierte en un potente instrumento, efectivamente facilitador de la reestructuración”.

<sup>9</sup> GARCÍA MARRERO, 2022, 103.

<sup>10</sup> NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 64.

<sup>11</sup> NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 68.

<sup>12</sup> GARCÍA MARRERO, 2022, 91.

<sup>13</sup> NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 66–67.

<sup>14</sup> La solicitud de declaración de concurso necesario presentada por cualquier acreedor deberá fundarse en alguno de los siguientes hechos reveladores del estado de insolvencia: “1º.— La existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme. 2º.— 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. 3º.— La existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. 4º.— El sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor. 5º.— 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 periodo, o el de los salarios e indemnizaciones de los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades. 6º.— El alzamiento o la liquidación apresurada y ruinosa de sus bienes por el deudor” (art. 2.4 TRLC). De acuerdo con el artículo 13 TRLC “el acreedor que inste la declaración de concurso deberá expresar en la solicitud el origen, la naturaleza, el importe, las fechas de adquisición y vencimiento y la situación actual del crédito, del que acompañará documento o documentos acreditativos, así como el hecho o los hechos externos reveladores del estado de insolvencia de entre los enumerados en esta ley en que funde esa solicitud”. En todo caso, “se expresarán en la solicitud los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse el solicitante para acreditar el hecho o los hechos externos reveladores del estado de insolvencia que hubiesen alegado. La prueba testifical no será bastante por sí sola”. La provisión de la solicitud del acreedor se encuentra regulada en el artículo 14 TRLC.

<sup>15</sup> Para las personas físicas consumidoras no existe ningún tipo de precurso, al haberse derogado los acuerdos extrajudiciales de pago.

<sup>16</sup> Como señalan ALONSO-MUÑAMER y SANJUÁN Y MUÑOZ “la reforma concursal recoge en el Libro Segundo los elementos esenciales de la incorporación necesaria de la Directiva (UE) 2019/1023, aunque todavía el Libro Tercero desarrollará un modelo adaptado para las microempresas partiendo de que la misma Directiva viene a tratar a los pequeños empresarios de forma diferente precisamente por sus peculiaridades ... Es por ello que en el último Título - Título V [del Libro Segundo] y en el Libro Tercero (LC arts. 685 a 720) se recogerán las normas aplicables tanto al periodo de negociación como a los supuestos pre-concursales” para las PYMES y las microempresas. Lo que antes se denominaba acuerdos ahora se denomina Plan de reestructuración, que es el término utilizado por la Directiva y que refleja “la posibilidad de imponerlo, bajo ciertas condiciones, incluso a los socios del deudor. El régimen aplicable a los planes de reestructuración descansa sobre un principio de intervención judicial mínima y *a posteriori*”. Cabe diferenciar, pues, Planes de reestructuración para las grandes empresas (Libro Segundo salvo el Título V), Planes de reestructuración para PYMES (Título V Libro II) y Planes de Continuación o Planes de Liquidación (con o sin transmisión de unidad productiva) para microempresas (Libro Tercero). Dentro del régimen de los Planes de reestructuración, cabe distinguir entre comunicación para las negociaciones (arts. 515 a 613 TRLC), la aprobación de los Planes de reestructuración y la homologación de dichos planes (arts. 635 y ss. TRLC). En este contexto cobra especial importancia el experto en reestructuración (arts. 672 a 682 TRLC) que será preciso nombrarlo cuando se pretenda que afecten a terceros efectos derivados de la negociación, de los planes o de la homologación (ALONSO-MUÑAMER y ENRIQUE SANJUÁN Y MUÑOZ, 22 de septiembre de 2022, 59–60). El AJM nº 8 de Barcelona 2542/2023, de 27 de junio de 2023, en relación con la comunicación de negociaciones por microempresas señala: “En fecha 26 de septiembre de 2022 entró en vigor la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal. El Libro II, Título II, regula la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración, debiendo dicha comunicación cumplir el presupuesto subjetivo y presupuesto objetivo, señalados en los artículos 583 y 584, así como el contenido reseñado en el art. 586, todos ellos del Texto Refundido de la Ley Concursal. El

artículo 583.2 relaciona los deudores que no quedan comprendidos en el presupuesto subjetivo del apartado 1 de dicho precepto, encontrándose entre los relacionados aquellos deudores incluidos en el ámbito de aplicación del libro tercero que se sujetarán exclusivamente a las disposiciones de ese libro. Por su parte, el libro tercero del TRLC, que entró en vigor el pasado 1 de enero de 2023, regula en sus artículos 685 a 720 un procedimiento de insolvencia especial para las microempresas. Este procedimiento especial tiene un carácter único y se aplicará de manera obligatoria a todos los deudores que entren dentro del concepto legal de microempresa. Es decir: El procedimiento especial para microempresas resulta de aplicación exclusiva a las personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad y tengan la condición de microempresa en los términos señalados en el art. 685 del TRLC. Y, por otro lado, regula las situaciones concursales y preconcursales que afecten a las microempresas, quienes no podrán acudir al concurso ni al precurso en los términos de los libros primero y segundo del TRLC. Desde un punto de vista subjetivo, el procedimiento especial regulado en el libro tercero del TRLC será aplicable a los deudores que sean personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que reúnan las condiciones que señala el artículo 685.1 del TRLC: \* Haber empleado durante el año anterior a la solicitud una media de menos de 10 trabajadores, requisito que 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. \* Tener un volumen de negocio anual inferior a 700.000 euros o un pasivo inferior a 350.000 euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud. De la información aportada por el deudor se deduce el cumplimiento de los requisitos señalados en el art. 685.1 para la aplicación del procedimiento especial regulado en el Libro tercero, por lo que deberá acudir a dicho procedimiento, no siendo de aplicación a este caso concreto la tramitación de la comunicación del inicio de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración, regulado en el libro segundo, ya que el régimen de comunicación es el previsto en el artículo 690 y 691 del TRLC, que exige el uso del formulario normalizado, con las exigencias previstas en el artículo 691.3 de la Ley. Por lo expuesto, procede declarar no haber lugar a la admisión de la presente comunicación”. En el mismo sentido con los mismos fundamentos jurídicos se pronuncia el AJM nº 4 de Barcelona, 1807/2023, de 12 de junio de 2023.

<sup>17</sup> NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 67.

<sup>18</sup> Sobre la sede judicial electrónica, *vid.*, artículos 8 a 12 del 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. *Vid.*, también DELGADO MARTÍN, 2024, 16–22.

<sup>19</sup> NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 69.

<sup>20</sup> NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 68.

<sup>21</sup> NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 69.

<sup>22</sup> Si se apreciase defectos habría que estar al artículo 588.2 TRLC: “Cuando el letrado de la Administración de Justicia estime que la comunicación presenta defectos, concederá al solicitante el plazo de dos días para que la subsane. Una vez subsanados los defectos, dictará resolución teniendo por realizada la comunicación con efectos desde la fecha en que se hubiere presentado. En caso de falta de subsanación, el letrado de la Administración de Justicia dictará resolución teniéndola por no efectuada”.

<sup>23</sup> Artículo 27 Texto Refundido de la Ley Concursal: “1.— En caso de desestimación de la solicitud de concurso, una vez firme el auto, el deudor podrá presentar escrito ante el juez que hubiere conocido de la misma solicitando liquidación de los daños y perjuicios que considere que le han sido causados por esa solicitud, acompañando una relación detallada de esos daños y perjuicios. Al escrito podrá acompañar los documentos, dictámenes e informes periciales que estime convenientes. 2.— La determinación de la existencia y de la cuantía de los reclamados se ajustará a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para la liquidación de daños y perjuicios. 3.— Una vez determinados los daños y per-



juicios, se requerirá de pago al solicitante del concurso procediéndose de inmediato, si no los pagase, a su exacción forzosa”.

<sup>24</sup> NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 70.

<sup>25</sup> En el supuesto de ejecución notarial “deberá remitirse la resolución dando constancia de la comunicación al notario, quien procederá” de conformidad con lo dispuesto en los artículos 600 a 602 TRLC (AZNAR GINER, 2022, 168).

<sup>26</sup> Cfr., NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 72 y GARCÍA MARRERO, 2022, 95.

<sup>27</sup> NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 72.

<sup>28</sup> Se refiere el precepto a la posibilidad contemplada en el artículo 602 TRLC.

<sup>29</sup> GARCÍA MARRERO, 2022, 96. Se impide además la aplicación del artículo 1129 del Código Civil “según el cual el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. Como vimos anteriormente, presupuesto de la comunicación, en todos los casos, es que se halle en situación de insolvencia, actual o inminente, o probabilidad constituyendo su presentación en el Juzgado, un acto de reconocimiento por el deudor de su insolvente situación” (AZNAR GINER, 2022, 173).

<sup>30</sup> GARCÍA MARRERO, 2022, 96.

<sup>31</sup> GARCÍA MARRERO, 2022, 96.

<sup>32</sup> NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 73.

<sup>33</sup> GARCÍA MARRERO, 2022, 97.

<sup>34</sup> GARCÍA MARRERO, 2022, 97.

<sup>35</sup> NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 73.

<sup>36</sup> NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 73.

<sup>37</sup> Cfr.: NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 73.

<sup>38</sup> GARCÍA MARRERO, 2022, 97.

<sup>39</sup> Como se deduce de lo expuesto la determinación sobre el carácter del bien o derecho objeto de ejecución como necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor se impone al órgano judicial que está tramitando la ejecución. Así en el artículo 590.2 TRLC se señala que “si en la comunicación se hubiera expresado por el deudor que se siguen ejecuciones contra bienes o derechos que considera necesarios para la continuidad de su actividad empresarial o profesional, estos se harán constar en el Decreto por el cual se tiene por efectuada la comunicación. Tal constancia en el referido Decreto la practicará el Letrado de la Administración de Justicia, ... imperativamente, a la vista de lo comunicado y manifestado por el deudor y sin realizar comprobación ni conferir trámite o traslado alguno. Del mismo modo, artículo 601 TRLC, el Juez que conoce de la ejecución procederá a suspender la misma. Igualmente, sin efectuar traslados o trámite alegatorio alguno (<< automáticamente >>, puede leerse en el art. 601 TRLC) y a la vista del contenido del referido Decreto del Letrado de la Administración de Justicia y la constancia en el mismo de la ejecución en cuestión. Ello no implica que la manifestación del deudor, que realiza bajo su exclusiva responsabilidad, y que tendrá su trascendencia caso de inexactitud o falsedad, especialmente en sede de calificación concursal y otras jurisdicciones, incluida la penal, no le alcance cualquier tipo de control judicial, que lo hay, pero se articula a instancia exclusivamente del acreedor ... ante el Juzgado que conoce de la comunicación, y mediante el oportuno recurso de revisión contra el Decreto del Letrado de la Administración de Justicia dando constancia de la comunicación, que ... resolverá el Juez mercantil del concurso. Así lo dispone el artículo 590.3 TRLC...” (AZNAR GINER, 2022, 165–166). El que la revisión del carácter necesario o no del bien se reserve al juez conocedor de la comunicación evita resoluciones contradictorias entre el referido juez y quien conoce de la ejecución, “ello en beneficio del principio de seguridad jurídica” (AZNAR GINER, 2022, 168).

<sup>40</sup> GARCÍA MARRERO, 2022, 98–99.

<sup>41</sup> En opinión de AZNAR GINER al igual que no se da traslado de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores, en este caso no se dará traslado a nadie de la solicitud de extensión de efectos de la comunicación por parte del deudor; de manera que “si

reúne los requisitos formales, y cumple el fin reseñado, se adoptará mediante auto, separada de la resolución teniendo por efectuada la comunicación, y publicándose en el Registro Público Concursal. Como el juez “carece de la más mínima información del desarrollo y circunstancias del proceso reestructurador”, su intervención se reducirá a un control formal de la solicitud y a asumir el informe del experto en reestructuración (AZNAR GINER, 2022, 162). No obstante esta opinión, pienso que el juez que conocería del concurso puede asumir o no el informe del experto en reestructuración tras una valoración del mismo y de la solicitud del deudor, que deberá justificar la necesidad de suspender determinadas ejecuciones sobre bienes no necesarios. Pienso también que deberá darse traslado a los acreedores afectados, ya que estos están legitimados para recurrir en reposición el auto decisorio. De hecho, el propio AZNAR GINER señala: “Estos bienes [no necesarios], si bien, originariamente o sobrevenidamente durante el trimestre negociador, no resultan necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor; y por tanto ociosos o improductivos a tal efecto, cabe que resulten precisos y aprovechables en orden a la negociación y obtención del plan de reestructuración y superación de insolvencia mediante su enajenación, gravamen, transformación, etc., no siendo conveniente que en tal caso sufran el impacto ejecutorio ... que ... dificultara o frustrara su empleo para el fin reestructuratorio. Pero esa necesidad no cabe exigir que sea motivada estrictamente, desde una perspectiva de garantía o exigencia del seguro buen fin de la negociación y desaparición de la insolvencia, sino desde un enfoque de juicio de conveniencia y razonabilidad a la vista de las circunstancias concurrentes al tiempo de instarse la petición, y con independencia del resultado final negociatorio” (AZNAR GINER, 2022, 161). Exigiendo también la justificación del deudor de la conveniencia de la suspensión de las ejecuciones sobre bienes no necesarios a los efectos de alcanzar un plan de reestructuración se pronuncia el AJM de La Coruña 153/2023, de 11 de enero de 2023 que afirma: “Por lo que respecta a los efectos de la comunicación de apertura sobre las ejecuciones singulares, su regulación se encuentra en los arts. 600 a 602 TRLC. Estas disposiciones establecen una prohibición temporal de inicio de nuevos procedimientos ejecutivos y una orden de suspensión de los que estuvieran en tramitación, cuyo objeto sean bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad del deudor. Previsiones análogas a éstas ya se encontraban en el Derecho pre-vigente, por tratarse del principal efecto perseguido con la realización de la comunicación de inicio de negociaciones. Con frecuencia, las actuaciones ejecutivas promovidas por acreedores individuales son las que inciden negativamente en la continuidad de la actividad, bloqueándola a causa de embargos y otras cargas que impiden al deudor atender los pagos que se generan ordinariamente en el curso normal de los negocios; estas restricciones y obstáculos le abocan finalmente a la asfixia financiera, y desencadenan el concurso provocado por una impotencia solutoria que habría sido evitable, si las negociaciones se hubiesen desarrollado en el marco de estabilidad que se requiere para su correcto y regular desenvolvimiento. El art. 6.3 de la Directiva [de Reestructuración e Insolvencia] prevé que la suspensión pueda ser general o limitada, a determinados acreedores individuales o categorías de acreedores. El apartado precedente de la misma disposición, en cuanto al alcance material de la suspensión, prevé que pueda abarcar a todas las categorías de créditos, incluidos los garantizados y preferentes. En línea con lo previsto en la norma comunitaria, el art. 602 TRLC permite modular la prohibición de inicio de actuaciones ejecutivas y la suspensión de las que se hallaran en tramitación. A solicitud del deudor, formulada en cualquier momento, los efectos suspensivos pueden hacerse generales y, por lo tanto, extensibles a todos los bienes y derechos de los que es titular; acotarse a algunos de estos activos; o individualizarse para determinados acreedores o clases de acreedores, por decisión judicial. Si continuamos con el análisis del art. 602 TRLC, prevé que, cuando se haya designado experto en la reestructuración, la solicitud deberá ir acompañada de su informe favorable, y la suspensión general o individual sólo podrá acordarse con su opinión en el mismo sentido. En todo caso, la medida debe ser necesaria para asegurar el buen fin de las negociaciones, aunque nada se dice acerca de la justificación de este requisito. Tampoco aclara la norma si la petición que formule el deudor debe ir acompañada de algún tipo de soporte documental que acredite el apoyo de un

determinado porcentaje de acreedores afectados por la reestructuración. Pues bien, en este caso, la deudora solicita que el efecto suspensivo anudado a la comunicación de apertura se extienda a las ejecuciones de bienes o derechos no necesarios. La petición se contiene en el punto noveno de la comunicación presentada. En el texto de la solicitud, la deudora no hace mención alguna a la necesidad de adopción de esta medida para que las negociaciones puedan llegar a buen fin. La carencia argumental es de tal calado que no puede ser estimada. A pesar de que, en su configuración normativa, los efectos de la comunicación de apertura de negociaciones gozan de cierta automaticidad, al menos, durante el lapso inicial de tres meses, es razonable exigir al deudor un mínimo esfuerzo argumentativo sobre la necesaria adopción de la medida. En todo caso, la denegación de la solicitud formulada por la deudora no impide que pueda ser nuevamente dirigida al juzgado, pues, de conformidad con el art. 602.1 TRLC, puede presentarla en cualquier momento mientras se prolonguen los efectos de la comunicación”.

<sup>42</sup> Artículo 149 del Texto Refundido de la Ley Concursal: “1.— La apertura de la fase de liquidación producirá la pérdida del derecho a iniciar la ejecución o la realización forzosa de la garantía sobre bienes y derechos de la masa activa por aquellos acreedores que no hubieran ejercitado esas acciones antes de la declaración de concurso o no las hubieran iniciado transcurrido un año desde la declaración de concurso. Los titulares de garantías reales recuperarán el derecho de ejecución o realización forzosa cuando transcurra un año desde la apertura de la liquidación sin que se haya enajenado el bien o derecho afecto. 2.— Las ejecuciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se acumularán al concurso de acreedores como pieza separada. Desde que se produzca la acumulación, la suspensión quedará sin efecto”.

<sup>43</sup> AZNAR GINER, 2022, 169–170.

<sup>44</sup> Artículo 604 del Texto Refundido de la Ley Concursal: “1.— Las ejecuciones no iniciadas o suspendidas podrán iniciarse o reanudarse si el juez como consecuencia de la estimación del recurso de revisión [art. 590.3 TRLC] contra el decreto del letrado de la Administración de Justicia teniendo por efectuada la comunicación, resolviera que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, salvo que los efectos de la comunicación se hubiese extendido a estos bienes de conformidad con lo previsto en este capítulo [art. 602 TRLC]”. Por otro lado, el artículo 616 del Texto Refundido de la Ley Concursal considera créditos afectados por el plan de reestructuración los que en virtud del plan de reestructuración sufran una modificación de sus términos o condiciones, en particular la modificación o extinción de las garantías, personales o reales, que garanticen el crédito, lo que solo es posible si hay afectación de los efectos de la comunicación también a ejecuciones de garantías reales sobre bienes no necesarios.

<sup>45</sup> Señala AZNAR GINER que la extensión a los bienes no necesarios de la prohibición o suspensión ejecutoria por decisión judicial (art. 604.1 TRL) puede haberse producido con anterioridad a la estimación del recurso de revisión, al tiempo de la estimación o con posterioridad (AZNAR GINER, 2022, 167).

<sup>46</sup> Según AZNAR GINER la suspensión “no afecta ni rige respecto de ejecuciones reales sobre bienes y derechos no necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor, incluso, aun cuando se hubiere activado la opción del art. 602 TRLC” (AZNAR GINER, 2022, 169).

<sup>47</sup> Otro motivo para alzar la paralización o suspensión de ejecuciones consiste en la estimación del recurso de revisión contra el decreto que tiene por hecha la comunicación, por haber incumplido el deudor el plazo de prohibición de nuevas comunicaciones de un año (art. 590.1 y 609 TRLC). En este caso, quedaría sin efecto la comunicación y por lo tanto, terminaría la prohibición de inicio o suspensión de ejecuciones en curso (AZNAR GINER, 2022, 167).

<sup>48</sup> Artículo 616. Créditos afectados. 1. A los efectos de este título, se considerarán créditos afectados los créditos que en virtud del plan de reestructuración sufran una modificación de sus términos o condiciones, en particular, la modificación de la fecha de vencimiento, la

modificación del principal o los intereses, la conversión en crédito participativo o subordinado, acciones o participaciones sociales, o en cualquier otro instrumento de características o rango distintos de aquellos que tuviese el crédito originario, la modificación o extinción de las garantías, personales o reales, que garanticen el crédito, el cambio en la persona del deudor o la modificación de la ley aplicable al crédito. 2. Cualquier crédito, incluidos los créditos contingentes y sometidos a condición, puede ser afectado por el plan de reestructuración, salvo los créditos de alimentos derivados de una relación familiar; de parentesco o de matrimonio, los créditos derivados de responsabilidad civil extracontractual y los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección. Los créditos futuros que nazcan de contratos de derivados que se mantengan en vigor no quedarán afectados por el plan de reestructuración. Los créditos de Derecho público podrán ser afectados, exclusivamente en la forma prevista en el artículo 616 bis, y únicamente cuando concurren los siguientes requisitos: 1.º Que el deudor acredite, tanto en el momento de presentar la comunicación de apertura de negociaciones, como en el momento de solicitud de homologación judicial del plan, que se encuentra al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, mediante la presentación en el juzgado de las correspondientes certificaciones emitidas por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social; 2.º Que los créditos tengan una antigüedad inferior a dos años, computados desde la fecha de su devengo de acuerdo con la normativa tributaria y de la Seguridad Social hasta la fecha de presentación en el juzgado de la comunicación de apertura de negociaciones. 3. Los créditos por repetición, subrogación o regreso quedarán afectados en las mismas condiciones que el crédito principal si así se establece en el plan de reestructuración. Si el crédito de repetición o regreso gozase de garantía real, será tratado como crédito garantizado. Artículo 616 bis. Créditos de Derecho público. 1. En ningún caso, el plan de reestructuración podrá suponer para los créditos de Derecho público la reducción de su importe; el cambio de la ley aplicable; el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago; la modificación o extinción de las garantías que tuvieren; o la conversión del crédito en acciones o participaciones sociales, en crédito o préstamo participativo o en un instrumento de características o de rango distintos de aquellos que tuviere el originario. 2. Los créditos de Derecho público afectados por el plan de reestructuración deberán ser íntegramente satisfechos en los siguientes plazos: 1.º Doce meses a contar desde la fecha del auto de homologación del plan de reestructuración, con carácter general. 2.º Seis meses a contar desde la fecha del auto de homologación del plan de reestructuración, en el caso de que sobre dichos créditos se hubiese concedido un aplazamiento o fraccionamiento previamente. En cualquier caso, todos los créditos de Derecho público deberán estar íntegramente satisfechos en un plazo máximo de dieciocho meses desde la fecha de comunicación de la apertura de negociaciones”.

<sup>49</sup> AZNAR GINER, 2022, 172.

<sup>50</sup> Para AZNAR GINER la suspensión de la ejecución del crédito público requiere la rogación por parte del deudor, siendo facultativa su adopción por el órgano judicial competente (que considero es el juez que conocería del concurso) “quedando conectada tal herramienta [del deudor] a la continuidad de la actividad empresarial del deudor y al mejor desarrollo y buen fin de las negociaciones”. Aunque el artículo 605 TRLC únicamente se refiere a la suspensión, ello no impide que el deudor haga uso de esta facultad antes de que se haya iniciado la ejecución, “una vez comunicada la apertura de negociaciones o tras el decreto teniéndola por efectuada” (AZNAR GINER, 2022, 171).

<sup>51</sup> No es del mismo parecer, NIETO DELGADO que considera posible la prórroga de la suspensión. En efecto, indica: “En la línea de ultra – protección del crédito público que inspira toda la reforma de 2022, las normas sobre suspensión de ejecuciones no afectarán a este último (art. 605 TRLC). Se introduce sin embargo un matiz inapreciable que llegado el caso puede estar plétórico de efectos, y es que la protección no sólo la tienen los créditos públicos sino más ampliamente <<los acreedores públicos>> (aunque no titulen créditos de derecho público, tal y como decía la anterior redacción de la Ley Concursal, artículo 592).

Como contrapartida, se introduce una excepción para los casos en los que la ejecución del acreedor público recae sobre bienes necesarios, en cuyo caso se contempla una posibilidad de suspensión exclusivamente en la fase de enajenación o realización <<por el juez que esté conociendo del mismo>> (del procedimiento ejecutivo, se sobreentiende, en los casos de ejecución judicial); y por el juez de la comunicación en los más habituales casos de ejecución extrajudicial (se sobreentiende que en ambos supuestos, a petición del deudor y mediante auto recurrible en reposición). Un privilegio adicional que la norma reconoce a la Administración es que, transcurridos tres meses desde la comunicación, esa excepcional suspensión de la realización decae de manera forzosa y sin necesidad de ningún procedimiento especial. Esta decisión legislativa tan tajante suscita la duda de si el acreedor público, agotado ese plazo, puede proceder a realizar el activo aunque se hubiera concedido una prórroga de los efectos de la comunicación. En la medida en que la Ley Concursal artículo 607.4 dice que en caso de concesión de prórroga, el letrado de la Administración de Justicia <<lo comunicará a cada una de las autoridades judiciales o administrativas que esté conociendo de las ejecuciones a fin de que mantengan la suspensión hasta que finalice el período de prórroga >>, conviene concluir que la suspensión de la realización de los bienes necesarios por parte de la Administración también se prorroga”. (NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 73).

<sup>52</sup> AZNAR GINER, 2022, 172.

<sup>53</sup> Sobre la protección frente al concurso necesario, vid., AZNAR GINER, 2022, 139-152.

<sup>54</sup> GARCÍA MARRERO, 2022, 102.

<sup>55</sup> Vid., AZNAR GINER, 2022, 179-182.

<sup>56</sup> ALBIOL PLANS, 2022, 50.

<sup>57</sup> “La norma no aclara cómo se conforma esta última voluntad colectiva, cómo se acredita y cómo se resuelven las discrepancias que puedan existir en torno a su constancia o la procedencia de la exclusión del cómputo de los créditos subordinados o de cualesquiera otros cuya existencia y exigibilidad pudiera cuestionarse” (NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 75-76).

<sup>58</sup> “La legitimación del deudor para pedir la prórroga en cierta medida se revela ficticia, pues la Ley Concursal, artículo 607.2 exige que se aporte en ese caso un acta de conformidad firmada por los acreedores que representen el 50 %, o bien una declaración responsable de haber obtenido su aprobación; por lo que en definitiva, sin el concurso de la voluntad de la mayoría de los acreedores, se desprende que la petición de prórroga será inane” (NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 76).

<sup>59</sup> Según NIETO DELGADO este informe no es necesario cuando la solicitud de prórroga la verifiquen los acreedores (NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 76). Sin embargo, en la medida en que el experto en reestructuración puede bloquear una solicitud voluntaria de concurso por el deudor mientras están vigentes los efectos de la comunicación, parece que del mismo modo deberá poder pronunciarse mediante un informe cuando se solicite prórroga de los efectos de la comunicación por los acreedores, al haber una razón de analogía entre lo preceptuado en el artículo 612.1 y 607 TRLC, pues ambas normas pretenden facilitar el lograr un plan de reestructuración cuando las negociaciones están en estado avanzado.

<sup>60</sup> ALBIOL PLANS, 2022, 50.

<sup>61</sup> ALBIOL PLANS, 2022, 51.

<sup>62</sup> ALBIOL PLANS, 2022, 51.

<sup>63</sup> NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 76.

<sup>64</sup> Lo que implicaría en mi opinión una culpa *in contrahendo* y una responsabilidad extracontractual, por ruptura de tratos preliminares.

<sup>65</sup> AZNAR GINER, 2022, 196-197. En caso de que se alcance un plan de reestructuración y sea homologado judicialmente, los efectos que se producen vienen descritos en los artículos 649 a 652. Vid., NIETO DELGADO, 22 de diciembre de 2023, 104-108.



2. MERCANTIL  
DERECHO DE CONTRATOS

La aplicación de la Ley 3/2004  
de medidas de lucha contra la morosidad  
comercial a las obligaciones civiles. Un falso  
debate

*The application of Law 3/2004  
on measures to combat commercial late payment  
to civil obligations.  
A false debate*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

**RESUMEN:** La aplicación de la Ley 3/2004 sólo puede venir dada desde la interpretación del concepto “operaciones comerciales” que nos ofrece el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y no desde la distinción entre obligaciones civiles y mercantiles.

**ABSTRACT:** *The application of Law 3/2004 can only be given from the interpretation of the concept “commercial operations” offered by the Court of Justice of the European Union and not from the distinction between civil and commercial obligations.*

**PALABRAS CLAVE:** Morosidad, operaciones comerciales, obligaciones civiles, obligaciones mercantiles

**KEYWORDS:** *late payment, commercial operations, civil obligations, commercial obligations*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN Y ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.—II. LA INTERPRETACIÓN DE OPERACIÓN COMERCIAL POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU

OBLIGATORIEDAD.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. INTRODUCCIÓN Y ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

La aplicación de la Ley 3/2004 de medidas de lucha contra la morosidad comercial a las obligaciones civiles, siempre nos ha parecido un falso debate, máxime desde la interpretación que del concepto de “operaciones comerciales” propio de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales que vino a introducir cambios sustantivos en la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, ha realizado la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020 en el asunto C-199/19, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi (Tribunal de Distrito de Lodz — Centro, Polonia), mediante resolución de 24 de enero de 2019, recibida en el Tribunal de Justicia el 27 de febrero de 2019.

Para entender el concepto del legislador comunitario de “operaciones comerciales” ha de partirse de los siguientes Considerandos de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales:

(13) *Conviene limitar el alcance de la presente Directiva a los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales y no regular las operaciones en las que intervienen consumidores, los intereses relacionados con otros pagos como, por ejemplo, los efectuados en virtud de la legislación en materia de cheques y letras de cambio, los pagos de indemnizaciones por daños, incluidos los pagos realizados por compañías de seguros.*

(22) *La presente Directiva debe regular todas las operaciones comerciales con independencia de si se llevan a cabo entre empresas públicas o privadas o entre éstas y los poderes públicos, teniendo en cuenta que estas últimas realizan pagos de un volumen considerable a las empresas. También debería regular todas las operaciones comerciales entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas.*

Resultando de esta forma que el artículo 2 de la Directiva 2000/35/CE vino a establecer la siguiente definición de operaciones comerciales:

Artículo 2

Definiciones

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) “operaciones comerciales”: *las realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación;*

Por su parte los Considerandos 8 y 9 de la de la Directiva 2011/7/UE, en análogos términos nos ofrece lo siguiente:

(8) *Conviene que el ámbito de la presente Directiva se limite a los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales. La presente Directiva no*



debe regular las operaciones en las que intervienen consumidores, los intereses relacionados con otros pagos como, por ejemplo los efectuados en virtud de la legislación en materia de cheques y letras de cambio, los pagos de indemnizaciones por daños y perjuicios, incluidos los pagos realizados por compañías de seguros. Además, los Estados miembros deben tener la posibilidad de excluir las deudas sometidas a procedimientos concursales, incluidos los procedimientos que tienen por finalidad la reestructuración de la deuda.

(9) La presente Directiva debe regular todas las operaciones comerciales con independencia de si se llevan a cabo entre empresas públicas o privadas o entre estas y los poderes públicos, teniendo en cuenta que los poderes públicos realizan pagos de un volumen considerable a las empresas. También debe regular todas las operaciones comerciales entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas.

Resultando de la misma forma que el artículo 2 de la Directiva 2011/7/UE, nos define el concepto de “operaciones comerciales”, del siguiente modo:

#### Artículo 2

##### Definiciones

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) «operaciones comerciales»: las realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación;

Con este marco normativo, el legislador español en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, nos ofrece el ámbito de aplicación de la misma, con el siguiente tenor literal:

#### Artículo 3. Ámbito de aplicación.

1. Esta Ley será de aplicación a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas.

2. Quedan fuera del ámbito de aplicación de esta Ley:

a) Los pagos efectuados en las operaciones comerciales en las que intervengan consumidores.

b) Los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio y los pagos de indemnizaciones por daños, incluidos los pagos por entidades aseguradoras.

c) Las deudas sometidas a procedimientos concursales incoados contra el deudor, que se regirán por lo establecido en su legislación especial.

Desde el inicio de la aplicación de la Ley 3/2004, surgieron opiniones doctrinales que vieron con favor, lógicamente, que la misma no se limitara a las obligaciones mercantiles sino también a las obligaciones civiles.

En este sentido, destacamos a Viciano Pastor<sup>1</sup> que opinaba que el concepto de “operaciones comerciales” no debía equipararse a nuestro tradicional “acto de comercio” (art. 1 CCom) en función de la constante superación de la división entre obligaciones civiles y mercantiles, así como Vicent Chuliá, Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, y Rodríguez Ruíz de Villa.

Sin dejar de coincidir con estos autores, tal y como hemos expuesto al principio, es desde la óptica del Derecho Comunitario desde donde hemos de ofrecer respuesta al falso debate, ya que no se trata de distinguir entre obligaciones mercantiles y civiles, sino de entender el concepto “operación comercial” que nos ofrecen los textos europeos y la interpretación del mismo ofrecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según desarrollaremos con posterioridad.

No obstante lo anterior, podemos ver como en la jurisprudencia menor encontramos sentencias que no han interpretado correctamente, a nuestro juicio, el concepto de “operación comercial”, centrándose en la distinción entre obligación civil y obligación mercantil, estimándose que es a estas últimas a las que sólo cabe aplicarse la Ley 3/2004, encontrándonos con los siguientes casos que enunciamos a título meramente ejemplificativo.

En este sentido, tenemos la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª) núm. 146/2006 de 2 marzo (JUR 2006/227390), que razona lo siguiente:

*“Por lo demás, tampoco es aplicable en este caso la Directiva 2000/35/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, posteriormente incorporada al derecho interno por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, por estar limitado el alcance de la directiva a los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales entre empresas y entre éstas y el sector público, tratándose en este caso de una operación de naturaleza civil entre particulares.”*

Pese a ello, no es menos cierto que en el caso anterior se trataba de una compraventa de una vivienda entre particulares, por lo que quizás la causa de no aplicación fuera realmente —pese a la dicción literal de la sentencia— que la operación fuere realizada por particulares que no tuvieran el concepto de “empresa” a los efectos de la propia Ley 3/2004.

A estos efectos, ha de decirse que la Ley 3/2004, no excluye de su ámbito de aplicación a las personas físicas, bastando leer al efecto el artículo 2 de la misma, que expresamente prevé lo siguiente:

Artículo 2. Definiciones.

*A los efectos regulados en esta Ley, se considerará como:*

*a) Empresa, a cualquier persona física o jurídica que actúe en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional.*

De esta forma, la Sentencia del TJUE de 15 de diciembre de 2016 (asunto C-256/15) resuelve cuestiones prejudiciales, relacionadas con la interpretación del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2000/35 que protege a los empresarios y, en particular, a las pequeñas y medianas empresas contra la morosidad, donde se planteaba si un artesano persona física podía ser considerado “empresa” y realizar “operaciones comerciales” a los efectos de la Directiva de morosidad, respondiendo afirmativamente ya que señala el TJUE:

- La Directiva 2000/35 se aplica a todos los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales (realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios).
- Con arreglo al artículo 2, punto 1, párrafo tercero de la Directiva 2000/35, constituye una «empresa» cualquier organización que actúe en ejercicio

de su actividad independiente económica o profesional, incluso si dicha actividad la lleva a cabo una única persona.

Fallo: *El artículo 2, punto 1, de la Directiva 2000/35/CE debe interpretarse en el sentido de que una persona física titular de una autorización de ejercicio de actividad como artesano independiente debe ser considerado una «empresa» a los efectos de esta disposición, y la operación que realice como una «operación comercial» a los efectos de esta misma disposición, si esta operación, pese a no estar vinculada con la actividad a la que se refiere la autorización, se inscribe en el ejercicio de una actividad económica o profesional independiente estructurada y permanente, lo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente a la vista de todas las circunstancias del presente asunto.*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 562/2007 de 5 noviembre de 2007 (JUR 2008\31770), sí excluye de la aplicación de la Ley 3/2004 a las obligaciones derivadas de un contrato de prestación de servicios, de la siguiente forma:

*“Sin embargo, hay que tener en cuenta que la operación base de la demanda no es una contratación mercantil entre pequeñas o medianas empresas, ni responde a la actividad ordinaria de prestación de bienes o de servicios que prevé la Ley 3/2004, sino que se corresponde con una actividad de mediación extraordinaria para el fichaje de un jugador de fútbol amparada en el Código Civil (arrendamiento de servicios). En estas condiciones no parece aplicable la mencionada ley.”*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 539/2008 de 7 octubre (JUR 2009\38264), excluye también de aplicación la Ley 3/2004 la devolución de una fianza de un contrato de arrendamiento, en función de lo siguiente:

**“TERCERO**

*De acuerdo con los artículos 1100, 1101, y 1108 del Código Civil, no siendo aplicable para la devolución de la fianza la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, por estar fuera de su ámbito de aplicación, referido a las operaciones comerciales de entrega de bienes o prestación de servicios, procede que la cantidad adeudada, devengue intereses desde su reclamación por medio de la comunicación de 5 de mayo de 2006 (doc 4 de la demanda), y hasta el completo pago.”*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 1 de junio de 2007 núm. 202/2007 de 1 junio (JUR 2007\294344), rechaza la aplicación de la Ley 3/2004 a las reclamaciones de honorarios de los abogados, sobre la base de lo siguiente:

**SEGUNDO**

*La pretensión aducida por la representación procesal de D. Donato como primer motivo de recurso no puede prosperar. La regulación contenida en la Directiva 2000/35/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, posteriormente incorporada al derecho interno por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre EDL 2004/184272, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, está limitada a los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales entre empresas y entre éstas y el sector público, por lo que tal y como recoge la sentencia de instancia no puede ser aplicada al presente procedimiento en el que se reclama el pago de unos honorarios debidos como consecuencia de su ejercicio profesional por parte del Letrado-demandante, por lo que se trata de una operación de naturaleza civil entre particulares, cual es el contrato de arrenda-*

miento de servicios suscrito entre las partes contemplado en el art. 1.544 del C.Civil y al que se remite el actor en la fundamentación jurídica de su demanda.

También la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 113/2011 de 22 febrero (JUR 2011\304296), excluyó la aplicación de la Ley 3/2004 en las reclamaciones de honorarios de los abogados por la naturaleza civil de las obligaciones, cuando dijo lo siguiente:

*“Pues bien, en el caso la relación en la que se prestaron los servicios cuyo importe se reclama no es de naturaleza mercantil sino civil, pues tal es la que corresponde a la prestación de servicios por parte de los Abogados, y, por otra parte, la prestación de servicios profesionales no estaba dirigida al desenvolvimiento de actuación empresarial por la sociedad que los encargó, sino a cuestiones internas sin proyección exterior (modificación de estatutos, ampliación de capital social, asesoramiento en materia fiscal) que se referían al grupo formado por la sociedad limitada Club de Golf Archanda y por “Club De Golf, Archanda de Galdakao, Sociedad Deportiva”, sin ánimo de lucro, cuya primordial actividad es la tenencia y aprovechamiento del conjunto de instalaciones deportivas constituidas fundamentalmente por dos campos de golf y edificio social de las que es titular la sociedad limitada y detenta la asociación por cesión de la primera y en la que los respectivos campos de actuación son de difícil distinción, razones por las que se considera que la Ley de medidas de lucha contra la morosidad y las disposiciones que en la misma se contienen no son de aplicación.”*

Sin embargo, la aplicación de la Ley 3/2004 de medidas de lucha contra la morosidad comercial para el cálculo de los intereses moratorios debidos ante un incumplimiento de los honorarios profesionales debidos a un abogado ya es un supuesto pacífico admitido por la Jurisprudencia.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 562/2017 de 17 octubre de 2017 (RJ 2017\4295) razona lo siguiente:

*“La interpretación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, en los planos que aquí interesan, objeto de la norma (artículo 1) y ámbito de aplicación (artículo 3), conforme, a su vez, con las Directivas de las que trae causa (Directiva 2000/35/CE (LCEur 2000, 2084), de 29 de junio, y su posterior refundición en la Directiva 2011/7/UE (LCEur 2011, 220), de 16 de febrero), conduce a considerar que la prestación de servicios jurídicos que realiza un despacho profesional, bien bajo forma societaria, supuesto del presente caso, o bien como ejercicio profesional de un abogado, queda sujeta a la aplicación de la citada Ley 3/2004 y, por tanto, a los intereses de demora en ella previstos.*

*Desde la perspectiva del objeto de la norma (artículo 1), y conforme la finalidad de la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio, considerando 7.º, no cabe duda de que la promulgación de la Ley responde, entre otras razones, al problema que plantea la morosidad en el pago de las deudas dinerarias bien con relación a la entrega de bienes, o bien con relación a una «prestación de servicios». Concepto que comprende, en principio, la prestación de servicios jurídicos.*

*En esta línea, la Directiva, tanto la de 2000/35/ CE (RCL 1978, 2836), como la de 2011/7/UE, cuando aborda el concepto de «operaciones comerciales» (artículo 2, núm. 1 y artículo 2 núms. 1 y 3, respectivamente), lo refiere a las actividades «realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación». Dicha definición queda, a su vez, completada o integrada por la definición que ambas Direc-*

tivas realizan del concepto de empresa en los siguientes términos: «cualquier organización que actúe en ejercicio de su actividad independiente económica o profesional, incluso si dicha actividad la lleva a cabo una única persona». Todo ello conforme con las menciones específicas que se realizan en el preámbulo de la Directiva respecto del «hecho de que las profesiones liberales queden cubiertas por la presente Directiva» (considerando núm. 14 de la Directiva de 2000 y 10 de la Directiva de 2011). Por lo que la amplitud con la que se definen dichos conceptos permite entender que la prestación de servicios que realiza un despacho profesional queda bajo la cobertura de dicha Directiva y, por tanto, sujeta a la aplicación de la Ley 3/2004 y a los intereses de demora previstos en ella.

Por último, y conforme a lo anteriormente señalado, tanto la Directiva (considerando núm. 13 de la de 2000 y núm. 8 de la de 2011), como la norma nacional (artículo 3. 2), cuando delimitan subjetivamente el ámbito de aplicación de la norma, mediante una exclusión expresa, no contemplan las deudas e intereses derivadas de la prestación de servicios jurídicos realizados por un despacho profesional, y, por tanto, con independencia de su condición de persona física o jurídica. Por lo que a los intereses aquí reclamados le resulta aplicable la citada Ley 3/2004, de 29 de diciembre.”

La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) núm. 543/2008 de 26 diciembre de 2009 (JUR 2009\114167), en términos análogos:

*En cuanto al pago de un interés distinto al fijado en la Ley de Enjuic. Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), tenía que haber sido acordado por las partes, y las relaciones entre el Sr. Eduardo y la Sra. María Rosario fueron las normales derivadas de un contrato de ejecución de obra, de naturaleza civil, por lo que resulta improcedente la pretensión del Sr. Eduardo de que se aplique la Ley 3 / 2004 (RCL 2004, 2678) de Medidas de Lucha contra la Morosidad en las Operaciones Comerciales.*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª) núm. 282/2009 de 24 julio (JUR 2009\407773), también descarta la aplicación de la Ley 3/2004 a las cantidades derivadas de un contrato de arrendamiento, sobre la siguiente afirmación:

*En cuanto a los intereses moratorios, decir que la actora impugna la sentencia por no haberse pronunciado al respecto y manifiesta que tuvo que deberse a un olvido ya que es evidente su procedencia. Sobre esta cuestión se ha de señalar que, como indica el título de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que por lo que a su derecho conviene aduce la parte impugnante, dicha norma viene referida a medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Entiende la Sala que no puede encuadrarse en este contexto lo que constituye el objeto de la presente litis de naturaleza civil y lejos de ser en esencia una operación comercial. El motivo de impugnación merece ser desestimado.*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia (Sección 1ª) núm. 252/2009 de 30 julio de 2009 (JUR 2009\374430), no aplica la Ley 3/2004, ya que “estamos ante un contrato civil de arrendamiento de servicios de transporte y no ante un contrato mercantil”.

Por su lado, no encontramos en el Tribunal Supremo una postura claramente definitiva de la cuestión aunque podemos observar que a sensu contrario no ha desechado la aplicación de la Ley 3/2004 a operaciones de naturaleza civil, como es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm.

562/2017 de 17 octubre de 2017 (RJ 20174295) en materia de reclamación de honorarios de abogados o la más reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 103/2021 de 25 febrero de 2021 (RJ 2021\763) admitiendo la compatibilidad de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las relaciones comerciales, con los intereses anatocísticos del art. 1109 CC, razonando de la siguiente forma:

5.7. *Esta sala no comparte la tesis de la Audiencia por las siguientes razones:*

1.º) *En primer lugar, hay que constatar que no existe una exclusión expresa en la Ley 3/2004 a la aplicación de la regla legal del anatocismo civil respecto de las deudas por intereses moratorios que establece. Tampoco hay una incompatibilidad o contradicción entre aquella ley y el art. 1109 CC. Éste cuando habla de «intereses vencidos» no contiene ninguna regla de delimitación negativa y, en concreto, dentro del término «intereses» se incluyen, en principio, no sólo los ordinarios o remuneratorios, sino también los moratorios.*

2.º) *La especialidad de la norma (de la Ley 3/2004) en relación con la regulación de la mora en el Código civil es doble: por un lado, se genera automáticamente por el mero incumplimiento del pago en el plazo previsto (contractual o legal), “sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna”, frente a la regla de la necesidad de la reclamación judicial o extrajudicial del Código (art. 1.100 CC); por otro lado, en defecto de pacto, el interés moratorio consistirá en el resultado de sumar ocho puntos porcentuales al tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo en su última operación de financiación, frente al interés legal del art. 1108 CC.*

3.º) *El propio Código civil contempla su coexistencia con las leyes o normas especiales, de forma que solo queda desplazada la regulación general o común en lo que resulten incompatibles. Así, por ejemplo, el art. 1100 prevé que no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista “cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente”. Éste es el caso precisamente de la Ley 3/2004 (en línea con lo que establece también el Código civil en los arts. 1501, en materia de compra-venta, o el 1838 en relación con la fianza, etc).*

4.º) *Teniendo en cuenta que la finalidad a la que responde la Ley 3/2004 y la Directiva 2000/35/CE, de 9 de junio de 2000, que traspone a nuestro Derecho, es la lucha contra la morosidad, y para ello introduce normas con objeto de “disuadir los retrasos de los pagos, erradicando las causas por las que en la actualidad la morosidad puede resultar ventajosa económicamente para los deudores”, y lleva incluso el principio de indemnidad del acreedor perjudicado al punto de incluir entre sus derechos una indemnización por costes del cobro de la deuda, resultaría contradictorio, por contrario a dicha finalidad, que, sin una expresa previsión legal, se interpretase la norma especial como abrogatoria de la regla legal general del anatocismo en perjuicio precisamente del beneficiario de la norma especial.*

5.º) *La regla de la prevalencia de la ley especial sobre la ley general (lex specialis derogat generali) —Digesto 50.17.80: in toto iure generi per speciem derogatur—, debe aplicarse en todo aquello en que ambas normas (la especial y la general) entran en concurso o colisión por afectar a un mismo objeto y tener mandatos contradictorios, lo que exige delimitar el ámbito de aplicación de la norma especial y confrontarlo con la general. La regulación del anatocismo no está comprendida en la Ley 3/2004, que ni lo regula ni proscribire su aplicación. Tampoco resulta contradictoria con su finalidad, antes al contrario, la refuerza.*

6.º) Finalmente, la solución acogida es la que mejor armoniza con el criterio que resulta de la jurisprudencia que, en el ámbito de la contratación administrativa, ha establecido la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo. Así, en la sentencia de esa sala (sección 7.ª) de 17 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6822) (rec. núm. 4303/2008), que contiene un amplio análisis de la doctrina jurisprudencial en la materia concluye:

“1º) La fecha inicial del devengo de los intereses legales de los intereses de demora vencidos es la de interposición del recurso, que tiene la consideración de interpelación judicial a los efectos del artículo 1109 del Código Civil, y ello teniendo en cuenta que la finalidad perseguida por dicho precepto es el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor, al que se obliga a seguir un proceso judicial que, en el orden contencioso-administrativo, se inicia con el mismo escrito de interposición del recurso, así como la circunstancia de que el momento inicial del devengo del interés legal de los intereses vencidos quedaría a merced de la Administración deudora, ya que la formalización de la demanda se halla supeditada a la remisión por aquélla del expediente administrativo.

“2º) Si la cantidad reclamada excluye la efectiva controversia sobre su cuantificación, al haberse fijado con claridad los parámetros de cuantificación y ser susceptibles de concreción por una simple operación aritmética, siguiendo lo preceptuado en el mencionado artículo 1109 del Código Civil se fija la cuantía de la reclamación y el plazo de devengo computable.

“3º) Cuando la Administración no cumple a su debido tiempo con su obligación de abonar al contratista el saldo resultante de la liquidación provisional de las obras, viene por ello obligada también al pago de los intereses legales devengados por aquella demora”.

En el mismo sentido se pronuncia, entre otras, la sentencia de la misma sala y sección de 10 de noviembre de 2015 (recurso núm. 2973/2014) (RJ 2016, 92), destacando el objetivo del anatocismo consistente en el restablecimiento al perjudicado en la plenitud de su posición jurídica:

“La jurisprudencia de la Sala ha rechazado reconocer el derecho a percibir intereses sobre los intereses en aquellos casos en que no era líquido el importe de estos últimos. En cambio, cuando constaba su monto, ha acogido las pretensiones del recurrente que reclamaban el anatocismo y ha dicho que, aparte de la previsión del artículo 1109 del Código Civil, se debe tener en cuenta su artículo 1101 que reconoce el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos por dolo, negligencia o morosidad en el cumplimiento de las obligaciones o por cualquier contravención del tenor de ellas. Se trata, pues, de restablecer al perjudicado en la plenitud de su posición compensándole por todos los perjuicios que se le hayan causado de ese modo. La sentencia de 10 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6633) (casación 3823/2009) se manifiesta en el primer sentido y la de 1 de julio de 2015 (RJ 2015, 3897) (casación 1487/2014) en el segundo».

La invocación de esta jurisprudencia contencioso-administrativa no sólo no es impertinente en el marco de este recurso, sino particularmente relevante en la medida en que el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, comprende no sólo los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas “entre empresas” (se excluyen las operaciones en que intervienen consumidores), sino también las operaciones “entre empresas y la Administración,

*de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre (RCL 2007, 1964), de Contratos con el Sector Público» (art. 3)."*

## II. LA INTERPRETACIÓN DE OPERACIÓN COMERCIAL POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU OBLIGATORIEDAD

Como hemos visto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020 en el asunto C-199/19 apela a los Considerandos de la Directiva 2011/7/UE para comenzar con la interpretación del concepto *"operaciones comerciales"*, aunque obviamente no se queda en ello y ha de acudir al propio TFUE, tal y como veremos.

De hecho, los Considerandos de las Directivas carecen de efecto vinculante positivo tal y como más recientemente ha declarado la Sentencia del TJUE de 22 de enero de 2022 (asunto C-165/20), cuando razona que *"es cierto que, considerada aisladamente, esta frase, que figura en la exposición de motivos del acto [...] parece sugerir que la voluntad del legislador de la Unión fue que los tramos anuales de los derechos de emisión de la aviación asignados para un periodo de comercio se expidieran hasta la finalización de ese periodo, aunque se hubiera puesto fin a las actividades de aviación"*, pero esta afirmación *"se contradice con el tenor mismo del artículo 3 sexies, apartados 4 y 5, de la Directiva 2003/87, que pone de relieve el vínculo indispensable entre, por un lado, la asignación y la expedición de los derechos de emisión de la aviación y, por otro, el ejercicio efectivo de las actividades de aviación enumeradas en el anexo I de esta última Directiva"*, aunque no es menos cierto que el propio TJUE sí ha reconocido un alto valor interpretativo a los Considerandos tal y como se puede observar en su Sentencia de 22 de diciembre de 2022 (asunto C-61/21, JP c. Ministre de la Transition Ecologique, Premier Ministre), cuando afirma que: *"No obstante, como resulta de los artículos 1 de las Directivas mencionadas en el apartado anterior y, en particular, del considerando 2 de la Directiva 2008/50, estas obligaciones persiguen un objetivo general de protección de la salud humana y del medio ambiente en general"*.

Pues bien, la anunciada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020 en el asunto C-199/19 trata un litigio con causa en que el 15 de enero de 2011, RL y J. M. celebraron un contrato de arrendamiento por tiempo indefinido que tenía por objeto un local profesional sito en Lodz, Polonia. A tenor de dicho contrato, J. M., en calidad de arrendatario, está obligado a abonar a RL, el arrendador, un alquiler mensual, cuyo importe comprende también los gastos de explotación correspondientes a los costes de mantenimiento del inmueble, el décimo día de cada mes. Con arreglo al citado contrato, J. M. abonó a RL una fianza de arrendamiento de 984 PLN (aproximadamente 229 euros).

Entre el mes de septiembre de 2015 y el mes de diciembre de 2017, J. M. abonó con retraso dieciséis alquileres mensuales. A continuación, RL le envió una nota contable por un importe de 2751,30 PLN (aproximadamente 640 euros) que englobaba dieciséis veces el equivalente en eslotis polacos de la cantidad de 40 euros en concepto de indemnización por esos retrasos, así como una declaración de compensación parcial entre ese crédito y el crédito de J. M. frente a RL constituido



por la fianza de arrendamiento. Tras el pago de esa compensación, el importe del crédito reclamado por RL ascendía a 1767,30 PLN (aproximadamente 411 euros).

Mediante escrito presentado ante el órgano jurisdiccional remitente, el 10 de abril de 2018, RL solicitó la apertura de un proceso monitorio contra J. M. Esta solicitud fue estimada.

J. M. formuló oposición contra el proceso monitorio y presentó una demanda reconventional sobre la fianza de arrendamiento y los intereses de demora, alegando que la Ley de 8 de marzo de 2013, que transpone la Directiva 2011/7, no se aplica al contrato de arrendamiento. Sostiene que este no constituye una operación comercial, en el sentido del artículo 2, punto 1, de esa Directiva, en cuanto no da lugar a una entrega de bienes o a la prestación de un servicio, sino a la cesión remunerada del uso temporal de un bien.

En ese contexto, el órgano jurisdiccional remitente pretende saber, en primer lugar, si un contrato de arrendamiento celebrado entre empresas puede calificarse de «operación comercial» que da lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación en el sentido del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2011/7. Señala, por un lado, que la Directiva no define esos conceptos y, por otro lado, que la doctrina polaca se halla dividida por lo que atañe a su interpretación.

En primer lugar, el TJUE nos recuerda que ya en su sentencia de 28 de noviembre de 2019, KROL, C-722/18, EU:C:2019:1028, apartado 32 *define el ámbito de aplicación de esa Directiva [Directiva 2011/7], de manera muy amplia.*

Tras ello nos ofrece la pauta interpretativa del concepto “operación comercial” en el siguiente párrafo:

*Por lo que respecta, en segundo lugar, al contexto normativo de la Directiva 2011/7, procede señalar que esta, al haber sido adoptada sobre la base del artículo 114 TFUE, se inscribe en el marco de la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros cuyo objeto es el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior en el sector de la lucha contra la morosidad en ese mercado. De ese modo, procede interpretar los conceptos de «entrega de bienes» y de «prestación de servicios», o incluso el de «operaciones comerciales», contemplados en el artículo 2, punto 1, de la Directiva 2011/7, a la luz de las disposiciones del Tratado FUE que consagran la libre circulación de mercancías y servicios, respectivamente sus artículos 34, 56 y 57, y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que interpreta esas libertades fundamentales.”*

Concluyendo el TJUE en la cuestión prejudicial que se le sometió a consideración en esta sentencia que:

*“41 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 2, punto 1, de la Directiva 2011/7 debe interpretarse en el sentido de que un contrato cuya prestación característica consiste en la cesión remunerada del uso temporal de un bien inmueble, como el contrato de arrendamiento de un local profesional, constituye una operación comercial que da lugar a una prestación de servicios, en el sentido de esa disposición, siempre que se efectúe entre empresas o entre empresas y poderes públicos.”*

Pues bien, el Artículo 57 del TFUE, establece expresamente que con arreglo a los Tratados, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normal-

mente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

Los servicios comprenderán, en particular:

- a) actividades de carácter industrial;
- b) actividades de carácter mercantil;
- c) actividades artesanales;
- d) actividades propias de las profesiones liberales.

Por tanto, el TJUE entiende que el concepto de “operación comercial” ha de interpretarse conforme a la luz de las disposiciones del Tratado FUE que consagran la libre circulación de mercancías y servicios, respectivamente sus artículos 34, 56 y 57, y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que interpreta esas libertades fundamentales, comprendiéndose en el artículo 57 TFUE dentro del concepto servicios, tanto actividades civiles como actividades de carácter mercantil, no pudiéndose de esta forma comprender opiniones y sentidos de fallos jurisprudenciales que aboguen por excluir del ámbito de aplicación de la Ley 3/2004 a las obligaciones de naturaleza civil por el simple hecho de su contraposición a las obligaciones de carácter mercantil.

Como sabemos, el artículo 267 TFUE otorga al TJUE una labor claramente interpretativa y nomofiláctica en la resolución de las cuestiones prejudiciales que se le presentan por lo que una línea de interpretación contraria a la que se ha ofrecido por el TJUE del concepto “operación comercial” basada en la tradicional distinción entre obligación civil y obligación mercantil para excluir a las obligaciones civiles por su sola naturaleza del ámbito de aplicación de la Ley 3/2004 supondría un claro incumplimiento del Derecho de la Unión Europea al contravenir la Jurisprudencia interpretativa que del mismo ha efectuado el TJUE. Así recordamos lo siguiente: «En todo caso, una violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada cuando la resolución de que se trate se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia (véase, en este sentido, la sentencia *Brasserie du pêcheur y Factortame*, antes citada, apartado 57)». Sentencia del TJUE de 30 de septiembre de 2003, Asunto C-224/01, Köbler, ECLI:EU:C:2003:513, párrafo 56.

No ha de olvidarse en cuanto a la interpretación propuesta que el artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que *1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

Si bien no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los jueces nacionales al Derecho de la Unión Europea [STC 75/2017, FJ 2), no es menos cierto que el Tribunal Constitucional ha afirmado que debe velar por el respeto del principio de primacía en los casos en los que el TJUE haya efectuado una interpretación auténtica de la norma concurrida, como ocurre en el caso analizado (“operación comercial”): “a este Tribunal “corresponde [...] velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando [...] exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea” [FJ 5 c)], (ii) el desconocimiento y preterición de una norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, “puede suponer una ‘selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso’, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC

145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6)” [FJ 5 c)], y (iii) prescindir por “propia, autónoma y exclusiva decisión” del órgano judicial, de la interpretación de un precepto de una norma europea impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante, es decir el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vulnera el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea [FJ 6 b)]” [STC 31/2019, FJ 4, siguiendo la doctrina sentada en la STC 232/2015].

### III. BIBLIOGRAFÍA

VICIANO PASTOR. La morosidad en las obligaciones pecuniarias en las operaciones comerciales entre empresas. La Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (capítulo 5) en AA.VV., *Tratado sobre la morosidad*, (coords. Palau Ramirez y Viciano Pastor) Aranzadi, Navarra, 2012.

VICENT CHULIÀ. *Introducción al Derecho Mercantil*, 17.<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 pág. 771; *Introducción al Derecho Mercantil*, 18.<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, «La «lucha legal» contra la morosidad en los pagos», *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, González Porras, J.M. y Méndez González, R.P. (coordinado-res), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004.

RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA. Análisis crítico de la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004), *Revista CEF Legal*, n° 71, 2006.

### IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2003 (asunto C-224/01)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de diciembre de 2016 (asunto C-256/15)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de noviembre de 2019 (asunto C-722/18)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020 (asunto C-199/19)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de enero de 2022 (asunto C-165/20)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2022 (asunto C-61/21)
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm.232/2015
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 75/2017
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 31/2019
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1<sup>a</sup>) núm. 562/2017 de 17 octubre de 2017 (RJ 2017/4295)

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 103/2021 de 25 febrero de 2021 (RJ 2021\763)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª) núm. 146/2006 de 2 marzo (JUR 2006\227390)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 1 de junio de 2007 núm. 202/2007 de 1 junio (JUR 2007\294344)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 562/2007 de 5 noviembre de 2007 (JUR 2008\31770)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 539/2008 de 7 octubre (JUR 2009\38264)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª) núm. 282/2009 de 24 julio (JUR 2009\407773)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia (Sección 1ª) núm. 252/2009 de 30 julio de 2009 (JUR 2009\374430)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) núm. 543/2008 de 26 diciembre de 2009 (JUR 2009\114167)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 113/2011 de 22 febrero (JUR 2011\304296)

NOTAS

<sup>1</sup> Viciano Pastor. <La morosidad en las obligaciones pecuniarias en las operaciones comerciales entre empresas. La Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales> (capítulo 5) en AA.VV., Tratado sobre la morosidad, (coords. Palau Ramirez y Viciano Pastor) Aranzadi, Navarra, 2012, p. 264.

Vicent Chulià. Introducción al Derecho Mercantil, 17.<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 pág. 771; Introducción al Derecho Mercantil, 18.<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; pág. 829.

Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, «La “lucha legal” contra la morosidad en los pagos», Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, González Porras, J.M. y Méndez González, R.P. (coordinadores), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pág. 4.375.

Rodríguez Ruíz de Villa. <Análisis crítico de la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004)>, Revista CEF Legal, n° 71, 2006, pág. 38.



### 3. URBANISMO

## La modificación del uso urbanístico de las edificaciones y su constancia registral

### *The modification of the urban use of buildings and their registration record*

por

VICENTE LASO BAEZA

*Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico*

**RESUMEN:** La alteración del uso de las edificaciones ha sido analizada por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en una resolución de 9 de abril de 2024 y dos de 25 de marzo anterior, la primera en relación con la necesaria concurrencia de la previsión por la legislación autonómica de la prescripción de la posible adopción de medidas tendentes a la restauración del orden urbanístico alterado vinculado al uso de las edificaciones y las otras dos en relación con los presupuestos registrales para la inscripción del cambio de uso de local comercial por el de vivienda.

**ABSTRACT:** *The alteration of the use of buildings has been analyzed by the General Directorate of Legal Security and Public Faith in a resolution of 9 April 2024 and two from the previous March 25, the first in relation to the necessary concurrence of the provision by the autonomous legislation of the prescription of the possible adoption of measures aimed at restoring urban order altered linked to the use of the buildings and the other two in relation to the registry budgets for the registration of the change of use of commercial premises for housing*

**PALABRAS CLAVE:** inscripción, cambio de uso, prescripción, infracción, declaración responsable, conformidad municipal

**KEYWORDS:** *registration, change of use, infringement time-barred, responsible declaration, municipal compliance*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIÓN INCICAL.—II. LA RESOLUCIÓN DE 9 DE ABRIL DE 2024 SOBRE LA INSCRIPCIÓN DE UNA DECLARACIÓN DE OBRA ANTIGUA DE HABILITACIÓN DE BUHARDILLA COMO VIVIENDA. 1. EL PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA RESOLUCIÓN. 2. LA NECESARIA COBERTURA LEGAL DE LA PRESCRIP-

CIÓN DE LA INFRACCIÓN POR CAMBIO DE USO COMO CONDICIÓN PARA SU CONSTANCIA REGISTRAL.  
3. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA RESOLUCIÓN DE 9 DE ABRIL DE 2024 A LA VISTA DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.—III. REQUISITOS PARA EL ACCESO REGISTRAL DEL CAMBIO DE USO DE LOCAL A VIVIENDA CONFORME A LAS RESOLUCIONES DE 25 DE MARZO DE 2024. 1. EL PLANTEAMIENTO DE LAS RESOLUCIONES. 2. LA FUNDAMENTACIÓN DESESTIMATORIA DE LAS RESOLUCIONES.— IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. CONSIDERACIÓN INCICAL.

Dos resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 25 de marzo de 2024 (BOE de 17 de abril de 2024) y una de 9 de abril de 2024 (BOE de 26 de abril de 2024) plantean desde distintos planos la cuestión relativa al acceso al Registro de la Propiedad del uso de las edificaciones de conformidad con las determinaciones en cada caso previstas en el planeamiento urbanístico, entendiendo el concepto uso conforme a su significado más concreto relacionado con el destino último de la edificación.<sup>1</sup>

A estos efectos y como dice la resolución de 9 de abril de 2024 con cita a su vez de la de 21 de julio de 2021<sup>2</sup> analizando esta cuestión desde un plano propiamente urbanístico, de la previsión por los artículos 12.1 y 15.1.a del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015 (TRLSRU) del sometimiento de las facultades de uso, disfrute y explotación del derecho de propiedad del suelo al destino que se le asigne en el planeamiento y de la correlativa condición de su efectividad como deber comprendido en dicho derecho “*resulta inducido que el uso autorizado no es una característica accidental de la edificación, sino que forma parte de su estructura, integrando el contorno que delimita su contenido*”.

No se trata, por lo tanto, del concepto de uso en un sentido amplio tal y como se contempla por el artículo 4.1 del TRLSRU cuando afirma que la ordenación territorial y urbanística define “*el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general*”, concepto en realidad comprensivo de cuantos componentes contribuyen a definir el destino del suelo (edificabilidad, aprovechamiento urbanístico, uso lucrativo y no lucrativo, condicionantes por razón de la clasificación de suelo, etc.) sino en un sentido estricto vinculado de modo directo con el cuadro de usos principales y compatibles tradicionalmente asignados por el planeamiento a las parcelas edificables definidas por los instrumentos de planeamiento que contienen la ordenación pormenorizada.

De ahí, continúa diciendo la resolución de 9 de abril de 2024, que “*la alteración del uso permitido implica una alteración del contenido del derecho de propiedad, de la propiedad misma*”, alteración que queda sujeta al correspondiente doble control administrativo consistente en la previa licencia de edificación y determinación de usos y la posterior licencia de ocupación o título habilitante alternativo cuya función es la verificación de la conformidad de la edificación ejecutada con la efectivamente autorizada para un concreto uso.

De modo correlativo, la importancia del uso desde la perspectiva propiamente registral se pone de manifiesto en el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, de inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanísti-



ca cuando, al referirse a la inscripción de las obras nuevas, precisa que en los títulos correspondientes *“deberá constar (...), al menos, el número de plantas, la superficie de parcela ocupada, el total de los metros cuadrados edificados, y, si en el proyecto aprobado se especifica, el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente”*.

A este respecto dice la resolución de 9 de abril de 2024 que la inscripción ha de reflejar, de entre los usos permitidos por el planeamiento, los *“específicos (...) a que está destinado el edificio cuya obra nueva se declara”*, afirmación acertada que se justifica tanto por la vinculación de la licencia de obras con un uso determinado como por la innecesariedad de reflejar el diverso marco de usos principales y compatibles generalmente dispuesto desde el planeamiento cuya efectiva implantación queda en todo caso sujeta a su correspondiente autorización previa más allá de su debida previsión en el documento normativo por antonomasia del planeamiento urbanístico como es el que se corresponde con las normas urbanísticas.

Otras manifestaciones del acceso registral del uso de los suelos son las que figuran en el artículo 34.1 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, al referirse a los usos como una de las circunstancias que han de constar en los asientos correspondientes a la inscripción del aprovechamiento urbanístico con ocasión de las transferencias de aprovechamiento, en el artículo 42.3 referido a la inscripción de la finca objeto de ocupación directa a favor de la Administración de la que se dice que ha de tener lugar *“para su afectación al uso para el que fue ocupada”* o en el artículo 44 para el caso de inscripción de aprovechamiento urbanístico cuando se aplique la expropiación forzosa a cambio de finca futura.

Pues bien, a partir de este planteamiento inicial las resoluciones antes referidas, que en todo caso cuentan con el bagaje que las precede de una extensa jurisprudencia de la Dirección General como en ellas mismas se pone de manifiesto, plantean no obstante nuevas cuestiones de interés sobre las que resulta oportuno detenerse.

En el caso de la resolución de 9 de abril de 2024 así tiene lugar por la interpretación en ella reflejada sobre la aplicación del régimen de la prescripción de la posible adopción de medidas tendentes a la restauración del orden urbanístico alterado vinculado al uso de las edificaciones.

En cuanto a las dos resoluciones de 25 de marzo de 2024<sup>3</sup> su interés, focalizado principalmente para la Comunidad de Madrid pero igualmente relevante para otras Comunidades Autónomas, se sitúa en la identificación de los requisitos para el acceso registral del cambio de uso cuando queda amparado por declaración responsable<sup>4</sup>.

## II. LA RESOLUCIÓN DE 9 DE ABRIL DE 2024 SOBRE INSCRIPCIÓN DE UNA DECLARACIÓN DE OBRA ANTIGUA DE HABILITACIÓN DE BUHARDILLA COMO VIVIENDA.

### 1. EL PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA RESOLUCIÓN.

La resolución de 9 de abril de 2024 se refiere a la procedencia de la inscripción de la modificación de una finca registral integrada en un edificio que no había

formalizado propiedad horizontal, la cual se correspondía con una buhardilla a la que se pretendía dar el destino de vivienda al entender que la obra declarada tenía una antigüedad superior a veinte años conforme resultaba de una certificación catastral descriptiva y gráfica y de una resolución del Catastro de la que resultaba que el cambio de uso se realizó con dicha antelación<sup>5</sup>.

A tal efecto la resolución comienza refiriéndose a que la inscripción de la obra nueva terminada puede tener lugar, conforme al artículo 28 del TRLSRU, bien mediante la acreditación de la concurrencia de los requisitos establecidos por la normativa urbanística en orden a la correspondencia entre usos autorizados y descripción registral mediante la aseveración por técnico competente de que la descripción se adecúa al proyecto para el que se obtuvo autorización, o bien mediante la acreditación (por certificación de la Administración o de técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral) de que han transcurrido los plazos para la adopción de las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición y de la coincidencia de la descripción de la obra con el título.

Sucesivamente afirma que la alteración del uso de todo o parte de un edificio inscrito exige la acreditación de los requisitos previstos para las dos vías contempladas en el citado artículo 28 al suponer una “*modificación del objeto del derecho de propiedad*” de acuerdo con lo anteriormente indicado.

A su vez, en cuanto a la segunda de las vías señaladas, la que parte de la premisa de la prescripción de la posible adopción de medidas tendentes a la restauración del orden urbanístico alterado, la resolución se cuida de señalar el distinto papel que al respecto corresponde al Registro de la Propiedad y a la Administración.

Así, se descarta que corresponda al Registro un pronunciamiento sobre la adecuación de una vivienda a la legislación urbanística para considerarla como tal al tiempo que se atribuye a la Administración por ser la que ha de reaccionar frente a las infracciones urbanísticas cometidas.

Tal reacción, en efecto, tiene lugar mediante la anotación, cuando proceda, del expediente a tal fin incoado, correspondiendo igualmente a la Administración, una vez recibida la notificación por parte del registrador de haber realizado la inscripción del cambio de uso y so pena de incurrir en responsabilidad de no hacerlo por los perjuicios económicos que pudieran causarse al adquirente de buena fe, dictar la resolución necesaria para que conste en el Registro, por nota al margen de la inscripción del cambio de uso, la situación urbanística de la finca tras dicho cambio, especificando su contenido e indicando las limitaciones que imponga al propietario.

## 2. LA NECESARIA COBERTURA LEGAL DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN POR CAMBIO DE USO COMO CONDICIÓN PARA SU CONSTANCIA REGISTRAL.

A partir de lo anterior y según lo ya adelantado, la resolución se detiene en la posibilidad de inscribir la modificación de la descripción registral de una buhardilla para su destino a vivienda con base en lo dispuesto en el artículo 28.4 del TRLSRU, lo cual es analizado a la luz de la regulación de la prescripción de las infracciones urbanísticas conforme a la legislación urbanística del País Vasco y la jurisprudencia.

A tal fin el artículo 224.4 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, que limita los efectos del transcurso del plazo de prescripción de las infracciones a aquellas consistentes en la ejecución de “*obras, trabajos e instalaciones*”, sin incluir por lo tanto las atinentes al uso de las edificaciones cuando es contrario al planeamiento, es esgrimido por la resolución como argumento central para excluir su aplicación en este último campo, lo cual sostiene principalmente con base en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 8 y 21 de febrero de 2023 (JUR\2023\272724 y JUR\2023\273518).

Así, ambas Sentencias sostienen la inaplicación del citado artículo 224.4 en relación con los que denomina como usos clandestinos contrarios a la ordenación urbanística en atención a su carácter continuado apoyándose principalmente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que así lo consideró.

A este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1989 (RJ\1989\6574) dice, con cita de la Sentencia de 10 de octubre de 1988 (RJ\1988\7461), que “*el uso del suelo constituye ordinariamente una actividad continuada y por tanto el plazo de prescripción no empieza a correr hasta que tal actividad finaliza —art. 92.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística—. Que haya prescrito con anterioridad la infracción integrada por las obras que dieron lugar a la edificación en la que se desarrolla el uso no es obstáculo para que subsista la posibilidad de sancionar dicho uso: mientras que las obras integran una actuación pasajera, el uso normalmente está destinado a desarrollarse activamente a lo largo del tiempo (...). Esta solución resulta coherente con el sistema del art. 184 del Texto Refundido de la Ley del Suelo: si la Administración puede impedir el uso ilegal en tanto que éste dure, será razonable que el plazo de prescripción, en cuanto a la potestad sancionadora, no empiece a correr mientras se mantenga el uso*”.

Pues bien, a la vista del anterior marco legislativo y jurisprudencial la resolución sienta las dos siguientes consideraciones finales:

- a) La constancia registral del cambio de uso por aplicación del apartado 4 del artículo 28 del TRLSRU con base en la prescripción de la infracción o caducidad de la acción encaminada al restablecimiento de la legalidad urbanística vulnerada se condiciona a que tal prescripción quede posibilitada tanto por “*la normativa urbanística de aplicación como la jurisprudencia que la interpreta*”, entendiéndose suficiente con que así estuviese previsto en la normativa urbanística.
- b) Correlativamente, cuando la legislación autonómica no admitiera la prescripción de la modificación de uso, la inscripción registral de la modificación de uso requeriría la acreditación de su autorización por licencia o certificación municipal acreditativa de su situación consolidada o en fuera de ordenación (artículo 28.1 del TRLSRU).

### 3. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA RESOLUCIÓN DE 9 DE ABRIL DE 2024 A LA VISTA DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.

A los efectos de la aplicación de la doctrina que ha quedado expuesta la legislación autonómica dispone lo siguiente:

- a) La Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía dispone en su artículo 153.1 que la adopción de medidas para el restablecimiento de la legalidad urbanística deberá tener lugar mientras los usos estén en curso de realización o desarrollo y dentro de los seis años siguientes a la aparición de signos externos que permitan conocer su efectiva implantación.
- b) El texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón de 8 de julio de 2014 prevé en su artículo 284.4 la posible prescripción de las infracciones correspondientes a una actividad continuada computando el plazo correspondiente desde su finalización o desde la fecha del último acto con el que la infracción quedara consumada.  
La misma regulación se contiene en la Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria (artículo 274.2), la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura (artículo 184.3), la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja (artículo 219.3), la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (artículo 237.1), la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia (artículo 294.5), el texto refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de 26 de julio de 2017 (artículo 225.2) y el texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunidad Valenciana de 18 de junio de 2021 (artículo 270.3).
- c) El texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo del Principado de Asturias de 22 de abril de 2004 refiere en su artículo 255.2, aun sin efectuar una mención expresa a los usos, la posible prescripción de las infracciones continuadas tomando como fecha inicial la del último acto con el que la infracción se consuma.
- d) El Reglamento de Intervención y Protección de la Legalidad Urbanística de Canarias de 26 de diciembre de 2018 dispone en su artículo 47 que la condición de un uso como uso consolidado a los efectos de la limitación temporal para el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística requiere el transcurso del plazo de cuatro años desde que se produzca el primer signo exterior y verificable del mismo sin que por la Administración se haya incoado el correspondiente procedimiento.  
Como resaltable particularidad del citado Reglamento el mismo artículo 47 contempla en su apartado 3.b la extinción de la condición de un uso como consolidado por razón de su cese voluntario, considerando como tal su cese por cierre o desocupación por un periodo igual o superior a un año.
- e) El texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2023 dispone en su artículo 187.2 que el plazo de prescripción empezará a contar, en el caso de infracciones referidas a operaciones clandestinas, desde el momento en que se den las condiciones para que puedan ser conocidas por

la Administración competente, lo cual fue ya adelantado en los mismos términos por el anterior texto refundido de 18 de mayo de 2010 en su artículo del mismo número.

A este respecto debe tenerse igualmente presente, de conformidad con la resolución de 9 de abril de 2024, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 28 de diciembre de 2016 (JUR\2017\19503) según la cual, *“en atención a que la infracción de cambio ilegal de uso es de naturaleza continuada porque no se agota en el momento de cambiarse por primera vez el uso, sino que se mantiene durante todo el tiempo en que se continúa haciendo un uso ilegal de la edificación, el plazo de prescripción no se iniciaría sino a partir del momento en que cesase el uso ilegal”*.

- f) El Reglamento de Urbanismo de Castilla y León de 29 de enero de 2004 dispone en su artículo 351 que, cuando la infracción fuera desconocida o no pudiera ser acreditada como ordinariamente ocurre en relación con los usos, el cómputo del plazo de prescripción comienza desde que por la inspección fueran detectados signos físicos externos que permitirán conocer los hechos constitutivos de la infracción, contemplando también en relación con las infracciones derivadas de una actividad continuada la misma solución prevista en la Ley de Urbanismo de Aragón de 8 de julio de 2014.
- g) El texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña de 3 de agosto de 2010 establece en su artículo 207.1 que un plazo de prescripción de seis años desde la finalización de las actuaciones ilícitas o el cese de la actividad ilícita.
- h) La Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia remite en su artículo 159.1 el plazo de prescripción a la fecha de finalización de las obras o de la actividad y su Reglamento de 22 de septiembre de 2016 dispone en su artículo 390.3 el mismo régimen que en la Ley de Urbanismo de Aragón de 8 de julio de 2014.
- i) La Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears prevé en su artículo 205.1.c que las infracciones urbanísticas consistentes en actos de uso o los cambios de uso de edificaciones sin licencia correspondiente tendrán la consideración de permanentes y el cómputo del plazo de prescripción se iniciará a partir de la fecha en que cese la actividad o el uso ilegal.

### III. REQUISITOS PARA EL ACCESO REGISTRAL DEL CAMBIO DE USO DE LOCAL A VIVIENDA CONFORME A LAS RESOLUCIONES DE 25 DE MARZO DE 2024.

#### 1. EL PLANTEAMIENTO DE LAS RESOLUCIONES.

Las resoluciones de 25 de marzo de 2024 plantean en ambos casos la problemática referida a la inscripción de una escritura de cambio de uso de local co-

mercial dando lugar en una de ellas a una sola vivienda y en el otro a siete nuevas viviendas.

Se plantea así, conforme al régimen general resultante de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (LSCM) y de las respectivos planeamientos urbanísticos y ordenanzas en materia de edificación y uso del suelo vigentes en uno y otro municipio, los presupuestos para el acceso al Registro de la Propiedad, con motivo de la modificación de uso que participa de una cierta relevancia en la realidad práctica.

La cuestión relativa a la posible transformación de locales comerciales en vivienda trae causa, en efecto, de la falta de adecuación que en ocasiones de produce entre las nuevas formas de desarrollo de la actividad comercial de carácter no necesariamente presencial y la normativa urbanística, lo que viene dando lugar a las correspondientes adaptaciones del planeamiento urbanístico como ocurre, por ejemplo, con motivo de la modificación de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997 aprobada definitivamente el 8 de noviembre de 2023 (BOCM de 27 de noviembre de 2023).

Tales transformaciones, a su vez, deben ser contempladas en el marco de un mercado de viviendas que viene revelando durante estos últimos años la grave situación derivada de su notable carestía, lo que desde el orden legislativo lleva incluso a propuestas no poco innovadoras según ocurre con la protagonizada en la Comunidad de Madrid con la reciente Ley 3/2024, de 28 de junio, de medidas urbanísticas para la promoción de vivienda pública (BOCM de 3 de julio de 2024) con la que se abre la puerta a la recalificación ex lege del suelo sin necesidad de modificar el planeamiento al contemplar un régimen especial de cambio de uso en los suelos calificados con uso terciario para la implantación de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.

Así, en efecto, la mera entrada en vigor de la Ley resulta suficiente para que las parcelas de suelo urbano consolidado (también las edificadas), suelo urbano no consolidado o suelo urbanizable sectorizado con ordenación pormenorizada suficiente para permitir su ejecución y que estuvieran calificadas para uso terciario oficinas puedan ser destinadas en determinadas condiciones al uso residencial en alguna de las modalidades de vivienda protegida en arrendamiento aplicable en la Comunidad de Madrid.

En este contexto, en el caso de la resolución referida a la ciudad de Madrid el registrador suspendió la inscripción por considerar necesaria la aportación de acta de conformidad municipal correspondiente al procedimiento de control posterior de la declaración responsable al que se refiere el artículo 159 de la LSCM y, además, de la certificación expedida por técnico competente sobre la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título con expresión de ser previa al plazo hubiera en la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir (artículo 28.4 del TRLSRU).

Frente a la anterior calificación la recurrente sostuvo la innecesariedad de la posterior conformidad municipal al considerar, dado que la declaración responsable produce sus efectos desde la presentación en el registro electrónico del Ayuntamiento, que *“el acto de conformidad sólo es necesario para la inscripción de la obra nueva realizada en virtud de declaración responsable de todo tipo de construcciones, requieran o no proyecto de obras y cualquiera que sea su entidad constructiva o des-*

tino, residencial, industrial o comercial, así como para las obras de rehabilitación, reforma, ampliación, de edificaciones existentes”; no, en cambio, “para la inscripción del cambio de uso, pues para ello el legislador ha establecido que se presente la declaración responsable y los documentos que acrediten que la comunicación ha sido realizada y que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad (artículo 28.1.b)”.

A ello añade que, “para acreditar que la comunicación ha sido realizada, bastará presentar la declaración con el registro de entrada en sede electrónica del Ayuntamiento (artículo 22 Ordenanza 6/2022 del Ayuntamiento de Madrid), pero no será necesario presentar el documento acreditativo de que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad [artículo 28.1.b)], porque la declaración responsable habilita al interesado para el ejercicio de la actuación pretendida desde el mismo día de su presentación en el registro del ayuntamiento, (artículo 157.1 LSCM), sin sujeción a plazo de inicio de la actividad y sin necesidad de acto resolutorio alguno (STS núm. 293/2023, de 8 de marzo)”.

La otra resolución de 25 de marzo de 2024 resuelve el recurso gubernativo interpuesto contra la nota de calificación por la que, como en el caso de la anterior de igual fecha, fue suspendida la inscripción de una escritura de cambio de uso por no haber acompañado “la licencia urbanística correspondiente a la transformación realizada en el documento calificado, al tratarse de una modificación de la obra nueva inscrita, o en su caso el acto de conformidad, de la declaración responsable, expedido por el Ayuntamiento de Getafe”.

Por su parte en el recurso gubernativo interpuesto se sostuvo que “ni la normativa autonómica ni la municipal exigen la licencia para los actos contenidos en la escritura calificada”, no constando en la resolución publicada argumento adicional alguno sobre la procedencia alternativa de la declaración responsable ni sobre la exigencia de conformidad municipal advertidas en la nota de calificación.

## 2. LA FUNDAMENTACIÓN DESESTIMATORIA DE LAS RESOLUCIONES.

Las dos resoluciones comienzan recordando que por la Dirección General se mantiene la equiparación del cambio de uso con la modificación de la declaración de obra inscrita, de tal modo que su acceso al Registro ha de acomodarse a cualquiera de las alternativas previstas en el artículo 28 del TRLSRU<sup>6</sup>; esto es, con la aportación de la documentación prevista en el apartado primero o, conforme al apartado cuarto siguiente, de la que acredite la improcedencia de adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición por haber transcurrido los respectivos plazos de prescripción (certificación municipal, certificación catastral descriptiva y gráfica, certificación de técnico competente o acta notarial).

Pues bien, con las escrituras objeto de calificación se acompañaron sendas declaraciones responsables, siendo la cuestión determinante del pronunciamiento final de ambas resoluciones la que atañe a si tales declaraciones responsables eran suficientes o si, “por el contrario, ha de aportarse el acta de conformidad del Ayuntamiento”.

A este respecto, las resoluciones destacan los dos requisitos que ha de verificar primero el notario con motivo del otorgamiento de escrituras de declaración de obra nueva y después el registrador al practicar la inscripción (artículos 11.3 y 5 y 28.1 y 2 del TRLSRU), los cuales se corresponden, de un lado, con la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa en cada caso requerido identificados con la licencia, o acto expreso o certificación de conformidad municipal tras la respectiva declaración responsable de acuerdo con lo dispuesto en la legislación autonómica aplicable y, de otro, la licencia de uso o primera ocupación en su caso sustituida por declaración responsable de ocupación y funcionamiento.

Lo anterior queda sintetizado en ambas resoluciones destacando los siguientes documentos para la inscripción dependiendo de lo previsto en cada Comunidad Autónoma y del tipo de actuación urbanística de que se trate:

- *las tradicionales licencias de obras y licencias de primera ocupación.*
- *licencia de obras y declaración responsable de primera ocupación y funcionamiento que, según la legislación autonómica aplicable, podría tener una eficacia inmediata por sí misma, o requerir la acreditación de que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad.*
- *acto expreso de conformidad administrativa respecto de una declaración responsable urbanística, y, según establezca la normativa aplicable, declaración responsable de primera ocupación o mera comunicación de terminación de la actuación”.*

Pues bien, trasladado lo anterior al ámbito particular de la Comunidad de Madrid resulta esencial lo dispuesto en el artículo 159 de la LSCM referido al procedimiento de control posterior de las declaraciones responsables, el cual, en defecto de su regulación mediante ordenanza, dispone la necesaria comprobación, en primer lugar, de la veracidad de los datos y de los documentos aportados y del cumplimiento de los requisitos formales exigidos, y, sucesivamente, de su conformidad con la normativa aplicable. De esta última comprobación dice así el apartado 5 del citado artículo 159 que *“resultará en la emisión por el ayuntamiento del correspondiente acto de conformidad cuando ello fuera necesario a los efectos previstos en la legislación que resulte de aplicación”*, añadiendo acto seguido que así tendrá lugar *“a los efectos previstos en el artículo 28.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana”*<sup>7</sup>.

Conforme a lo anterior y teniendo en cuenta que en la Comunidad de Madrid tanto el cambio de uso<sup>8</sup> como las actuaciones urbanísticas de división y segregación de pisos o locales<sup>9</sup> están sujetos a declaración responsable, resulta clara la necesidad del correspondiente acto de conformidad municipal.

Por el contrario y dado que el artículo 155 de la LSCM no somete a declaración responsable la ocupación y funcionamiento del local cuyo uso hubiera sido previamente modificado por el de vivienda<sup>10</sup>, las dos resoluciones se remiten a las ordenanzas aprobadas al respecto por los Ayuntamientos de Madrid y Getafe en cuyos términos municipales radicaban las fincas afectadas, habilitadas en origen para optar por tal declaración responsable o por el régimen de la comunicación previa.



En cuanto se refiere a la Ordenanza 6/2022, de 26 de abril, de Licencias y Declaraciones Responsables Urbanísticas del Ayuntamiento de Madrid, se somete a declaración responsable la transformación de locales a vivienda en edificios no catalogados (artículo 26) siendo posible su tramitación ante el Ayuntamiento (artículo 29), en cuyo caso será precisa la conformidad municipal en los términos ya señalados, o por medio de una entidad urbanística colaboradora (artículos 31 y 32) a la que corresponde la emisión de un certificado de conformidad que, no obstante, a efectos registrales resulta insuficiente de modo que es igualmente preciso el acto expreso de conformidad municipal.

Para la acreditación de la conclusión de la actuación de cambio de uso de local a vivienda no se exige declaración responsable de primera ocupación y funcionamiento sino su mera comunicación al Ayuntamiento (artículos 29.3 y 5 y 32.1), a fin de comprobar su conformidad con la normativa urbanística, admitiéndose para el caso de certificación de entidad colaboradora que a efectos registrales quede suplida con la resolución de eficacia municipal de la declaración responsable o certificado de la toma de razón del informe favorable municipal de la comprobación material de la actuación en línea con lo dispuesto por el artículo 159.5 de la LSCM.

Por lo que se refiere a la Ordenanza reguladora de la intervención administrativa del Ayuntamiento de Getafe en materia de edificación y uso del suelo, aprobada el 26 de marzo de 2014, la resolución respectiva se refiere igualmente a la declaración responsable como título habilitante pese a que en ella se someta a licencia al no poder contravenir la regulación dispuesta en la LSCM y, en los términos ya indicados, a la posibilidad de suplir la falta de acto expreso de conformidad municipal con la resolución de eficacia municipal de la declaración responsable o certificado de la toma de razón del informe favorable municipal de la comprobación material de la actuación.

#### IV. CONCLUSIONES

- I. La constancia registral del cambio de uso con base en la prescripción de la infracción o caducidad de la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística vulnerada se condiciona a que tal prescripción quede posibilitada por la normativa urbanística aplicable y la jurisprudencia que la interpreta, siendo suficiente con que tal previsión conste en la normativa urbanística.
- II. Correlativamente, cuando la legislación autonómica no admite la prescripción de la modificación de uso, su inscripción requiere la acreditación de su autorización por licencia o certificación municipal de la que resulte su situación consolidada o en fuera de ordenación.
- III. La asimilación del cambio de uso de local a vivienda con la modificación de la declaración de obra inscrita determina la aplicación de lo dispuesto en el artículo 28 del TRLSRU, siendo a tal efecto necesario, en caso de estar prevista declaración responsable urbanística, el acto expreso municipal de conformidad administrativa, a lo que se añade la necesaria acreditación de la conclusión de la actuación según lo dispuesto en la normativa autonómica y local de aplicación

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

STS de 30 de enero de 2024  
STS de 29 de enero de 2024  
STS de 29 de noviembre de 2023  
STS de 27 de junio de 2018  
STS de 3 de diciembre de 2014  
STS de 20 de octubre de 2008  
STS de 23 de febrero de 2006  
STS de 15 de septiembre de 1989  
STS de 10 de octubre de 1988  
STSJ del País Vasco de 21 de febrero de 2023  
STSJ del País Vasco de 8 de febrero de 2023  
STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de diciembre de 2016  
RDGSJFP de 9 de abril de 2024  
RDGSJFP de 25 de marzo de 2024  
RDGSJFP de febrero de 2023  
RDGSJFP de 7 de julio de 2022  
RDGSJFP de 21 de julio de 2021  
RDGRN de 27 de marzo de 2019  
RDGRN de 27 de junio de 2018  
RDGRN de 13 de mayo, 12 de septiembre y 30 de noviembre de 2016  
RDGRN de 21 de abril de 2014  
RDGRN de 5 de agosto y 13 de noviembre de 2013  
RDGRN de 23 de marzo de 1998  
RDGRN de 12 de diciembre de 1986  
RDGSJFP de 13 de mayo de 2024

NOTAS

<sup>1</sup> Queda al margen de este comentario la cuestión relativa a la delimitación del contenido de los elementos privativos por parte de los estatutos del régimen de propiedad horizontal en orden a la limitación o restricción de sus posibles usos, de la cual se ha ocupado tanto la Dirección General (resoluciones de 12 de diciembre de 1986, 23 de marzo de 1998 y, más recientemente, en tres resoluciones de 13 de mayo de 2024) como la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 23 de febrero de 2006, 20 de octubre de 2008, 3 de diciembre de 2014, 27 de junio de 2018, 29 de noviembre de 2023, 29 de enero de 2024 y 30 de enero de 2024).

<sup>2</sup> De la resolución de 21 de julio de 2021 se ocupa LANZAS MARTÍN, E., en La inscripción del cambio de uso por antigüedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 787, págs. 3265 a 3276.

<sup>3</sup> Estando en pruebas el presente comentario se ha tenido conocimiento de las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 13 de mayo, 11 de junio y 9 de julio de 2024 igualmente referidas al cambio de uso de local comercial a vivienda.

<sup>4</sup> De la declaración responsable, LASO BAEZA, V., Declaración responsable y obra nueva, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 792, págs. 2447 a 2458.

<sup>5</sup> LANZAS MARTÍN, E., en La constancia registral del cambio de uso de una edificación o de parte de ella, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 760, págs. 1081 a 1094

<sup>6</sup> Sobre la equiparación apuntada la resolución cita las resoluciones de resoluciones de 5 de agosto y 13 de noviembre de 2013, 21 de abril de 2014, 13 de mayo, 12 de septiembre y 30 de noviembre de 2016, 27 de junio de 2018, 27 de marzo de 2019, 21 de julio de 2021, 7 de julio de 2022 o 6 de febrero de 2023.

<sup>7</sup> La vigente redacción de los artículos 151 a 163 de la LSCM procede de la modificación operada por la Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid.

<sup>8</sup> La sujeción de los cambios de uso a declaración responsable está prevista en la letra g) del artículo 155 de la LSCM.

<sup>9</sup> Así ha de entenderse por aplicación de lo dispuesto en el artículo 155 de la LSCM según el cual “estarán sujetos a declaración responsable urbanística todos aquellos actos de transformación, construcción, edificación o uso del suelo, no recogidos expresamente en los artículos 152 y 160 de la presente Ley”, no figurando los citados actos de división y segregación entre los que el artículo 152 somete a concesión de licencia.

<sup>10</sup> La letra c) del artículo 155 sí somete a declaración responsable la primera ocupación y funcionamiento de las edificaciones de nueva planta y de las casas prefabricadas, así como de los edificios e instalaciones en general.



# ACTUALIDAD JURÍDICA



## Información de actividades

### ANDALUCÍA:

- Se ha celebrado en Sevilla el día 4 de junio de 2024 la Jornada *Aspectos actuales de la Propiedad Horizontal*.

Organizan:

Cátedra de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Decanato de Territorial de Andalucía Occidental y el Colegio de administradores de Fincas de Sevilla.

Programa:

18:00 h Presentación a cargo de:

D. Manuel RIDRUEJO RAMÍREZ.

*Decano Territorial de Andalucía Occidental.*

D<sup>a</sup> María Dolores GARCÍA BERNAL.

MESA 1:

18:10 h. Presentación a cargo de:

D. Francisco MONTES WORBOIS.

*Director General de Turismo. Letrado de la junta de Andalucía en Servicios Especiales.*

“Principales novedades de la normativa andaluza sobre vivienda de uso turístico”

18:35 h. Exposición a cargo de:

D. Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA.

*Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Sevilla.*

“Pisos turísticos y comunidad de vecinos”

Modera:

D. Jesús MANUEL GONZÁLEZ GIL

*Vicepresidente 1º del Colegio de Administradores de Fincas de Sevilla*

MESA 2

19:00 h. Exposición a cargo de:

D. Santiago MOLINA ILLESCAS

*Vocal de Relaciones con las Universidades*

*Registrador de la Propiedad de Camas.*

“Inscripción en el Registro de la propiedad de modificación de título constitutivo y estatutos”.

19:25 h. Exposición a cargo de:

D. Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ

*Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.*

*Inspector de Servicios de la Universidad de Sevilla.*

“Morosidad y propiedad horizontal: algunas cuestiones de actualidad”.

Modera:

D. Manuel GARCÍA MAYO

*Prof. Dr. del Departamento Civil e Internacional Privado de la Universidad de Sevilla*

19:50 h. Coloquio.

Modera:

José Antonio DE PAZ CRESPO

*Vocal 1º del Colegio de Administradores de Fincas*

20:20 h. Presentación de la

“Colección de Derecho Inmobiliario de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Sevilla, Editorial Aranzadi-La Ley”

Clausura a cargo de:

D. Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA

*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.*



RECENSIONES  
BIBLIOGRÁFICAS



TARABAL BOSCH, Jaume (Dir.), *Previsión y transmisión intergeneracional del patrimonio al margen de la sucesión. Encaje jurídico (¿y consolidación?) de los will substitutes en España*, Colegio Notarial de Catalunya – Marcial Pons, Madrid, 2022, 238 pp.

por

CÉSAR HORNERO MÉNDEZ  
*Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

Como es conocido, una de las cuestiones principales de las que se ha ocupado el Derecho comparado —al fin y al cabo le va mucho en ello— ha sido la de encontrar un modelo metodológico solvente que haga posible, o que simplemente explique, la circulación (entre países o entre culturas jurídicas) de leyes, modelos, doctrinas o incluso instituciones completas. Las propuestas más conocidas siguen siendo —y no son recientes ni ninguna novedad— la llamada teoría de los trasplantes de Alan J. Watson y la de los formantes, esta última elaborada por el conocido comparatista italiano Rodolfo Sacco, fallecido, casi centenario, a finales de 2022. La tesis de este último constituye en cierto modo, pensamos, una reacción frente a una lectura demasiado ideal o simple de la primera, para la que sería sencillo eso de trasplantar normas u otros elementos jurídicos de un país a otro, si bien a partir quizá de una visión o consideración eminentemente teórica o abstracta del Derecho. Por su parte, Sacco consideraba el Derecho, el fenómeno jurídico, como algo más sofisticado en el que son reconocibles diversos formantes, los cuales deberían ser tenidos en cuenta a la hora de plantearse la adopción o la transposición de un ordenamiento a otro de algún elemento propio y genuino. Para el maestro turinés habría distintos formantes, diferenciados por ámbitos —en concreto, reconocía tres categorías de estos: normativos, doctrinales o jurisprudenciales—, no necesariamente coherentes entre sí y susceptibles de ser disociados o separados, tanto en el contexto nacional de origen como en el de destino, esto es, aquél en el que se pretendiese su inclusión. Esto último, la posibilidad de desagregación o de separación de los formantes, permitiría su adopción independiente o aislada, lo que podría exigir, eso sí, alguna operación de acomodación o adaptación, en busca de una coherencia que obviamente no vendría dada sin más. Sin embargo, el riesgo de tomar prestado alguno de estos formantes, de esa manera segregada, resulta evidente, ya que podría incurrirse fácilmente en lo artificioso o lo superficial a la hora de adoptar, por pura moda o esnobismo, algún elemento extranjero cuyo encaje en el sistema jurídico propio resultara muy forzado y más que discutible.

Algo de lo que acaba de apuntarse habría, pensamos, en la adopción entre nosotros —y por supuesto en otros países pertenecientes a la familia del *Civil Law*— de los llamados *will substitutes*, que pueden traducirse literalmente como sustitutos del testamento. De dicha acogida, que sería, en nuestra opinión, básicamente

terminológica y no tanto sustantiva, se ocuparía la obra colectiva objeto de esta reseña: *Previsión y transmisión intergeneracional del patrimonio al margen de la sucesión. Encaje jurídico (¿y consolidación?) de los will substitutes en España*. En ésta pretensión —se denota desde el propio título— se aprecian las muchas dudas razonables que pueden existir sobre su encaje —es precisamente ésta la palabra que se utiliza en aquél— en nuestro Derecho. En el título, no obstante, se alude también al ámbito material (la previsión y la transmisión patrimonial fuera de la sucesión *mortis causa*) en el que esta supuesta figura unitaria podría moverse, como concediéndole, al menos de entrada, cierto beneficio de la duda en cuanto a que constituya finalmente un concepto jurídico unitario, reconocible y operativo entre nosotros. Ello es comprensible teniendo en cuenta que no sería desde luego la mejor carta de presentación para una obra como ésta —y antes para las jornadas celebradas en diciembre de 2019 que están en el origen de la misma— el hecho de afirmar que aquello sobre lo que la misma versa, una figura propia del *Common Law* en su versión estadounidense, difícilmente podrá existir o llegar a tener acomodo en nuestro Derecho; sería, si se nos permite la expresión, como pegarse un tiro en el pie, ya que estaría menguando bastante el interés que la obra pudiera tener. En el volumen, hay que decirlo, se procede con honestidad a este respecto y aunque en algún momento pueda existir, en especial para alguien no iniciado, cierta confusión acerca de la verdadera implantación de los *will substitutes* aquí, sobre su alcance real como categoría jurídica asentada en España, queda claro en todo momento que ello no es así.

De este modo, con absoluta honestidad, como decimos, procede Jaume Tarabal Bosch, el director de la obra colectiva y también quien entrega la que nos parece la principal aportación de ésta: «*Will substitutes*. Estado de la cuestión en España». El texto, ubicado convenientemente al principio del libro y con carácter omnicomprendivo —el propio autor alude a que opera a modo de bisagra entre el trabajo sobre el Derecho norteamericano y el resto de las aportaciones en las que se abordan cuestiones más concretas desde la perspectiva española—, procede a presentarnos un concepto de la figura y de sus principales manifestaciones pero sin dejar de insistir en todo momento en que no es posible trasplantarla tal cual a nuestro ordenamiento. Así, en primer lugar, identifica con claridad, como decimos, los *will substitutes* definiéndolos de modo genérico como “mecanismos no testamentarios para la destinación *post mortem* de bienes” y de forma más precisa como “actos o instrumentos voluntarios, lucrativos, que se otorgan en contemplación de la propia muerte sin cumplir necesariamente los requisitos formales del testamento, y que implican una atribución de bienes —en sus modalidades más populares, con designación revocable del beneficiario— al margen de la herencia y de las exigencias procedimentales de la sucesión”. A partir de ahí, trata de identificar cuáles serían las manifestaciones de estos mecanismos en el Derecho español, para lo que acomete un rastreo a lo largo de nuestro ordenamiento (comprendiendo tanto el Derecho civil común como los Derechos civiles forales o especiales). A pesar de localizar las posibles modalidades nacionales de *will substitutes*, no deja de reiterar en todo momento la cautela con que hay que operar si se pretende adoptar la figura. Como insiste, es propia y genuina del Derecho estadounidense, constituyendo una consecuencia resultante de unas circunstancias propias muy concretas (principalmente una dificultosa y procelosa configuración

de la sucesión testamentaria) que no se darían entre nosotros. Con todo, con cierto optimismo, apunta razones suficientes como para que los *will substitutes* puedan tener cierto acomodo aquí. Dichas razones nos parecen, no obstante, un poco forzadas: de una parte, alude al que entiendo evidente incremento en la utilización de medios extra-testamentarios de transmisión de la riqueza —en particular, aquellos en los que se contempla la designación de beneficiarios de instrumentos de ahorro y previsión (algunas modalidades de seguros de vida y de planes de pensiones)— sin que ello, de otra parte, y es lo que nos resulta un tanto artificioso, se haya visto acompañado de un desarrollo legal por lo que atañe a su tratamiento en el Derecho civil de sucesiones; en nuestra opinión, no deja de ser un argumento un tanto postizo o autorreferencial. Esto último, no puede afirmarse, sin embargo, del Derecho civil catalán en el que sí se contemplarían, señala, los *will substitutes* en diversos preceptos de manera más o menos explícita, principalmente el art. 421-23 CCCat, donde se prevén tres instrumentos mediante los cuales articular la designación de beneficiarios *contemplatione mortis*: seguros de vida para caso de muerte, planes de pensiones y otros instrumentos de ahorro y previsión análogos. La última parte del trabajo de Tarabal se dedica a analizar con precisión estos mecanismos que sin duda hablan a favor de la implantación del concepto, de la figura, en nuestro país.

El resto de los trabajos reunidos en el volumen (hasta nueve) tienen distinto alcance y proyección, sorteando con dignidad, eso sí, el riesgo de una desigual calidad, que habitualmente suele darse en obras de carácter colectivo como ésta; no es así: todos presentan un nivel general aceptable en cuanto a su resultado final, dentro de sus distintos cometidos o fines (aunque evidentemente, en nuestra modesta opinión, los hay mejores y peores). En este sentido, el primero —al que ya se ha aludido—, «*Will substitutes in the United States: an overview*», tiene la función primordial de presentar el mecanismo en origen, es decir, situado en su hábitat natural. Thomas P. Gallanis, profesor de la Universidad de Iowa, destaca por tener presente en todo momento a quién ofrece esta descripción general o panorámica de estos instrumentos. Así, no da nada por sentado y logra colocarse desde fuera, como si mirase desde aquí en cierto modo, identificando y explicando las causas de por qué los *will substitutes* se han desarrollado en Estados Unidos, al tiempo que señala, por esa razón, las dificultades evidentes para ser adoptados como alternativa a los testamentos en otros países.

Por su parte, el trabajo de Ángel Serrano de Nicolás, «*Mecanismos de previsión (will substitutes)*», en su relación con aspectos de las donaciones, seguros y empresa familiar», resulta en cierto modo concurrente con el de Tarabal, ya que pretende abordar con carácter genérico los distintos mecanismos o figuras de nuestro Derecho que podrían agruparse bajo esta denominación importada. En correspondencia a la amplitud del propio concepto de *will substitutes* que propone (basado en la libertad de pacto para lograr lo que denomina la “anticipación sucesoria en vida”), realiza un recorrido exhaustivo, por momentos un tanto abigarrado —puede llegar a perderse el hilo, si se nos permite la expresión—, con la pretensión de ofrecer una taxonomía completa del fenómeno en el Derecho civil común y en el Derecho civil catalán (donde vuelve sobre las previsiones de su Código Civil analizadas también por Tarabal). Con la solidez a la que acostumbra el autor, siempre con el valor añadido de su conocimiento práctico, entrega un

auténtico vademécum (es el término que el mismo utiliza) de los variados mecanismos en los que atisba que la categoría puede tener cierta implantación en nuestro Derecho.

Las tres aportaciones siguientes tienen en común, a partir de la parca regulación de los *will substitutes* en España —como hemos dicho, muy escueta desde luego en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro, y un poco más elaborada pero insuficiente en el artículo 421-23 CCcat, al igual que sucede en otros Derechos forales—, medirla o valorarla en distintos escenarios o detectando algunas de sus carencias y limitaciones (las que justificarían una regulación *ad hoc* de la misma). A este respecto, Antoni Vaquer Aloy («Cuestiones sobre la designación de beneficiarios de los *will substitutes* en los Derechos civiles vigentes en España»), que acota muy bien el concepto de estos y su alcance en clave española —los *will substitutes*, señala, son instrumentos de previsión y ahorro con designación de beneficiarios para después de la muerte del suscriptor de dichos productos, que se han desarrollado sobre todo en el mercado financiero pero que no han merecido atención sin embargo por parte del legislador— se ocupa de los problemas y vicisitudes que pueden presentarse a los beneficiarios designados mediante estos mecanismos. Pone de manifiesto, sin duda, las carencias que el régimen jurídico existente muestra respecto de aquellos.

Con un planteamiento muy similar, con el mismo punto de partida en suma, Paloma de Barrón Arniches («*Will substitutes* y derechos sucesorios familiares») se ocupa con mucho tino —y está muy bien visto— de la relación de estos mecanismos de previsión y ahorro (principalmente el seguro de vida aunque no sólo), destinados a producir la transmisión extra-testamentaria de la riqueza, con los que denomina derechos sucesorios familiares. Como señala bien, en estos supuestos existirá muchas veces un beneficiario del mecanismo en cuestión que podrá o no formar parte de que aquellos familiares a los que se les reconocen derechos sucesorios. Su conclusión —y puede decirse que es la compartida de modo general en el volumen— es que debería abordarse esta problemática desde el punto de vista legislativo (de hecho, concluye su trabajo con unas propuestas de *lege ferenda* en esa dirección).

Este bloque que hemos identificado se remata con la contribución de Lidia Arnau Raventós titulado «Seguro de vida y protección de acreedores». Se entretiene, como la propia autora reconoce, en un supuesto muy específico, identificado con carácter general como el encaje entre el tratamiento de los acreedores del causante y algunas adquisiciones lucrativas no sucesorias asociadas a la muerte de éste. En concreto, dicho supuesto consistiría en el contrato de seguro de vida en el que el tomador y asegurado son la misma persona y en el que la relación de valuta entre estipulante y beneficiario presenta naturaleza lucrativa. Ello implicaría que este último adquiriese la condición de acreedor del causante. Con precisión y minuciosidad se ocupa de los distintos escenarios que pueden darse, apreciando igualmente, como Vaquer y de Barrón, las carencias regulatorias de la LCS y del CCcat.

Los dos trabajos siguientes compondrían también, de forma buscada entendemos, otro bloque temático. Se trataría de poner en relación estos mecanismos de previsión y transmisión intergeneracional de la riqueza realizados fuera o al margen de la sucesión *mortis causa* con el tratamiento de las personas con disca-

pacidad. Con este propósito, M. Elena Lauroba Lacasa nos entrega un más que completo estudio de los patrimonios protegidos: «Los patrimonios protegidos, un mecanismo valioso de planificación patrimonial *pre* y *post mortem* (o por qué la piedra que rechazaron los arquitectos puede convertirse en una piedra angular)». Reconocida experta en esta figura, no oculta (desde el propio título) su fe (y entusiasmo) por la misma, a pesar de que no haya tenido el recorrido esperado desde su irrupción en el Derecho estatal (con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre) y en los Derechos civiles forales o especiales (en particular, en el CCCat, arts. 227-1 a 227-9, en el que centra su atención). Los patrimonios protegidos (como el *trust* y la fiducia, el equivalente de éste en los países del *Civil Law*, a los que también dedica un apartado) compartirían con los *will substitutes* una misma justificación: servir como alternativa a la rigidez del Derecho sucesorio, en el caso de aquellos como instrumentos para servir de protección a las personas vulnerables.

Con este mismo planteamiento, el breve (y un tanto esquemático) texto que entrega Ramón Pratdesaba Ricart («La utilidad de los *will substitutes* como instrumentos de protección de las personas vulnerables») llama la atención por dar por bueno —en una manifestación de no muy buena praxis comparatista— el concepto de *will substitutes* como algo perfectamente trasladable a nuestro ordenamiento, en tanto que reconocible en diversos mecanismos que señala de modo más o menos genérico y no muy preciso —así se refiere a “las cláusulas de beneficiario de un contrato de seguro, de un producto de ahorro o de un fondo de inversión” o a “los llamados seguros de protección de las situaciones de dependencia”—. Su aproximación se perfila más bien desde la perspectiva de las personas vulnerables que pueden ser beneficiarias de este tipo de productos. Da por supuesto el concepto de *will substitutes*, sin entrar en mayores consideraciones, resultando como decimos un tanto vago y, por ende, prescindible.

Las últimas dos contribuciones, no muy extensas, contribuyen a terminar de delinear las figuras o mecanismos que tratan de identificarse con los *will substitutes*. La primera de Eduardo Saavedra Díaz lleva por título «El seguro de vida y otros instrumentos de previsión para la planificación sucesoria» y tiene el interés de la condición de profesional del ramo del seguro del autor —es ejecutivo de una importante compañía—; ello proporciona una visión práctica e incluso, entiéndase bien, comercial del tema. Por último, el volumen culmina con una brevísima referencia, apenas un apunte, a los inevitablemente necesarios aspectos tributarios: Alejandro Ebrat Picart, «La fiscalidad de los *will substitutes*». En el texto se aprecia también, como no puede ser de otro modo, el silencio existente en el Derecho tributario español acerca de los *will substitutes*.

Un libro como éste creemos que cumple dos propósitos, uno expreso y otro implícito. El primero, el más evidente, es presentar los *will substitutes*, un término que agrupa una serie de mecanismos sucesorios alternativos al testamento que se han desarrollado principalmente en Estados Unidos, por las especiales (y no siempre fáciles) circunstancias que rodean a éste y a su efectividad. Al mismo tiempo, trata de analizar, con mayor o menor fortuna, forzando más o menos las cosas, el recorrido que dicho concepto puede tener en nuestro país. El otro propósito que rinde el libro, menos explícito pero presente en éste igualmente, sería el de conjurar el peligro de incurrir en el nominalismo jurídico que supone adoptar (por moda o algo parecido) un término anglosajón, condenado a ser ma-

nejado, si cuaja aquí, por los juristas con no mucha propiedad. El modo mejor en que esto se evita es practicando ortodoxamente, como sucede en el libro en varios pasajes, el que nos parece desde el punto de vista metodológico el comparatismo jurídico, preferible el funcionalista; y es que no se trataría, evocando al gran R. Orestano, de preguntarse si los *will substitutes* existen aquí y ahora entre nosotros sino acerca de si las funciones que estos desempeñan se desenvuelven aquí y ahora por otras figuras o mecanismos —se llamen como se llamen, cabría añadir—.

Por supuesto, todo lo anterior no impide que sea muy pertinente plantearse otras posibilidades de planificación y transmisión patrimonial sucesoria distintas del testamento. Una obra como ésta —en la que es casi inevitable, como hemos señalado, incurrir en cierta confusión, en el sentido de que parezca por momentos que los *will substitutes* campan tal cual ya en España— tiene el valor añadido de sugerir que es mucho lo que puede explorarse en el campo de la planificación sucesoria. Cuando tanto se reclama la reforma de nuestro Derecho de sucesiones, hay que pensar que las innovaciones en ese campo no sólo tienen que provenir de la reforma directa de las normas que lo regulan sino también por otras vías como la que este libro nos apunta.



¿Cantos de sirena concursales o una nueva odisea de oportunidades procesales?

Recensión a la última obra de la Profa. Fátima YÁÑEZ VIVERO, Catedrática de Derecho Civil de la UNED: *La exoneración judicial de deudas del consumidor vulnerable. Perfiles jurídicos y avatares de un nuevo “derecho a no pagar las deudas”*, Ed. Marcial Pons, ISBN 978-84-1381-542-8, Madrid, 2024.

por

SONIA CALAZA LÓPEZ

*Catedrática de Derecho procesal (UNED)*

Al término de esta primavera de 2024 y casi al comienzo de su verano, la Profa. Fátima Yáñez Vivero, Catedrática de Derecho civil de la UNED, nos deslumbra, una vez más, con una obra jurídica que, con su pluma —y muy a pesar de versar sobre alguna que otra penalidad económica— nos resulta fascinante. La Autora (en adelante, A.) es una genial especialista —entre otras materias—precisamente en esta —el (tan complejo como, quizás por ello: seductor) Derecho concursal— y nos deleita, de vez en cuando, con aportaciones científicas como ésta, de gran profundidad (en lo jurídico), de extraordinaria sensibilidad (en lo humano) y de excelencia *ética* (en lo moral).

Sin ninguna duda, la Profesora Fátima Yáñez es una científica tan culta y cultivada, con una formación tan plural e integrada, así como con una visión del mundo (no sólo jurídico) tan amplia y estructurada, que nos regala —con cada una de sus aportaciones científicas (auténticos balones de oxígeno civil)— un manantial de conocimiento jurídico, un derroche de sabiduría, una emocionante explosión *de saber* y además: una (casi poética) forma de entender (y comprender) el Derecho civil. Pero su excelencia no es solamente jurídica; ni tan siquiera científica, artística o técnica (y reveladora de su extraordinaria formación integral o polifacética en un mundo excesivamente “especializado”); sino humana y esto es lo que más me fascina como “compañera de vida”, que soy, de mi querida Fátima Yáñez, desde el principio de (nuestros) tiempos: La gran civilista de la UNED (nuestra Universidad —imposible de replicar—: la más grande de España y una de las mayores de Europa) es una persona con una gran belleza interior y exterior, cultivada, delicada, dulce, buena (en el sentido más machadiano de este concepto), ingeniosa, comprometida, empática, respetuosa, sensible e incapaz de dedicar un solo segundo de su vida a una (presunta) “maldad” o (bajo) “deseo de fracaso de los demás”; es una de esas (pocas) personas que siempre se presentan ante el mundo con “su mejor versión” para sacar, de todos y cada una/o de nosotra/os, también “lo mejor de nosotra/os misma/os”.

La Profesora Fátima Yáñez —autora de esta obra (imprescindible) en un (complejísimo) universo concursal, precisado de estudios clarificadores (como este) que exporten a los especialistas y a la sociedad (en su conjunto) una recrea-

ción —a escala multicultural— de todas las opciones (jurisdiccionales y extra o parajurisdiccionales) que ofrece el (desdichado) concurso a los más vulnerables (en una decidida apuesta de “democratización concursal”), cree que *“merece la pena reflexionar sobre lo que podríamos denominar perfiles dogmáticos o anclajes jurídicos del instrumento de exoneración de deudas, dentro del clásico marco regulador del Derecho de Obligaciones y Contratos. Aunque antes será necesario buscar la justificación de un mecanismo —aparentemente lesivo— para el acreedor, en valores superiores del ordenamiento jurídico y en parámetros de índole constitucional e, incluso, supranacional que conforman el acervo jurídico en el que nos movemos”*.

La A., ya lo he advertido, es una civilista con una personalidad poliédrica: quiero con ello destacar que su blindaje del Derecho privado no ciega su (amplia) comprensión del Derecho público, ni vive (científicamente) de espaldas a las ramas del ordenamiento jurídico —como la mía: el Derecho procesal— que ofrecen distintas alternativas (tanto judiciales como extrajudiciales) a las personas precisadas de inmediata reparación (jurídica) antes de encontrarse al borde de la asfixia económica, social & personal. Por eso, la A. recuerda a Carnelutti en una manifestación de grandeza jurídica: *“Una exoneración de deudas impuesta por la norma y declarada por el juez”, nos dice, “constituye una suerte de “expropiación del derecho de crédito”, en palabras del jurista Carnelutti, legitimada por un interés público superior, como veremos. De ahí que esta “expropiación” constituya un “premio” para cierto deudor insolvente, pero es, sobre todo y, ante todo, una exigencia del mercado, de la economía y de la sociedad en su conjunto”*. También quiero yo, en justa correspondencia a la cita (del gran procesalista italiano) efectuada por la Profesora de Derecho civil de la UNED, mencionar ahora a uno de los más grandes civilistas de nuestra historia española reciente, Díez-Picazo Ponce de León, cuando —en referencia a nuestro (siempre vívido) Derecho procesal, afirmó (con su habitual contundencia), en sus “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, Derecho y Cambio Social, que *“si existe un derecho —estrella en el firmamento jurídico-constitucional español actual, este título le corresponde, sin discusión ninguna, al artículo 24 y, en especial, a su párrafo primero donde se dice, como es bien sabido, que todos tienen derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”*.

La grandeza de la Ciencia: el compromiso y la inescindibilidad entre el Derecho civil y el Derecho procesal civil —su feliz confluencia en nuestra Jurisdicción civil práctica— llevan a la A., a manifestar que *“no sea tan relevante, en su opinión, la discusión acerca de si estamos ante un “premio” o “beneficio” —como se decía en la regulación anterior a la modificación del Texto Refundido de la Ley Concursal efectuada por la Ley 16/2022— o ante un auténtico derecho subjetivo, como parece querer configurar la nueva norma. Porque lo cierto es que esta nueva norma a veces lo etiqueta como derecho (Exposición de Motivos de la Ley 16/2022) y, otras, como beneficio (arts. 484.1 ó 491) y, en realidad, estamos ante una situación jurídica beneficiosa que se puede alcanzar cuando se dan determinados requisitos. El fenómeno de la exoneración de deudas supone un cierto reconocimiento legislativo de lo que Georges RIPERT institucionalizó, ya en el año 1936, como “le droit de ne pas payer ses dettes” o “derecho del deudor a no pagar sus deudas”, lo cual implica una especie de socialización de las deudas a través de una intervención judicial en el contrato,*

*para modificar el contenido del vínculo obligatorio de un deudor consumidor que se convierte en acreedor de la sociedad de consumo porque esta le debe un bienestar necesario para que vuelva a entrar en el círculo económico.”*

Esta incógnita requerirá, según expresa la A., con toda elocuencia y certeza en una decidida apuesta de solución jurisdiccional (cuando sea imposible otra respuesta negociada): *“un juicio de valoración sobre la necesidad de limitar el ejercicio de un derecho (el de crédito) en aras del interés público. El papel del juez es, a su juicio, fundamental en este escenario. Primero, porque solamente a él se le puede encomendar un control de legalidad, es decir, de apreciación de los requisitos o presupuestos establecidos por la ley para que opere el instituto. Pero, además, solo él podría ponderar esos dos intereses en juego, el interés de la masa y, en consecuencia, el de los acreedores, de un lado, y el interés del deudor de resurgir a la vida económica, de otro. Y es evidente que la ponderación de este difícil equilibrio de intereses no se puede dejar en manos de los acreedores, o de su mayoría, como puede suceder en el convenio concursal, porque es difícil que los acreedores puedan pensar en otra cosa que no sea la satisfacción de sus créditos”*.

Admitida la idea de que la exoneración de deudas supone una “expropiación” del derecho crediticio constitucionalmente justificada por razones de intereses superiores como son la utilidad social y el interés de la tutela del mercado y de la economía en general, la Profesora Yáñez se plantea, en esta excelente obra, *“cuánto sacrificio se puede imponer a los acreedores para conseguir esa máxima que bien podría ser la de conseguir que el consumidor deudor deba cada vez menos para poder ser cada vez más consumidor”*. Y no oculta la *“clara la ruptura con los dogmas y pilares clásicos del Derecho de Obligaciones y Contratos que desencadena el mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho”*. Ello afecta, sin duda —y así lo reconoce la A.— *“a la responsabilidad patrimonial, pero también a la obligación y a su exigibilidad de cumplimiento. Las consecuencias socioeconómicas de la crisis imponen la adopción de una óptica diferente a la hora de valorar el incumplimiento del deudor. Un cumplimiento posible pero que ponga en peligro la vida, la integridad o la dignidad del deudor no puede ser jurídicamente exigible. Esta es la filosofía que inspira el incumplimiento en estado de necesidad”*.

El sujeto protagonista de este excelente estudio de la Profesora Yáñez no es —por lo demás— un deudor cualquiera. Es, siempre según expresa —con inmejorable verbo— la A., *“una persona natural que se endeuda por necesidades personales, familiares y derivadas del ejercicio de su negocio o profesión, que lo permiten calificar como un consumidor —y que por el hecho de ser consumidor ya está en posición de cierta vulnerabilidad. Pero, además, no se trata de un consumidor cualquiera, ya que en él concurren unas circunstancias de especial fragilidad económica y social que debería llevarnos a hablar de un consumidor “hipervulnerable”, si esta categoría estuviera tan consolidada en España como lo está en algunos países de América Latina, como Argentina o Chile. A estos deudores/consumidores especialmente vulnerables se les ha denominado LILAS (low income, low assets), o NINAS (no income, no assets), para designar a aquel grupo cada vez más numeroso, lamentablemente, de personas endeudadas e insolventes que, por ello, pueden ser objeto de abuso de debilidad por parte de otros agentes del mercado”*.

Así, pues, la propia Profesora Yáñez señala que *“es necesario, en primer término, reconocer que nos encontramos ante una realidad de vulnerabilidad social y*

económica que, posiblemente, carezca de la visibilidad necesaria desde el punto de vista jurídico de la insolvencia. Es apreciable una cierta deficiencia, a mi juicio, de los instrumentos necesarios, dentro de las actuales legislaciones de insolvencia, para resolver de un modo rápido y eficaz la situación de los LILAS o NINAS, o de los new poor, o children of the crisis, como se ha dicho”.

Y ante esta evidencia, la A. destaca —con toda valentía— que “la lista de los créditos exonerables, en este caso de LILAS o NINAS, debiera ser, sino total, más amplia de lo que en general contemplan los ordenamientos como el nuestro. A mi juicio, la clave está en que si la utilidad que el acreedor hubiera obtenido en caso de liquidación de todo lo realizable no hubiera sido mayor que la obtenida en caso de exoneración de casi todo el pasivo pendiente, no tiene sentido aplicar la norma que excluye un largo elenco de deudas no exonerables a todo tipo de deudores. Si a la exoneración se llegara por la vía de la liquidación, la lista de créditos no exonerables es la misma que para el plan de pagos, o eso parece, ya que el artículo 489 TRLC (“extensión de la exoneración”) forma parte de los “elementos comunes de la exoneración”, aplicable, por tanto, a las dos vías y esto se compadece mal con la situación de un deudor en situación tan crítica que asiste a la liquidación de todo su patrimonio. Y en el caso en que se hubiera declarado un concurso sin masa, también se podría desembocar en la exoneración, pero, igualmente, la lista de los créditos no exonerables —sin matices ni distinciones —se aplicaría también aquí”.

Especialmente interesante resulta, señala también la A., “un tipo de exoneración que algunos ordenamientos han denominado exoneración de derecho, automática o ipso iure, por el mero transcurso de un tiempo, sin más exigencias; aunque la falta de concreción de esta modalidad de exoneración en la Directiva hace realmente difícil —desde mi humilde criterio— la implementación de una auténtica exoneración de derecho que sea “plena” o “integral” como señala el texto europeo y, a la vez, realmente ágil. Para un deudor en estado crítico, esperar un año, tres (como parece ser el propósito de la Directiva) o cinco años para obtener una exoneración (que tampoco es plena) puede abocarlo, irremediablemente, a situaciones irreversibles”.

Conforme la obra va avanzando y esta “insoponible levedad del Derecho concursal” (como se ha dicho de forma ingeniosa alguna vez) va llegando a término, la A. denuncia —con todo acierto— que “las distintas regulaciones de la herramienta de exoneración de deudas focalizan su atención en el comportamiento y en las circunstancias del deudor en el proceso de endeudamiento y en el de incumplimiento de sus obligaciones, descuidando bastante la atención en la otra cara de la moneda. El comportamiento del acreedor que —sin llegar a ser usurario— puede incurrir en el fenómeno de la ventaja injusta o aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad económica y/o social de ciertos deudores contribuye a crear o a agravar la situación de endeudamiento y de insolvencia de estos últimos. Se impone la necesidad de regular las repercusiones que cierto comportamiento del acreedor ha de tener en el proceso de exoneración de deudas, más allá de las sanciones administrativas que el no cumplimiento de evaluar la solvencia del deudor lleve aparejadas para el acreedor. Podemos encontrarnos ante contratos de préstamo perfeccionados en un escenario de angustia o presión socioeconómica del deudor que no pueden dejar impune al titular del crédito cuando ese deudor ha accedido a la exoneración de deudas”.

Y, por último, le parece a la A. de especial relevancia —con todo acierto— “revisitar” el tratamiento que la vivienda habitual (otro de sus temas nucleares<sup>1</sup>), especialmente aquella sobre la que pesa un crédito hipotecario, recibe en el marco de una exoneración de deudas. Y es que, según afirma la A.: *“la vivienda es uno de los bienes más importantes en situaciones de especial vulnerabilidad porque constituye el espacio necesario para ejercitar los derechos y libertades de la persona. No sé si somos del todo conscientes de que, aparte del techo y cobijo que frente a las inclemencias puede suponer una vivienda, sin ella no podríamos ejercitar los más elementales derechos, como el de ser libres, pensar, escribir, desarrollarnos como personas y, en definitiva, protegernos frente a esas “otras” inclemencias de la vida, bien peores, a veces, que las meteorológicas. La adaptación de la Directiva de 2019 a nuestro ordenamiento nos trae importantes novedades en una aparente “salvaguarda” de la vivienda habitual de la “quema” de la liquidación, pero, a mi juicio, la nueva disciplina trae menos luces que sombras y las debilidades o “fugas” de la nueva arquitectura de la exoneración son, desde mi humilde perspectiva, unas cuantas”*.

Y como si de una exposición artística se tratara: al borde, como la A. nos ha ubicado, de una ventana abierta con vistas a un mundo plural, diversificado y precisado de respuestas (ecuánimes, justas e inmediatas), en un ecosistema jurídico adaptado a las inclemencias del tiempo, del espacio, de la economía, de la vivienda, de la familia y de la propia “interioridad” llegamos al fin de la obra.

La A., y así lo indica con su habitual espontaneidad, ha querido reflexionar *“sobre aspectos dogmáticos de la exoneración, de clara repercusión práctica, y sobre algunos “avatares” que la práctica jurídico concursal nos lleva a justificar lo que pretende ser el leit motiv de este estudio: la liberación del deudor de sus deudas, manteniendo ciertos bienes —en determinadas circunstancias— no debilita el status del acreedor, sino que lo refuerza. Lo fácil es pensar, en un primer acercamiento al problema, que la exoneración tiene un precio demasiado elevado y que quien lo paga es solo ese acreedor que pierde lo que al deudor se le perdona, porque se le “sustrae” la facultad de no poder exigir su crédito. Pero esto no es del todo cierto, ya que el acreedor obligado a permitir la exoneración va a participar en un procedimiento en el que se proyectan “luz y taquígrafos” sobre el patrimonio del deudor y que, por tanto, será objeto de una transparencia que no hubiera existido en caso de no existir este instrumento. Y, de otro lado, se desencadena una ventaja, si quiera de modo indirecto, para todos los acreedores y para el sistema crediticio en general que, de un lado, distribuyen el riesgo derivado de la pérdida de los créditos no satisfechos y, de otro, viven y se alimentan de todos aquellos que necesitan el crédito y al que no pueden volver si no consiguen, antes, una verdadera “segunda oportunidad”*.

Quiero finalmente felicitar a mi (muy querida) amiga —“compañera de Universidad y sobre todo “de vida”— Fátima Yáñez Vivero por este libro imprescindible, que sentará las bases —lejos de los (atractivos pero inciertos) “cantos de sirena concursales”— de una nueva odisea de oportunidades procesales: *La exoneración judicial de deudas del consumidor vulnerable*, con los *perfiles jurídicos y avatares de un nuevo “derecho a no pagar las deudas*. Los investigadores, académicos, profesionales y lectores —en general— estamos de suerte: nuestro próximo verano

—como el de la protagonista del último libro de Gabo: *Ana Magdalena Bach*— será mucho más emocionante gracias a este nuevo amante jurídico (casi literario), recién publicado, que nos hemos echado. Felicidades, Fátima. Enhorabuena, a sus (actuales y potenciales) lectores, por tener el “buen gusto” de elegirla: (antes de) Agosto, lo leemos.

## NOTAS

<sup>1</sup> Vid., recientemente, dos obras dirigidas por la Autora de este libro, precisamente sobre esta temática: “La vivienda familiar ante los retos de la crisis”, dirigida por las Profesoras D<sup>a</sup> Araceli DONADO VARA, D<sup>a</sup>. Fátima YÁÑEZ VIVERO y D<sup>a</sup>. Sonia CALAZA LÓPEZ, Ed. Dykinson, Madrid, 2022; y “La vivienda física & digital de Familia: Claves civiles y procesales”, dirigido por Fátima YÁÑEZ VIVERO Sonia CALAZA LÓPEZ, III LALEY-DERECHO DE FAMILIA n<sup>o</sup> 41, marzo 2024.





# 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](http://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.

