REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCIX • Septiembre - Octubre • Núm. 805

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 • Septiembre - Octubre 2024 • Núm. 805

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
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
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 trata-miento 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 Gálligo
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 Gálligo
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 Gálligo
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 Sántos
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 Ezquerra
Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

Doña Encarnación Roca Trías
Magistrada del Tribunal Constitucional

Don Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Don Ignacio Tirado Martí
Profesor de Derecho Mercantil Universidad Autónoma de Madrid

Don Ángel Valero Fernández-Reyes
Registro de la Propiedad y Mercantil

Doña Fátima Yañez Vivero
Catedrática de Derecho Civil UNED Madrid

Don Manuel Ballesteros Alonso
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Doña Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos
Secretaria General del Consejo de Estado

Doña Piedad García-Escudero Márquez
Catedrática de Derecho Constitucional de la UCM y Letrada de las Cortes Generales

Doña Pilar Palazón Valentín
Registradora de la Propiedad

Don Juan Luis Gimeno Gómez Lafuente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Dña. María José de la Fuente y de la Calle
Letrada y Ex Presidenta del Tribunal de Cuentas.

Dña. María José García Valdecasas
Abogada del Estado y letrada del Tribunal Constitucional.

Dña. Esther Muñiz Espada
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.

D. Juan José Jurado Jurado
Registrador de la Propiedad y Mercantil.

SUMARIO / *SUMMARY*

Págs.

ESTUDIOS/*STUDIES*

DE LARA VENCES, Carlos: Medidas disuasorias de carácter convencional frente al impago en la propiedad horizontal / *Conventional deterrent measures against non-payment in condominiums* 2439

MARTÍNEZ ORTEGA, Juan Carlos: La imposición de los apellidos en los hijos tiene relevancia en la igualdad de género / *The imposition of surnames on children is relevant to gender equality*..... 2479

NAVARRO VALIENTE, Antonio Jesús: Actos de disposición realizados por un único cotitular o copartícipe en la comunidad hereditaria sobre el íntegro bien o derecho o atribuyéndose la representación del resto. Breve análisis doctrinal y jurisprudencial / *Acts of disposition carried out by a single co-owner or co-participant in the hereditary community over the entire asset or right or attributing representation of the rest. Brief doctrinal and jurisprudential analysis* 2507

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

PÉREZ ESCOLAR, Marta: Integración de la prestación de servicios médicos. Cuestiones relevantes al hilo de las nuevas normas deontológicas / *Integration of medical service delivery. Relevant issues in the context of the new deontological rules.* 2579

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL / *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 2615

Págs.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

— La ausencia de contacto del progenitor con el menor como causa de privación total de la patria potestad / *The absence of contact of the parent with the minor as a cause of total deprivation of parental authority,* por Elena FERNANDEZ DE LA IGLESIA 2725

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 (2ª parte) / A necessary analysis ot the operation of the support measures after three years of validity of Law 8/2021, of June 2 (Part 2), por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT 2741

1.3. Derechos reales

— La ejecución hipotecaria de la vivienda habitual / *The foreclosure of the habitual residence,* por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA..... 2809

1.4. Sucesiones

— Algunas particularidades de la legítima y la desheredación en los Derechos Forales / *Legitimate inheritance and disinheritance in Foral Law,* por Lourdes GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR 2825

1.5. Obligaciones y contratos

— Arrendamiento inmobiliario: Impago de la renta y desahucio, ¿cambio de doctrina jurisprudencial? / *Real estate lease: Non-payment of rent and eviction, a change in legal doctrine?,* por Robert REINHART SCHULLER..... 2879

1.6. Responsabilidad Civil

— De nuevo sobre la responsabiliadad civil en el ámbito de derecho de familia, en especial, la ocultación o

Págs.

falta de atribución de la paternidad no biológica del hijo / *Again civil liability in the field of family law in particular, the concealment or lack of attribution of the non-biological paternity of the child,* por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT. 2909

1.7. Concursal

— La responsabilidad concursal de los administradores: principales aportaciones del operador jurídico / T*he insolvency liability of the corporate directors: main contributions of the juridical operator,* por Georgina ÁLVAREZ-MARTÍNEZ..... 3009

2. MERCANTIL. DERECHO DE SOCIEDADES

— La revocación de la *denuntiatio* en un caso de adquisición derivativa / *The revocation of the denuntiatio in a case of derivative acquisition,* por Francisco REDONDO TRIGO..... 3033

3. URBANISMO

— Constitución de complejos inmobiliarios en procesos reparcelatorios / *Formation of a building complex within a plot-redivision procedure,* por Eugenio-PACELLI LANZAS MARTÍN..... 3049

RECENSIÓN BIBLIOGRÁFICA / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

STÖCKER, Otmar and STÜRNER,Rolf: Round Table on Security Rights over Immovable Property (Part 1) – Objectives and Working Methods / *Mesa Redonda sobre garantías reales sobre bienes inmuebles (parte I): objetivos y métodos de trabajo* 3071

ESTUDIOS

Medidas disuasorias de carácter convencional frente al impago en la propiedad horizontal

Conventional deterrent measures against non-payment in condominiums

por

CARLOS DE LARA VENCES

Profesor Asociado Doctor / Abogado

Universidad de Burgos

RESUMEN: La Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante, Ley 10/2022), reformó el artículo 21.1 de la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante, LPH) introduciendo expresamente dos medidas que califica de disuasorias frente al deudor comunitario en el régimen de la propiedad horizontal. En concreto, se introduce la posibilidad de imponer al moroso el pago de intereses por encima del interés legal y privarle, con carácter temporal, del uso de instalaciones o servicios comunitarios. Se trata de una reforma de difícil aplicación práctica, que deja abierta la posibilidad de que la comunidad de propietarios pueda aprobar otro tipo de medidas. Las expresamente descritas en el artículo 21.1 LPH pueden ser calificadas como medidas convencionales nominadas, pudiendo convivir con otras de carácter convencional innominadas. Su regulación deja abiertos ciertos interrogantes que son objeto de análisis en este estudio, tales como la potestad sancionadora de las comunidades de propietarios, la mayoría precisa para su aprobación, la modificación estatutaria o la necesidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

ABSTRACT: The Law 10/2022, of June 14, on urgent measures to promote building rehabilitation activity in the context of the Recovery, Transformation, and Resilience Plan (hereinafter, Law 10/2022), amended Article 21.1 of the Horizontal Property Law (hereinafter, LPH), expressly introducing two measures classified

https://doi.org/10.36151/rcdi.2024.805.01

as deterrents against the community debtor in the horizontal property regime. Specifically, it introduces the possibility of imposing on the defaulter the payment of interest above the legal interest and temporarily depriving them of the use of communal facilities or services. This is a reform of difficult practical application, which leaves open the possibility for the community of owners to approve other types of measures. Those expressly described in Article 21.1 LPH can be classified as named conventional measures, coexisting with other conventional unnamed measures. Its regulation leaves certain questions open, which are the subject of analysis in this study, such as the sanctioning power of the community of owners, the precise majority required for its approval, statutory modification, or the need for registration in the Property Registry.

PALABRAS CLAVE: deuda, intereses, privación, uso, servicios, comunes, comunidad, propietarios.

KEYWORDS: Debt, Interests, Deprivation, Use, Services, Common, Community, Owners.

SUMARIO: I.— INTRODUCCIÓN, II.— ANÁLISIS DEL DEUDOR COMUNITARIO.—III. NATURALEZA JURÍDICA.—IV. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CONTRA LA MOROSIDAD EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL. IV.1. Consideraciones generales. IV.2. Medidas Legales. IV.2.A. *Medidas legales sin carácter disuasorio.* IV.2.B. *Medidas legales con carácter disuasorio.* IV.3. Medidas Convencionales.—V. MEDIDAS DISUASORIAS DE CARÁCTER CONVENCIONAL. V.1. Consideraciones generales. V.2. Características. V.2.A. *Facultativas.* V.2.B. *Disuasorias o preventivas.* V.2.C. *Convencionales.* V.3. Límites Comunes. V.3.A. *Temporalidad.* V.3.B. *Interdicción del abuso.* V.3.C. *Proporcionalidad.* V.3.D. *Irretroactividad.* V.4. Adopción de las medidas convencionales. V.4.A. *Acuerdo de junta propietarios.* V.4.B. *Estatutos comunitarios.* V.4.C. *Inscripción en el Registro de la Propiedad.* V.5. Clasificación. V.5.A. *Medidas disuasorias convencionales nominadas.* V.5.A.a) Privación del uso de elementos comunes. V.5.A.a).a´) Consideraciones generales, V.5.A.a).b´) Límite respecto a la privación de derecho de uso: no afectación a la habitabilidad del inmueble. V.5.A.b) Imposición de intereses de demora superior al legal. V.5.B. *Medidas disuasorias convencionales innominadas.*—VI. CONCLUSIONES.—VII. RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Mediante el artículo 2.3 de la Ley 10/2022 se modifica casi en su totalidad el artículo 21 LPH. Se produce una modificación sustancial del régimen especial

del procedimiento monitorio, para remitirse con carácter general a la regulación general que del mismo se realiza en el artículo 812 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), si bien se mantienen algunas especialidades en cuanto a la reclamación de la deuda comunitaria.

No obstante, en relación con el objeto de este estudio hay que centrarse en la reforma del artículo 21.1 LPH. A través de este, se introduce en nuestra legislación de forma expresa dos medidas calificadas como disuasorias, tendentes a prevenir la morosidad en las comunidades de propietarios. Como más adelante se detallará, no se trata de la introducción *ex novo* de estas dos medidas, puesto que ya venían aplicándose y reconociéndose jurisprudencialmente. Pero no sólo se venían aplicándose estas, sino también otras que vienen reguladas en otros preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal, incluso en otros textos legales.

La nueva regulación legal contenida en el artículo 21.1 LPH admite la posibilidad de que se adopten otro tipo de medidas disuasorias frente al impago de la deuda comunitaria, siempre que se cumplan con los requisitos recogidos en la citada norma.

Todas estas cuestiones van a ser objeto de análisis a lo largo de este estudio, no obstante, no se puede terminar el examen de su regulación legal sin hacer una doble crítica a la misma: por un lado, respecto a la introducción de título al artículo 21 LPH, por otro, en relación con su ubicación sistemática.

Basta examinar el índice de la Ley de Propiedad Horizontal para advertir que en dicha norma ningún artículo contiene un título descriptivo de su contenido, salvo el artículo 21 LPH que viene detallado como: "Impago de los gastos comunes, medidas preventivas de carácter convencional, reclamación judicial de la deuda y mediación y arbitraje". No existe ningún criterio técnico que aconseje la descripción del artículo, produciéndose con ello una ruptura de la deseable uniformidad que toda norma jurídica debe contener. O se describen todos los preceptos de la norma o ninguno.

También es merecedora de crítica la ubicación sistemática del precepto, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaria de Presidencia, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa. Conforme a lo dispuesto en su artículo 26 cada artículo debe contener un tema, lo que aquí no ocurre, puesto que el artículo 21 LPH contiene la regulación de la reclamación de la deuda comunitaria y no de las medidas preventivas para evitar su impago. Ello es así desde la promulgación de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (en adelante Ley 8/1999), que dedica desde entonces dicho precepto a la materia citada. Sin embargo, de la mera lectura de la descripción de la materia u objeto del artículo 21 LPH ya puede deducirse que son distintos

temas los contenidos en el precepto. Nada tiene que ver medidas preventivas o disuasorias con la reclamación judicial de la deuda.

Podría entenderse esta indebida ubicación sistemática si al tratarse de la modificación de una norma legal, no hubiera en la misma preceptos vacíos de contenido, pero es que, en cuanto a la Ley de Propiedad Horizontal se refiere, sí existen tres artículos sin contenido, concretamente los artículos 8, 11 y 12 LPH. El legislador podría haber aprovechado los mismos para hacer una regulación más completa de este tipo de medidas utilizando un sólo artículo para este tema, profundizando más en su regulación legal, con lo cual hubiera evitado las dudas que la misma ofrece y que vamos a analizar a lo largo de la presente obra.

Además, la Ley 10/2022 tiene como objeto la implantación de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria, por lo que no se entiende bien cuál es la urgencia para la adopción de este tipo de medidas. Tampoco guarda una relación directa con la actividad de rehabilitación de los edificios. Haciendo un esfuerzo, podría considerarse que estas medidas favorecen la recaudación de fondos por parte de las Comunidades de propietarios que facilite la rehabilitación. En realidad, no hay una necesidad que avale esa urgencia, por lo que el legislador podría haber introducido estas medidas de forma más sosegada, evitando con ello una regulación confusa en cuanto a su ámbito objetivo, medidas anteriores y aspectos formales en cuanto a la adopción de estas.

La falta de urgencia se evidencia en el propio preámbulo de la Ley 10/2022. En el apartado III se describen los tres motivos que justifican la urgencia de la norma: el grave deterioro del parque edificatorio y de la vivienda, los retos nacionales y europeos en materia de rehabilitación edificatoria y la oportunidad de destinar a corto plazo un importante volumen de recursos en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. En dicho apartado no se hace mención alguna a la necesidad urgente de implantación de este tipo de medidas.

En contraposición a ello, el apartado IV del preámbulo de la Ley se refiere de forma escueta a estas medidas: "por otra parte, se introducen modificaciones en el régimen del impago de los gastos comunes, medidas preventivas de carácter convencional, reclamación judicial de la deuda, mediación y arbitraje". En definitiva, el preámbulo de la Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, se limita a reproducir el título del artículo 21 LPH.

Parece que una reforma del procedimiento para la reclamación de deudas e implantación de medidas convencionales merecía mayor reflexión en el preámbulo. El hecho de hacer tan breve mención indica que la introducción de estas medidas en el artículo 21.1 LPH no ha sido fruto de una serena reflexión y estu-

dio sobre la materia y por ello, su regulación presenta las dudas que serán objeto de análisis.

A través de la reforma del artículo 21.1 LPH se introducen medidas disuasorias de carácter convencional frente al impago, puesto que con anterioridad ya existían otras de carácter legal: privación del derecho de voto del deudor, falta de legitimación activa para impugnación de acuerdos comunitarios, necesidad de pago o consignación para la interposición de recursos, responsabilidad solidaria por falta de comunicación del cambio de titularidad responsabilidad subsidiaria del deudor por deudas comunitarias, etc.

En este sentido, la SAP A Coruña de 30 de mayo de 2014 (ECLI:ES:APC:2014:1555) refiriéndose a la Ley 8/1999 destaca como una de sus finalidades consistía en la protección de la posición acreedora de las comunidades de propietarios frente al acreedor hipotecario, y que para ello "se arbitra un abanico de medidas disuasorias de los incumplimientos".

Entre estas medidas disuasorias cita expresamente dos de las ya relacionadas anteriormente: la privación del derecho de voto del deudor comunitario y su falta de legitimación activa para la impugnación de acuerdos.

De hecho, la Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo con motivo de la Solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 10/2022, señala que las medidas aprobadas e introducidas en nuestro derecho positivo a través del artículo 21.1 LPH tienen como objetivo reforzar "los mecanismos disuasorios del impago y las herramientas de exigibilidad de la deuda por la comunidad de propietarios, sin que esta institución aprecie en estos aspectos de la nueva regulación ninguna infracción del texto constitucional" (DEFENSOR DEL PUEBLO, 2022).

Se deduce de esta resolución que no nos encontramos ante medidas *ex novo*, sino que por el contrario se introducen otras medidas, esta vez de carácter convencional, cuyo objetivo es reforzar las medidas de carácter legal contenidas, entre otras normas, en la Ley de Propiedad Horizontal.

Por lo tanto, en relación con las medidas disuasorias frente a la morosidad en las comunidades de propietarios, se puede concluir que la regulación introducida a través de la Ley 10/2022 no es novedosa, sino que, por el contrario, en relación con las medidas disuasorias de carácter convencional se limita a dar cobertura legal a medidas que ya habían sido admitidas por parte de la jurisprudencia.

Respecto a las medidas disuasorias de carácter legal implantada a raíz de la promulgación de la Ley 8/1999, es evidente que no hay novedad alguna. Esta norma es consecuencia de la primera iniciativa legislativa popular tramitada en España y promovida a instancia del Consejo General de los Colegios de Administradores de Fincas de España, que perseguían la lucha contra el impago en las Comunidades de Propietarios. De hecho, la propia exposición de motivos

de la ley se marca como unos de sus objetivos fundamentales la "lucha contra la morosidad". Reconoce la norma la aprobación de medidas destinadas a ello, incluyendo las siguientes:

"Creación de un fondo de reserva, publicidad en el instrumento público de transmisión de las cantidades adeudadas por los propietarios, afección real del inmueble transmitido al pago de los gastos generales correspondientes a la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año inmediatamente anterior, responsabilidad solidaria del transmitente que no comunique el cambio de titularidad, atribución de carácter ejecutivo a los acuerdos formalizados en el acta de la Junta de propietarios, establecimiento de un procedimiento ágil y eficaz de ejecución judicial para el cobro de las deudas con la comunidad, etc." (Ley 8/1999, Preámbulo)

Esta reforma es fruto de la labor encomiable de estos profesionales, puesto que hasta ese momento las reclamaciones de deudas comunitarias se formulaban a través del procedimiento ordinario que correspondiera por razón de la cuantía, de forma habitual el Juicio de cognición. Este procedimiento era de postulación semi forzosa, es decir, era preceptiva la intervención de abogado, aunque no la de procurador. Esta última era facultativa. Esto hacía que en muchos casos fuera más costosa la reclamación que la deuda. Por lo tanto, dicha tramitación era todo lo contrario a disuasoria, puesto que el deudor era consciente que, en muchos casos, no iba a ser reclamado y esperaba la prescripción de la deuda.

Por ello, la promulgación de la Ley 8/1999 fue un acierto, principalmente de los profesionales que la promovieron y es justo reconocerlo, puesto que como la exposición de motivos de la Ley reconoce: "otra de las grandes demandas de la sociedad es lograr que las comunidades de propietarios puedan legítimamente cobrar lo que adeuden los propietarios integrantes de las mismas".

Consecuencia de lo anterior, conviene analizar si estamos ante una regulación necesaria y la respuesta debe ser negativa, porque las medidas disuasorias reguladas desde el año 1999 son suficientes para conseguir los efectos preventivos del impago de la deuda comunitaria. Por lo tanto, puede considerase que esta regulación no ha resultado útil, necesaria y mucho menos urgente.

II. ANÁLISIS DEL DEUDOR COMUNITARIO

Tradicionalmente se viene considerando al deudor comunitario como aquel condueño insolidario con el resto de los copropietarios, que no paga voluntariamente, haciendo recaer sobre estos la consecuencia de su incumplimiento. En este sentido, (BELHADJ BEN GÓMEZ, 2022) considera que la conducta del deudor es insolidaria con el resto de los copropietarios. Manifiesta este autor que

"siendo la actuación del deudor insolidaria con los vecinos por cuanto que de no adoptarse este tipo de resoluciones podría verse favorecido por el mantenimiento del muro sin contraprestación".

En este sentido, la citada Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 10/2022, considera que estas medidas "se dirigen asimismo a proteger los intereses del resto de propietarios, en este caso frente a los propietarios que resulten deudores de los gastos comunes" (DEFENSOR DEL PUEBLO, 2022). Las normas de lucha contra la morosidad en las comunidades de propietarios parten de considerar que, en todos los casos de impago de la deuda comunitaria nos encontramos frente a deudores contumaces que incurren voluntariamente en mora en el cumplimiento de sus obligaciones. Esta única concepción del deudor comunitario como condueño insolidario, proveniente de una absoluta despreocupación de los asuntos comunitarios, de una animadversión ante los órganos de gobierno o del resto de copropietarios o como medida de presión o protesta por el mal funcionamiento de algún servicio común, no es la única posibilidad existente.

Sin perjuicio de considerar que en muchas ocasiones esta es la realidad, junto a ella convive otra posibilidad de deudor comunitario que también debe ser tenido en cuenta. Se trata de aquel cuya insolvencia puede calificarse de fortuita y sobrevenida. Estas situaciones se producen con excesiva frecuencia, más desde el año 2008 en que se inicia la crisis del crédito, que se concatena con sucesivas crisis como la sanitaria, bélica, energética y subida de tipos de interés.

Estos deudores fortuitos, cuya deuda puede derivar de una situación sobrevenida de desempleo o de una declaración concursal, sufren como primera consecuencia la vergüenza ante el resto de los copropietarios. Debe tenerse en cuenta que se trata de una deuda que se tiene frente a las personas con las que se convive, con quien se coincide en el ascensor, portal o garaje comunitario. No es lo mismo deber a un banco o a un tercero con quien no existe una relación habitual de convivencia, que adeudar a quien se encuentra diariamente. Además, no sólo lo sufre el deudor sino también sus familiares, en muchos casos menores de edad. Esto hace que el deudor que no pueda hacer frente a todas sus obligaciones pagará primero los gastos comunitarios.

Cualquier otra deuda será tratada con la debida privacidad pudiendo ser incorporada a ficheros de morosos, pero estos no serán de acceso libre al público, sino que tan solo puede ser consultado de forma restringida a efectos de análisis de solvencia. Sin embargo, esta privacidad decae a la hora de analizar la deuda comunitaria, que es pública para los condueños del edificio a través de la documentación comunitaria: clasificación de gastos, convocatoria y acta de las juntas de propietarios. Esto es así, aunque estos documentos no contengan el nombre del deudor y sí, exclusivamente, el del elemento privativo del que es propietario.

Sin perjuicio de ello, el artículo 9.1.h) II LPH permite que en caso de no pueda ser notificado el copropietario en el domicilio designado en España o en el elemento privativo de su propiedad, basta hacerlo en el tablón de anuncios de la comunidad o en lugar visible designado al efecto, produciendo esta notificación presunta los mismos efectos que la notificación personal. Para ello, debe poder acreditarse una especial diligencia en el intento previo de notificación personal, tal como así se señala en la SAN de 27 de septiembre de 2019 (ECLI:ES:AN:2019:3471). Sin embargo, esta sentencia considera que se vulnera la normativa de protección de datos si el tablón de anuncios o lugar destinado a efecto es visible, no sólo por los condueños del edificio sino también por terceros que tenga acceso al mismo. Esto dificultaba la práctica de la notificación presunta, por lo que la SAN de 9 de enero de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:137) atempero su propio criterio permitiendo la notificación en el tablón de anuncios o lugar visible comunitario, al considerar que se trata de un asunto de interés comunitario siempre que no se pueda identificar al deudor (DE LARA VENCES, 2023a, 151-186).

Además, esta situación no decae con el pago por parte del condueño, sino que se extiende generalmente hasta la siguiente junta de condueños. El motivo es que desde que se remite la convocatoria de la junta de propietarios con la relación de deudores y el acta en la que conste la liquidación de la deuda, aunque se pague la misma el día siguiente, el resto de los copropietarios no conocerán el hecho de quien inicialmente era deudor se encuentra ahora al corriente en el pago de las deudas comunitarias.

III. NATURALEZA JURÍDICA

El estudio de la naturaleza jurídica de las medidas disuasorias resulta transcendente de cara a determinar si constituyen *numerus clausus* o *numerus apertus*, sin perjuicio de ser consciente de que se trata de un tema controvertido y no pacífico.

Se trata de determinar si las comunidades de propietarios, en juntas de condueños o a través de la redacción inicial de los estatutos comunitarios por el propietario único del edifico antes de comenzar el proceso de venta de los elementos privativos, pueden aprobar acuerdos por los que se adopten cualquier medida de las que el artículo 21.1 LPH denomina preventivas de carácter convencional o, por el contrario, sólo las previamente reconocidas o tipificadas por la ley. La descripción del artículo 21 LPH se refiere a "medidas preventivas de carácter convencional". Sin embargo, el artículo 21.1 LPH las describe como "medidas disuasorias frente a la morosidad". El diccionario de la RAE define disuasorio como "que disuade o sirve para disuadir", y disuadir como "inducir o mover a

alguien a cambiar de opinión o desistir de un propósito". Respecto a la definición de prevenir parece más adecuada la acepción tercera del diccionario: "precaver, evitar, estorbar o impedir algo". A la luz de lo anterior, se puede entender que las medidas preventivas o disuasorias serán aquellas que pretenden adelantarse a la comisión de una infracción, bien disuadiendo al infractor de su conducta, bien realizando actuaciones que impidan que las pueda cometer.

El objeto de análisis es determinar si se trata de medidas sancionadoras o no, y en el primer supuesto, si están sujetas a reserva legal. Del análisis de las medidas legales introducidas en la Ley de Propiedad Horizontal a través de la Ley 8/1999 así como de las específicas medidas introducidas a través de la Ley 10/2022, se puede discutir si se trata de normas de naturaleza exclusivamente preventiva o disuasoria o también de normas sancionadoras. No obstante, (CASADO CASADO, 2009, 21-48) señala que las sanciones civiles tienen una doble función: punitiva y preventiva. En estos supuestos, la función punitiva consistirá en la consecuencia jurídica derivada del impago, mientras que preventiva consiste en desincentivar la morosidad comunitaria. En este sentido, (FUENTES-LOJO RIUS, 2022a) considera que con la nueva redacción del artículo 21.1 LPH el legislador otorga "capacidad sancionadora" a las comunidades de propietarios, considerando que "se limitan las medidas concretas a adoptar, que … en ningún caso cabe entender que la norma jurídica constituye un *numerus apertus* dada la reserva legal de la materia sancionadora". Este autor ya había mantenido este criterio previamente (FUENTES-LOJO RIUS, 2022c).

No obstante, antes de la Ley 10/2022 la jurisprudencia ha venido sosteniendo la capacidad sancionadora de las comunidades propietarios. En este sentido, la SAP Santa Cruz de Tenerife de 9 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:APTF:2020:2388), señala que:

"Tampoco puede quedar eximida esta última parte citada de la aplicación de dicho recargo a la deuda que se le reclama, además de por lo ya expresamente establecido en la sentencia recurrida sobre la inaplicabilidad en este caso de la legislación tuitiva de consumidores y usuarios, porque una vez válidamente aprobado en la Junta General Ordinaria de fecha 6 de octubre de 2011, el expresado recargo es ejecutable (entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2011, nº 535/2011, recurso 2103/2007, recuerda: «los acuerdos adoptados en junta de propietarios que no sean radicalmente nulos y no hayan sido impugnados, son válidos y ejecutables»), hallándose claramente vinculado dicho recargo al impago de las cantidades adeudadas a la Comunidad de Propietarios para el sostenimiento de los gastos generales".

Respecto de la naturaleza jurídica de la posibilidad de imposición de intereses de demora al propietario deudor, se debe hacer referencia a la conclusión que al respecto manifestó la SAP Cádiz de 26 de junio de 2019 (ECLI:ES:AP-

CA:2019:767), en cuanto que considera que se trata "de cláusula penal que venga a sancionar el incumplimiento y a indemnizar a la Comunidad de Propietarios como acreedora". Ahora bien, una cosa es la naturaleza jurídica de la imposición de intereses de demora, otra bien distinta es la de la medida disuasoria de incremento del interés a aplicar. Por lo tanto, la posibilidad de incrementar el interés legal de intereses, ya lo sea como recargo o intereses de demora, ya venía siendo posible anteriormente y avalada por la jurisprudencia. Anteriormente se imponían con carácter convencional —ya sea estatutariamente o mediante acuerdo de junta de propietarios—, lo que parecía vulnerar el principio de reserva legal de las disposiciones sancionadoras, ya que estas medidas tienen carácter sancionador, además de preventivo o disuasorio. La Ley 10/2022 viene a habilitar sanciones derivadas del impago por parte del deudor comunitario pero que su imposición queda sujeta a la previa probación en junta de condueños, por lo que tienen un carácter dispositivo.

No obstante, esta facultad de privación de uso o imposición de límites al incremento del interés legal —estos últimos venían denominándose recargos con anterioridad a la Ley 10/2022—, no era ilimitada, sino que tenía claros límites. Por tanto, resulta procedente la declaración de nulidad del acuerdo aprobado por una comunidad de propietarios que estableciera una sanción mediante la privación de luz eléctrica o del del servicio de agua al privar al comunero moroso. En este sentido, la SAP Valladolid de 22 de noviembre de 1996 (EDJ 1996/9380) considera que los acuerdos de privación de uso de los suministros básicos (agua, luz o calefacción) son nulos de pleno derecho y, por tanto, no sujetos al plazo de caducidad de los acuerdos comunitarios, al ser considerados acuerdos inexistentes.

"... Los acuerdos adoptados por la Comunidad de Propietarios en su reunión de 5 de noviembre de 1995, literalmente «los gastos que se originen por reclamación de cuotas a cualquier miembro de esta Comunidad, tanto judiciales como extrajudiciales, serán por cuenta del deudor»; «cortar el suministro de agua a los titulares de las parcelas núm. 24 y 51, respectivamente por impago de cuotas» y «no conceder autorización para instalación eléctrica al titular de la parcela núm. 51 por impago de cuotas», devienen nulos radicalmente y por lo tanto insubsanables a pesar de que no se hubieran impugnado con la formalidad y plazo temporal del artículo 16 de la L.P.H., pues, de una parte, su objeto y contenido se halla claramente fuera de la competencia y funciones que la Ley de Propiedad Horizontal atribuye a las Juntas de propietarios, sean ordinarias o extraordinarias (artículo 13) y de otra, vulneran principios de derecho y normas imperativas que se hallan fuera del marco estricto del régimen de la propiedad horizontal. En síntesis, la ilegalidad de estos acuerdos viene determinada en razón a que imponen al comunero una obligación de pago o le privan del derecho que tiene a la utilización y

disfrute de elementos comunes (art. 396 del C. Civil y 3.b de la L.P.H.), en virtud de una circunstancia (impago de cuotas), cuya concurrencia sin embargo valora y aprecia unilateralmente la propia Comunidad. Toma esta, en suma, la justicia por su mano y establece *«manu militari»* las consecuencias de un incumplimiento cuya apreciación queda a su libre arbitrio. Las obligaciones del comunero para la comunidad y en concreto su deber de contribuir a los gastos de conservación o abonar las cuotas correspondientes (art. 395 C.C. y 9.5 de la L.P.H.), sino es cumplida puntual y voluntariamente o surgen discrepancias con la comunidad, deberá reclamarse o solventarse impetrando el auxilio de los Tribunales de Justicia, al que todo ciudadano tiene derecho (art. 24 de la C.E., 2 de la L.O.P.J.), pero no adoptando e imponiendo unilateralmente y sin autorización legal, medidas coercitivas o coactivas contra el eventual incumplidor".

En el mismo sentido, la SAP Toledo de 18 de febrero de 1998 (EDJ 1998/3088).

Tampoco podrá ser privado del uso de elementos comunes necesarios para el uso de la vivienda, como pueden ser el portal, escaleras, ascensor, fachada o cubierta del edificio. En este sentido, hay que destacar la SAP Huelva de 2 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:APH:2011:938) en relación con la privación de la llave para el uso del ascensor comunitario. Esta sentencia, antes de la introducción de estas medidas disuasorias en el régimen de la propiedad horizontal, ya exigía que se entregara al deudor la llave del ascensor comunitario, toda vez que era el único acceso al edificio. Sin embargo, sí que se le podrá privar del uso de piscina comunitaria, recogida de basuras, o cualquier otro servicio o elemento común que no sea esencial para usar el elemento privativo. Por lo tanto, se puede concluir que el contenido del artículo 21.1 LPH introducido a través de la Ley 10/2022 es la plasmación legal de una serie de medidas nominadas cuya aplicación ya era previamente avalada por la jurisprudencia[1]. Se puede considerar que se trata de medidas sancionadoras, aunque tienen un eminente carácter disuasorio y preventivo.

Por un lado, se puede entender que estas medidas constituyen auténticas sanciones con carácter punitivo, es decir, pueden ser consideradas como auténticas sanciones civiles. Como consecuencia de una acción antijurídica se impone una sanción. Como consecuencia del incumplimiento de la obligación de pago se impone una sanción civil consistente en la privación de derechos, en este caso del uso se servicios o instalaciones comunes, o la imposición de un interés por encima del legal. En favor de esta postura se posiciona (FUENTES-LOJO RIUS, 2022a), quien considera estas medidas como capacidad sancionadora de las comunidades de propietarios, siendo su capacidad punitiva objeto de reserva legal, por lo que es partidario de considerar que las mismas constituyen numerus clausus.

Por otro lado, además, se podría entender que son medidas de carácter preventivo o disuasorias con la finalidad de prevenir la deuda, es decir, establecer medidas que eviten la morosidad. Como se ha señalado anteriormente, tanto el preámbulo de la Ley 10/2022, de 14 de junio como el título del artículo 21 LPH, denominan estas medidas como "preventivas de carácter convencional". Acudiendo a una interpretación auténtica de la norma, resulta clara la intención del legislador de atribuir a estas normas un carácter preventivo o disuasorio.

Además, debe añadirse el carácter convencional de la norma, por lo que se podrá considerar que se está ante la habilitación de la posibilidad de adoptar acuerdos unánimes para prevenir la morosidad. La expresión: "tales como", implica que el artículo 21.1 LPH deja abierta la posibilidad de que la comunidad de propietarios adopte otras medidas preventivas dentro de los límites que establece la propia norma. Por ello, la intención del legislador ha sido la de que estas medidas constituyan *numerus apertus* respecto de las medidas convencionales que no tengan carácter sancionador. En ese sentido, las medidas que pueda adoptar la comunidad de propietarios serán aquellas que consideren más conveniente a los fines de erradicar las deudas comunitarias, debiendo someterse a los límites establecidos legalmente. No obstante, estas medidas convencionales innominadas tendrán carácter disuasorio, pero no sancionador, ya que esta facultad está sujeta a reserva legal. Por ello, las medidas legales de carácter disuasorio y sancionador constituyen en la actualidad *númerus clausus*: privación del uso de elementos comunes e imposición de un interés superior al legal.

IV. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CONTRA LA MOROSIDAD EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL

IV.1. Consideraciones generales

Como ya se ha señalado con anterioridad, la Ley 8/1999, cuyo objeto principal era la lucha contra la morosidad incluyó dentro de la misma una serie de medidas a fin de evitar las situaciones de impago en las comunidades de propietarios. La exposición de motivos de la norma hacía una enumeración de estas medidas, pero terminando con "etc.", lo que implica que existen más medidas que las allí señaladas. Constituía una relación meramente descriptiva, pero sin querer agotar el número de medidas contenidas en esta u otras leyes. La exposición de motivos señala que se trata de medidas para combatir la morosidad, pero no todas ellas pueden considerarse medidas disuasorias frente a la morosidad, por lo que habrá que excluir alguna de ellas de esta clasificación porque su finalidad es distinta.

Común a todas las medidas se puede destacar su carácter de garantía de cobro de la deuda comunitaria, pero no de medidas disuasorias en sentido estricto.

Dada la finalidad descrita de las mismas, es acertado el criterio del legislador, previamente intimado por una iniciativa legislativa popular impulsada por los colegios de Administradores de Fincas, a la hora de introducir esta medida dentro de lo que la exposición de motivos de la Ley 8/1999 denomina "lucha contra la morosidad" como fin primordial de la misma.

Por lo tanto, procede realizar una clasificación de las medidas a aplicar en la lucha contra la morosidad, para poder llevar a cabo una adecuada ubicación sistemática de las medidas de carácter convencional. El criterio de clasificación de las medidas será su origen, es decir, si son consecuencia de su inclusión en una norma jurídica o fruto de la autonomía de la voluntad de los condueños del edificio. Las primeras serán denominadas legales, mientras que las segunda serán convencionales. En relación con las medidas legales, pueden subdividirse en aquellas que no tienen como finalidad principal la disuasión frente al impago y, aquellas que tengan tal carácter y que se denominarán disuasorias. Estas medidas tienen como finalidad principal que el deudor no incumpla con su obligación de pago de los gastos para el adecuado sostenimiento del inmueble. Las medidas convencionales serán aquellas que puedan adoptarse por la comunidad de propietarios en virtud de acuerdo adoptado en junta, sin que sea preceptiva su aplicación, como así ocurre con las medidas legales.

Dada la cantidad de medidas legales contra la morosidad reguladas en la Ley de Propiedad Horizontal desde su reforma de 1999, además de las medidas convencionales introducidas a través de la reforma de 2022 y de adopción voluntaria por las comunidades de propietarios, procede realizar un análisis más detallado.

IV.2. Medidas legales

Se regulan una serie de medidas contra la morosidad que tienen su origen en una norma con rango legal y que, por tanto, no son fruto de la autonomía de la voluntad de las partes. El legislador las introduce en la Ley de Propiedad Horizontal en la lucha contra la morosidad, por ello, estas medidas de origen legal son de aplicación imperativa por parte de la comunidad de propietarios. Una vez que se produce el impago por parte de un copropietario será de obligada aplicación, incluso aunque la propia comunidad acordase lo contrario.

IV.2.A. Medidas legales sin carácter disuasorio

La Ley de Propiedad Horizontal regula dos medidas que teniendo su origen en la norma legal citada y, por tanto, indisponibles para el deudor y la comunidad de propietarios: fondo de reserva y el establecimiento de responsabilidad solidaria por falta de notificación del cambio de titularidad dominical.

La constitución del fondo de reserva es una de las novedades introducidas por la Ley 8/1999 concretamente en el artículo 9.1. f) LPH y en la disposición adicional del mismo texto legal. No tiene ninguna finalidad disuasoria, sino que es una garantía económica a fin de evitar que la morosidad elevada impida la ejecución de obras de mantenimiento y conservación del edificio, eficiencia energética y accesibilidad universal. Respecto a estas últimas, también se refiere a ello el artículo 13.2 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, (en adelante, LV). Por lo tanto, más que carácter disuasorio tiene una finalidad paliativa ante la posibilidad de no poder realizar determinadas obras esenciales del edificio, como son los citados supuesto de conservación, mantenimiento, eficiencia energética y accesibilidad universal.

El artículo 9.1.i) LPH establece la obligación de comunicar fehacientemente al secretario de la comunidad, o a quien ejerza sus funciones, el cambio de titularidad dominical de un elemento privativo. El incumplimiento de la obligación lleva aparejado una sanción civil consistente en que el transmitente se convierte en responsable solidario de la deuda que pueda contraer el nuevo propietario del elemento privativo. Esta medida sí que cumple con una función punitiva, pero no así con otra disuasoria. En caso de que sí quisiera establecer una medida disuasoria, ésta debería dirigirse contra el auténtico deudor: el adquiriente. El transmitente de la titularidad dominical del elemento privativo se convierte en responsable solidario del pago, aunque no deudor, puesto que esta condición le corresponde en exclusiva al propietario actual. No tiene una finalidad disuasoria, ya que lo que se pretende es que la comunidad no demande al transmitente de la propiedad del inmueble que no haya comunicado a la comunidad de propietarios la venta del mismo a un tercero, evitando con ello, que pueda oponer no ser el propietario actual y, por tanto, no ser el auténtico deudor. En este caso, la consecuencia procesal sería la desestimación íntegra de la demanda y condena en costas a la comunidad demandante. Para evitarlo, quien oculte la transmisión de la titularidad dominical del elemento privativo, al ser responsable solidario del pago será también condenado y la comunidad de propietarios no se verá privada de su legítima expectativa de cobro de lo debido. Por ello, el artículo 9.1.i) III LPH exime de esta posibilidad cuando se acredite que la comunidad ha tenido conocimiento de la transmisión por cualquier medio o éste, sea notorio.

IV.2.B. Medidas legales con carácter disuasorio

Estas medidas vienen determinadas en la Ley de Propiedad Horizontal y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, teniendo como finalidad principal la disuasión al deudor comunitario de la permanencia de su situación de impago. Son medidas

indisponibles por los comuneros, por lo que también pueden ser calificadas de imperativas.

La primera de estas mediadas es la afección real del elemento privativo objeto de transmisión de la titularidad dominical. En este sentido, establece el artículo 9.1.e) III LPH que el inmueble cuya propiedad es objeto de transmisión responderá de las deudas que tuviera el anterior propietario transmitente, con el límite temporal de la anualidad en curso y los tres años anteriores. No será necesaria su inscripción en el Registro de la Propiedad por el carácter legal de la hipoteca tácita. La publicidad que le otorga la ley es superior a aquella que le otorga su inscripción en el Registro de la Propiedad, sin que pueda oponer el adquiriente del inmueble que obtiene su titularidad libre de cargas y que esta, no se encontraba inscrita en el Registro de la Propiedad.

Es una extensión de la responsabilidad al inmueble transmitido, quien responderá con el límite temporal de la anualidad en curso y tres años naturales anteriores, mientras que el transmitente responderá sin dicho límite. Mientras que el adquiriente responde sólo con el inmueble transmitido, es decir, hasta el límite económico de su valor, el transmitente estará sujeto a la responsabilidad patrimonial universal. Todo ello, sin perjuicio de la facultad de repetición del adquiriente frente al transmitente deudor. Por ello, no se puede considerar que se trate de una medida disuasoria o preventiva, sino que es una garantía de cobro para la comunidad de propietarios, principalmente, para aquellos supuestos de insolvencia por parte del deudor transmitente.

Aunque pudiera considerarse una carga excesiva, debe tenerse en cuenta que el adquiriente puede solicitar la certificación del estado de deudas del transmitente con la comunidad y hacerlo constar en la escritura de transmisión de la titularidad dominical, por lo que esta deuda no tiene por qué ser una realidad desconocida en el momento de la perfección de la compraventa, salvo en el caso de dispensa de la certificación. Tener esta deuda acreditada en escritura prevendrá al adquiriente de la existencia de una deuda, lo cual tendrá un reflejo en el precio final de la compraventa por lo que disuadirá al vendedor de mantenerse en situación de mora o, disuadirá al comprador del elemento privativo de mantener la situación de impago a fin de evitar la afección real del inmueble a una deuda anterior.

En este sentido, la certificación sobre el estado de deudas con la comunidad y su constancia en la escritura pública de transmisión de la titularidad dominical del elemento privativo a los que se refiere el artículo 9.1.e) IV LPH, deben ser consideradas como medidas legales de carácter disuasorio en el sentido de que condicionan la actuación del adquiriente respecto de la compraventa, eliminando en relación con éste cualquier consideración de buena fe en su actuación.

En el ámbito procesal existen otras medidas legales de carácter disuasorio, como el carácter ejecutivo de los acuerdos adoptados en junta de condueños dispuesto en el artículo 18.4 LPH. Con ello se pretende evitar que cualquier condueño pueda impugnar el acuerdo de liquidación de deuda con la comunidad y retrasar con ello su reclamación monitoria. Sólo ocurrirá esto cuando se acredite la existencia de peligro de mora procesal y apariencia de buen derecho, y se acuerde así a través de la adopción de la correspondiente medida cautelar, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 728 LEC. El artículo 18.2 LPH dispone la falta de legitimación para la impugnación de acuerdos comunitarios de los copropietarios deudores con la comunidad siendo, por tanto, un requisito de procedibilidad el hallarse al corriente en el pago de las cantidades aprobadas en junta de condueños para el adecuado sostenimiento del inmueble. Se exceptúan los supuestos de consignación judicial previa y de impugnación de acuerdos que impliquen alteración de cuotas comunitarias o del sistema de reparto respecto de los gastos comunitarios. Igualmente, el artículo 449.4 LEC señala que para poder interponer un recurso contra una resolución judicial que condene al pago de deuda comunitaria, previamente y como requisito de procedibilidad, se debe pagar o consignar la cantidad objeto de condena.

Otra medida de carácter procesal es el establecimiento de un procedimiento ágil y eficaz de reclamación de deudas, inicialmente mediante el juicio especial de reclamación de morosos que se regulaba en el artículo 21 LPH que, posteriormente, dio origen al actual procedimiento monitorio regulado en el artículo 812 LEC. Este procedimiento consta de una primera fase monitoria que consiste en la solicitud de pago la deuda y, sólo en el supuesto oposición expresa y fundamentada a la misma se inicia la fase declarativa por los trámites del juicio verbal. El artículo 21 LPH establece la posibilidad de embargo preventivo y la condena en costas al demandado, incluso cuando se pague sin oposición tras el requerimiento monitorio.

El artículo 15.2 LPH dispone que el deudor comunitario no podrá conformar la voluntad comunitaria mediante la emisión de su voto respecto de los acuerdos de junta de propietarios mientras mantenga su posición deudora frente a la comunidad de propietarios, salvo impugnación del acuerdo de liquidación del acuerdo del que derive la deuda o consignación judicial o notarial previa. También debe considerarse una medida disuasoria la posibilidad de declaración de la responsabilidad subsidiaria del deudor en el caso de la existencia de una deuda de la comunidad con un tercero, como así lo dispone el artículo 22 LPH. Este precepto regula la posibilidad de iniciar ejecución contra los condueños de la comunidad deudora que hayan sido parte en el procedimiento, salvo que acrediten encontrarse al corriente de todas las deudas vencidas con la comunidad.

IV.3. Medidas convencionales

Estas medidas son fruto de la autonomía de la voluntad de los comuneros integrantes de la comunidad de propietarios, quienes libremente y por la mayoría que se concretará en el epígrafe siguiente, podrán acordarlas o no. En este sentido, también se pueden calificar como medidas potestativas.

A su vez, pueden clasificarse como medidas nominadas e innominadas. Las medidas convencionales nominadas requieren previa aprobación por parte de la comunidad de propietarios, pero sólo podrán ser las previamente relacionadas en el artículo 21.1 LPH. Estas medidas serán la privación del uso de elementos comunes y el establecimiento de intereses superiores al legal. Por otro lado, se encuentran las medidas convencionales innominadas que puedan aprobar las comunidades de propietarios o constar en los estatutos comunitarios, distintas a las relacionadas en el artículo 21.1 LPH y que tengan como finalidad evitar las situaciones de impago de los propietarios deudores.

Por su importancia y novedad, las medidas disuasorias de carácter convencional merecen un estudio más detallado en un epígrafe independiente.

V. MEDIDAS DISUASORIAS DE CARÁCTER CONVENCIONAL

V.1. Consideraciones generales

La Ley 10/2022 introduce la posibilidad de establecer medidas disuasorias de carácter convencional contra el deudor comunitario. Cómo ya se ha señalado, la reforma parte de la base equivocada de considerar al deudor comunitario como una persona insolidaria y que busca de propósito no contribuir al mantenimiento del edificio. Si bien es cierto que en determinados supuestos eso es así, como se ha señalado a lo largo del presente trabajo, hay muchos supuestos de insolvencia involuntaria y sobrevenida. Por ello, estas medidas disuasorias, especialmente la de privación de uso de servicios o instalaciones comunes, parecen especialmente estigmatizantes para quien se ha encontrado en situación de insolvencia de forma repentina y por causas ajenas a su voluntad.

El preámbulo de la Ley 10/2022 denomina estas medidas como "preventivas de carácter convencional". Se reitera esta denominación en el título del artículo 21 LPH.

Estas medidas no son novedosas porque ya venían siendo reconocidas por la jurisprudencia. (MARTÍ MARTÍ, 2022). Además, dentro del ámbito doctrinal ya en 2018 (VENDRELL SANTIVERI, 2018) proponía una reforma de la Ley de Propiedad Horizontal que, entre otras cuestiones, introdujera medidas disuaso-

rias de carácter convencional, precisamente, las mismas que fueron introducidas a través de la Ley 10/2022:

"El devengo de intereses legal sobre el importe de la deuda impagada por los comuneros o también la posibilidad de que la Junta de Propietarios pueda privar temporalmente a los morosos de servicios o instalaciones comunes que no afecten a la habitabilidad de la vivienda"

V.2. Características

V.2. A. Facultativas

Lo son, porque el artículo 21.1 LPH señala "podrá acordar", dejando por tanto a la libre voluntad de cada comunidad de propietarios la posibilidad de acordarlas o no. Esta manifestación del principio de autonomía de la voluntad de las partes se circunscribe únicamente en cuanto a la adopción del acuerdo se refiere, puesto que una vez acordadas estas medidas se convertirán en imperativas y de necesaria aplicación. Lo contrario, implicaría una injustificada desigualdad de trato de los distintos propietarios deudores.

V.2.B. Disuasorias o preventivas

El legislador califica estas medidas como preventivas en el preámbulo de la ley y en el título del artículo, sin embargo, dentro de su texto las define como disuasorias. Podría surgir la duda acerca de si es lo mismo una norma preventiva que una disuasoria. Se puede concluir que no, por cuanto que la prevención implica el deseo de evitar que algo se produzca y que puede implicar la adopción de medidas que ayuden a que no se produzcan; sin embargo, disuasión pretende evitar que se produzca el hecho por la simple voluntad del deudor ante la consecuencia jurídica de la medida aprobada. Son medidas preventivas aquellas que han sido aprobadas para la defensa del deudor hipotecario y locativo, mientras que son disuasorias las establecidas para evitar que el copropietario se convierta en moroso. Basta con que la medida tenga uno de estos caracteres, no siendo preciso que se den ambos.

V.2.C. Convencionales

En íntima conexión con su carácter facultativo, podríamos señalar que nos encontramos ante normas adoptadas por acuerdo de los copropietarios, y en este sentido sí que podría diferirse un carácter convencional, pero limitado sólo al

momento de su adopción como medida de carácter general. Una vez que se ha aprobado la medida, cuando se produzca una situación de morosidad en la comunidad de propietarios, la medida deberá acordarse con carácter imperativo, desapareciendo, por tanto, su carácter convencional. Podríamos concluir que se trata de medidas de carácter facultativo y convencional en cuanto a su introducción dentro de la normativa propia de cada comunidad de propietarios, pero que una vez aprobadas se convierten en imperativas en cuanto a su aplicación.

Si no fuera así, se producirían situaciones de discriminación entre propietarios, lo cual atenta contra un elemental principio de igualdad material entre ellos, en el sentido de considerar que dos propietarios en situación de morosidad deben sufrir las mismas consecuencias. Igualmente, debe producirse el mismo resultado con independencia de la cantidad adeudada. Lo contrario implicaría una consecuencia que no tiene la obligación jurídica de soportar y, por tanto, susceptible de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.1.c) LPH. La consecuencia jurídica que origina la posibilidad impugnatoria no es sufrir las consecuencias de la medida disuasoria aprobada, sino la desigualdad material de trato en relación con otros deudores que no la padezcan.

V.3. Límites Comunes

Las medidas disuasorias deben tener unos límites bien marcados. En este caso, la norma ya cita cinco límites expresamente: que las medidas sean temporales mientras dure la situación de impago, que no sean abusivas, no sean desproporcionadas, no afecten a la habitabilidad de los inmuebles y no tengan carácter retroactivo. En los casos de interdicción del abuso y de proporcionalidad se trata de conceptos jurídicos indeterminados, por lo que dada la transcendencia práctica que tienen, el legislador debió concretarlos más. En este sentido, compartimos con (FUENTES-LOJO RIUS, 2022b) que la reforma se ha realizado con "una deficiente técnica legislativa".

V.3.A. Temporalidad

Este límite resulta esencial, por cuanto que si lo que se pretende es disuadir a un deudor para que entre en situación de mora respecto de los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, esta medida sólo podrá ser aplicada mientras dure la situación de morosidad. Desde el punto de vista de la finalidad de las medidas, no puede justificarse que esta situación se prolongue en el tiempo más allá de la propia existencia de la deuda. Igualmente, desde el punto de vista del derecho de propiedad, no podrá aceptarse una limitación legal y permanente del mismo sin una

causa justificada. En este caso, el impago puntual de los gastos generales no puede justificar una limitación de uso de servicios e instalaciones comunes de forma permanente. Si la situación de impago permanece en el tiempo podrá permanecer la medida disuasoria, pero en este caso, también podría producirse el supuesto de concurrencia de responsabilidades si la comunidad permanece en una situación de pasividad frente al incumplimiento. No puede ampararse la pasividad de la reclamación de las comunidades de propietarios en la propia existencia de medidas disuasorias, reflexión común para este apartado y para el siguiente en relación con el abuso.

V.3.B. Interdicción del abuso

El abuso debe ser un límite claro en la aplicación de estas medidas. Debe examinarse el mismo desde dos puntos de vista: su aplicación y su contenido. Respecto de su aplicación, estas medidas no deberán aplicarse como sustitutivas de la reclamación de la deuda, ni amparar la pasividad de la comunidad frente a la deuda. Mantener una deuda en el tiempo con la única finalidad de cobrar intereses o no reclamar esperando que el deudor acabe pagando en el tiempo para no tener que sufrir la medida, sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, por lo que nos encontraríamos ante un caso palmario de abuso del derecho del artículo 7.2 CC. En este sentido, compartimos con (MAGRO SERVET, 2006), que "el abuso del derecho consiste en un ejercicio de un derecho sobrepasando manifiestamente los límites normales, con daño para tercero". Entendemos, además, que para mantener esta situación la comunidad abusaría de la reiteración de la interrupción de la prescripción, algo que a nuestro juicio también implica abuso del derecho, como así también lo reconoce la STSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de septiembre de 2014 (ECLI:ES:TSJCAT:2014:8545) que señala:

"En definitiva en este supuesto se llega a la conclusión de que la única finalidad de los telegramas era la de interrumpir la prescripción con la finalidad de permitir al recurrente tener permanentemente abierto el plazo para recurrir, lo que en definitiva constituye un abuso de derecho".

En segundo lugar, el abuso también puede proceder del contenido de las medidas adoptadas. En este sentido, pueden ser medidas desproporcionadas, o bien medidas que no se ajusten a la finalidad para las que se han determinado legalmente. La norma define la finalidad de estas medidas como preventivas y disuasorias, por lo que cualquier medida que se aparte razonablemente de estas finalidades principales, deberá ser considerada abusiva. Si bien, debe tenerse en cuenta que esta reforma abusa claramente de los conceptos jurídicos indeterminados, por lo que puede propiciar una clara indefensión de los deudores.

V.3.C. Proporcionalidad

De nuevo, se trata de un concepto jurídico indeterminado cuya delimitación se configurará a través de las distintas resoluciones judiciales que al respecto se vayan dictando. En este sentido, debe entenderse que la proporcionalidad deberá serlo en relación con el hecho de ser deudor y no con la cuantía de la deuda. Una proporcionalidad en relación con la cuantía de la deuda no tendría cabida, principalmente por dos motivos: el primero, porque se trataría de una desigualdad de trato entre copropietarios que se encuentran en situación de morosidad; el segundo, porque la aprobación de las medidas requiere el acuerdo unánime de propietarios, donde parece complicado, aunque posible técnicamente, la aprobación de medidas en función de una escala de deudas, si bien ésta posibilidad se enfrenta de forma insalvable al primer motivo expuesto. En definitiva, la medida debe guardar proporción con el hecho de que el deudor no haya pagado la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad de propietarios con independencia de su cuantía. Se trata de que la medida sancionadora sea proporcional a la infracción de impago con independencia de su cuantía, disuadiendo con ello a los condueños de mantenerse en esta situación.

Por ser un condueño deudor de la comunidad de propietarios no tiene porque soportar medidas sancionadoras que sean desproporcionadas al mero hecho de ser deudor. No existen medidas sancionadoras más proporcionadas por el hecho de que la cuantía de la deuda sea mayor, o menos proporcionadas si la deuda es menor. La proporción de la sanción debe ser proporcional a la infracción que consiste en el hecho de ser deudor, sin que sea relevante la cuantía de la deuda. Privar al deudor del uso de la pista de pádel es proporcional, mientras que privarle del servicio de calefacción no lo es, incluso, porque afecta a la habitabilidad del inmueble.

V.3.D. Irretroactividad

La irretroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales es un principio inspirador de nuestro ordenamiento jurídico establecido en el artículo 9.3 de la Constitución (en adelante, CE). Este principio también se contiene en los artículos 2.3 del Código Civil (en adelante, CC) y 21.1del Código Penal (en adelante, CP). (SÁNCHEZ MELGAR, 2014) considera que la irretroactividad es derivación del principio de legalidad. Para el legislador las medidas que pudiera adoptar la comunidad de propietarios son sancionadoras, preventivas y disuasorias. Serán restrictivas de derechos de los propietarios deudores. Si bien estas medidas no pueden ser calificadas como normas jurídicas, sino como medidas comunitarias de carácter convencional en cuanto que, acordadas por la totalidad de los copropietarios, el principio jurídico consagrado en el artículo 9.3 CE será inspirador de las mismas. No sólo porque debe inspirar

todo el ordenamiento jurídico, sino porque el propio legislador lo ha determinado expresamente en el artículo 21.1 LPH. En este sentido, la SAP Cádiz de 26 de junio de 2019 (ECLI:ES:APCA:2019:767):

"De no ser así, se estarían violando preceptos y principios imperativos y de alguna manera consustanciales a nuestro sistema jurídico. Padecería el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de la Constitución Española en la medida en que no sería posible para un deudor conocer las consecuencias de sus actos puesto que éstas podrían ser determinadas libérrimamente en el caso por la Junta de Propietarios".

Esta irretroactividad implica que no podrá acordarse el incremento del interés legal del dinero a deudas anteriores al acuerdo por el que se adopta esta media, puesto que lo contrario implicaría aplicarla retroactivamente. En este sentido, se pronuncia la SAP Vizcaya de 14 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:APBI:2020:3457):

"Esta Sala debe compartir el criterio de la sentencia de la instancia, así procede señalar que los importes que eran objeto inicial de reclamación son derivados de ejercicios anteriores, y como bien concluye dicho acuerdo es válido, y así se ha precisado, y no se ha impugnado (lo que se impugna, insistimos es su aplicación), y en tal sentido no cabe su aplicación retroactiva a deudas liquidadas, generadas, con anterioridad sino a deudas que se generen con posterioridad a dicho acuerdo".

Una vez que se establece legalmente la posibilidad de adoptar este tipo de medidas, debe observarse una de las más elementales garantías respecto a la restricción de derechos, en este caso el derecho de propiedad, que es la irretroactividad de las medidas que se pudieran adoptar. Aunque el texto normativo no hubiera manifestado expresamente la retroactividad de las normas no existiría ninguna duda de tal carácter. La irretroactividad debe entenderse respecto de deudas posteriores a la adopción del acuerdo, de tal modo que, si una vez adoptado éste persistiera una situación de mora previa, no podrán adoptar medidas respecto de estas, salvo que puedan hacerlo sólo en relación con la parte de deuda posterior. Si la medida fuera la privación de uso de servicios o elementos comunes y la deuda fuera anterior a la adopción del acuerdo, éste no podrá ser aplicado a la misma, aunque persista la situación de mora. Sin embargo, si se adopta el acuerdo de establecimiento de interés legal o superior, se podrá aplicar a aquella parte de la deuda cuyo vencimiento se haya producido con posterioridad a su adopción por parte de la junta de condueños. Ya se había pronunciado en este sentido la SAP Madrid de 6 de octubre de 2015 (ECLI:ES:APM:2015:13380):

"Ahora bien, lo que no cabe es que ese incremento (por encima de la sanción legal) se calcule desde los momentos en que los comuneros incurrieron en mora en cada una de las deudas parciales, pues solo puede tener vigencia para los retrasos que se produzcan a partir del acuerdo comunitario (aunque sean de deudas anteriores), no para la morosidad preexistente, ello en virtud del principio

de irretroactividad de las normas sancionadoras (artículos 2, apartado tres, y 4, apartado dos, del Código Civil)".

V.4. Adopción de las medidas convencionales

V.4.A. Acuerdo de junta propietarios

La aprobación de estas medidas corresponde a la junta de propietarios, y si las mismas se incluyen dentro de los estatutos comunitarios, se incardinarán dentro del artículo 14.d) LPH, y si así no fuera se encuadraría dentro de las competencias residuales a las que se refiere el artículo 14.e) LPH. En cuanto al régimen de mayorías, y ya que se produce una modificación estatutaria, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 17.6 LPH, es decir, deberán ser aprobadas por unanimidad de los copropietarios. (POLO PORTILLA, 2022a) considera que, si no implica modificación estatutaria, bastaría acuerdo mayoritario. La privación de uso de un elemento o servicio común o la aprobación de un interés superior al establecido legalmente modifica el contenido del título constitutivo o los Estatutos, por lo que siempre implicará la necesidad de aprobación unánime. Siempre requerirá el voto unánime de los propietarios por cuanto que, en todo caso, es una modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo y en los estatutos comunitarios, que determinan cuáles son los elementos y servicios comunes. En este sentido, (FUENTES-LOJO RIUS, 2022b) considera igualmente que estos acuerdos precisarán unanimidad, "pues se trata de acuerdos de naturaleza estatutaria". Si no se aprueba por unanimidad, se podrá impugnar el acuerdo adoptado por considerarse contrario a la ley o a los estatutos comunitarios, tal y como establece el artículo 18.1.a) LPH; siendo el plazo de caducidad el de un año, conforme al artículo 18.3 LPH.

Queda por determinar si se aplica en este supuesto lo dispuesto en el artículo 15.2 LPH respecto de la privación del derecho de voto de los propietarios deudores. Debe entenderse que no procede la privación del derecho de voto de aquellos propietarios deudores en el caso de los acuerdos que precisan unanimidad por cuanto que estos acuerdos afectan al contenido esencial del derecho de propiedad, existiendo una clara desproporción entre la conducta del propietario y la sanción de privación del derecho de voto de acuerdo unánime. (DE LARA VENCES, 2023a, 162-164). Por ello, quien sea deudor en ese momento, votará en contra y el acuerdo no se adoptará. No obstante, en este supuesto, cualquier copropietario está legitimado para impugnar el acuerdo por el que se desestima la adopción de la medida disuasoria convencional conforme a lo dispuesto en el artículo 18.1.b) LPH, al entender que resulta gravemente lesivo para los intereses comunitarios en beneficio exclusivo del propietario deudor que ha votado en contra del acuerdo.

Debe tenerse en cuenta que sólo será preciso adoptar el acuerdo una vez para que sea vinculante para todos los copropietarios, por lo que bien se puede adoptar cuando no haya ningún deudor. El deudor quedaría en todo caso vinculado por el acuerdo unánime en su día adoptado. Para derogar estas medidas disuasorias será necesario la adopción de otro acuerdo que así lo establezca, sujeto al mismo régimen de adopción, es decir, por unanimidad.

Puede ocurrir que se adopte el acuerdo de forma unánime pensando que nadie se va a encontrar en esa situación de insolvencia sobrevenida, que luego pudiera producirse, pero el acuerdo estará ya tomado y será inatacable. También puede ocurrir lo contrario, que una comunidad de propietarios cuente con uno moroso reiterado, de aquellos que se colocan voluntariamente en situación de morosidad y se opongan a la adopción del acuerdo unánime. El propietario deudor tendría derecho pleno a oponerse al acuerdo, sin que resulte de aplicación la privación del derecho de voto establecida en el artículo 15.2 LPH, por cuanto que como ya se ha manifestado anteriormente, la privación del derecho de voto queda excluida respecto de aquellos acuerdos que, como éste, requieren unanimidad.

V.4.B. Estatutos comunitarios

Señala el artículo 21.1 LPH que las medidas convencionales podrán incluirse en los estatutos comunitarios. Cuando la norma hace referencia a su inclusión en los estatutos comunitarios, lo hace desde una doble perspectiva. Por un lado, se refiere a que, una vez aprobadas las medidas disuasorias convencionales en junta de condueños, podrán incluirse en los estatutos, buscando una afectación a futuros compradores. Por otro, pueden incluirse en origen en los estatutos comunitarios. Cuando el propietario único del edificio redacta los estatutos comunitarios antes de proceder a la venta de los elementos privativos puede acordar incluir en aquellos, medidas convencionales de carácter disuasorio, sin que el hecho de que exista un solo propietario impida la adopción de un acuerdo unilateral plenamente válido.

V.4.C. Inscripción en el Registro de la Propiedad

El hecho de la falta de inclusión de las medidas aprobadas en los estatutos comunitarios, y sobre todo su falta de inscripción en el Registro de la Propiedad, hacen que futuros adquirientes de elementos privativos puedan estar protegido y no verse afectados por las medidas convencionales disuasorias, al ser terceros protegidos por la fe pública registral al adquirirlos libres de cargas y gravámenes. En caso de falta de inscripción de estos acuerdos podría producirse una situación de desigualdad futura entre copropietarios deudores. Por un lado, se encontrarían aquellos copropietarios

que lo eran en el momento de adopción del acuerdo y que se verían afectados por las medidas disuasorias en su día acordadas; por otro, estarían aquellos que no lo eran y a quienes no se podrían aplicar las medidas. Por ello, para la adecuada aplicación futura de estas normas deberá ser preceptivo, no sólo la aprobación unánime en junta de propietarios, sino también su inclusión en los estatutos comunitarios y posterior inscripción en el Registro de la Propiedad. La modificación estatutaria y posterior inscripción de esta será requisito de validez de cualquier medida disuasoria de carácter convencional, máxime si desde que se adoptó el acuerdo se han producido transmisiones de la titularidad dominical de cualquier elemento privativo. En este sentido, RRDGRN/RDGSJFP de 8 de junio de 2021 (BOE 154/2021, de 29 de junio de 2021), de 11 de mayo (BOE 130/2018, de 29 de mayo de 2018) y de 18 de julio de 2018 (BOE 190/2018, de 7 de agosto de 2018), señalando esta última:

"4. El consentimiento unánime de los propietarios que para la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal exige el artículo 5 de la Ley sobre Propiedad Horizontal ha de ser no sólo de los propietarios que lo fueran en la fecha de adopción del acuerdo de modificación del título constitutivo, sino de los que sean titulares registrales a la fecha en que dicho acuerdo y la consiguiente modificación estatutaria haya de acceder al Registro, y ello por cuanto para los propietarios actuales no pueden producir efectos aquellas modificaciones del título constitutivo que no hubieran sido inscritas oportunamente, pues para dichos titulares el acto no inscrito constituiría una verdadera carga oculta carente de la transparencia y publicidad necesaria que exige el sistema registral o hipotecario, conforme a sus preceptos y a sus principios".

V.5. Clasificación

V.5.A. Medidas disuasorias convencionales nominadas

V.5.A.a) Privación del uso de elementos comunes

V.5.A.a).a´) Consideraciones generales

Con anterioridad a la reforma del artículo 21 LPH llevada a cabo a través de la Ley 10/2022 no existía disposición legal que avalara tal posibilidad, aunque sí había resoluciones judiciales que permitieron la privación del uso de elementos y servicios comunes del edificio. En este sentido, se pronunciaba la SAP Alicante, Elche, de 26 de octubre de 2009 (ECLI:ES:APA:2009:3495), que llegó a reconocer que la privación del uso de la piscina a un comunero y su hija pequeña durante el verano supone un daño moral que la Comunidad de Propietarios estaba obligada a resarcir económicamente. Incluso la RDGRN/DGSJFP de 23 de

octubre de 2012 (BOE 279/2012, de 20 de noviembre de 2012) consideraba ajustada a derecho la cláusula de los estatutos comunitarios que permite la privación temporal de la facultad de uso de determinados elementos comunes al propietario deudor. Esta resolución señala literalmente:

"La cláusula estatutaria, por tanto, se reputa ajustada a derecho, ya que ni contraviene ninguna norma imperativa expresa, ni conculca el contenido mínimo del derecho de propiedad, visto que únicamente supone una privación temporal de la facultad de uso, respecto de unos elementos que no son necesarios para el adecuado uso y disfrute del correspondiente elemento privativo, y ello como consecuencia de la conculcación, por el propio sujeto que va a sufrir tal suspensión, de las normas que regulan el sostenimiento del inmueble".

Se fundamenta en la existencia de elementos que no son necesarios para el uso del elemento privativo, o lo que la SAP Valencia, de 13 de mayo de 2016 (ECLI:ES:APV:2016:4815) denomina elementos accesorios. (LOSCERTALES FUERTES, 2013) critica esa clasificación al considerar que no tenía ninguna base legal. En concreto, señala:

"Nuestro criterio, aunque desde un punto de vista práctico pueda ser más o menos efectiva, es que esta resolución no es conforme a derecho, la diferenciación de elementos comunes de (podemos llamar) «entretenimiento» de otros más «necesarios» o «esenciales» (ascensor o calefacción, por ejemplo) no tiene cabida en la Ley, aparte de que la calificación siempre será muy subjetiva. Desde luego, la prohibición de acceso a la piscina y a la pista de tenis podrá tener efectos prácticos positivos (dudoso), pero, desde el punto de vista legal, creemos que no tiene base alguna y estamos casi seguros de que, si se recurre por vía civil, el resultado en los Tribunales será muy diferente".

Del mismo modo, hay que hacerse eco de lo manifestado por (POLO PORTILLA, 2018b), quien considera que, así como hay normas legales expresas que privan al deudor del derecho de voto en junta de propietarios o le privan de legitimación para impugnar, no existía norma legal alguna que habilitara a la comunidad de propietarios para privarle del uso de elementos comunes del edificio, de los que además es copropietario. Además, implica atribuir a la comunidad de propietarios una función de policía para la que no esta legítimamente autorizada.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la SAP Málaga de 29 diciembre de 2017 (ECLI:ES:APMA:2017:3674) en cuanto que hace una clara defensa de la RDGRN antes referida, asumiendo como propia la distinción entre elementos esenciales para el disfrute de los elementos privativos y aquellos que no lo son, excluyendo a estos últimos del contenido esencial de la titularidad dominical. Especialmente interesante al respecto resulta el paralelismo que hace entre la diferencia de trato entre los estatutos comunitarios y los reglamentos de régimen interior, por un lado, y los elementos esenciales comunes

del edificio y los meramente accesorios por otro, entre los que incluye las pistas deportivas y piscinas.

En ese sentido, la SAP Valencia de 17 de febrero de 2022 (ECLI:ES:APV:2022:593) establece la posibilidad de privar al deudor del uso de elementos comunes accesorios de la comunidad por no estar estos sujetos al límite de la habitabilidad, señalando literalmente que:

"Atendiendo a lo expuesto y ponderando todos los intereses en conflicto, como son el uso de unos elementos comunes de carácter accesorio y la necesidad de contribuir a su sostenimiento, estimamos que privar temporalmente del uso de un elemento común de carácter accesorio, como puede ser el uso de las zonas deportivas, esto es, club social, gimnasio, sauna/jacuzzi, piscinas y pádel, cuando concurre una causa objetiva y justificada, como es no contribuir a su mantenimiento, por su similitud a los supuestos analizado en el artículo 17 de la LPH , no puede entenderse como un acuerdo contrario a la Ley ni a los Estatutos, sino como un acuerdo que queda en el ámbito de las Normas de Régimen interior".

Por lo tanto, compartiendo el tribunal que conoce en grado de apelación el criterio expuesto en la sentencia dictada en primera instancia, concluye en el sentido de que la propia Ley de Propiedad Horizontal apoya la conclusión alcanzada, y ello es así, por cuanto el impago de los gastos de comunidad supone "una grave patología para el desarrollo y normal funcionamiento de las comunidades de vecinos, especialmente cuando la deuda alcanzada, como en el caso presente acontece, es de tan elevado importe".

Lo importante de esta sentencia es que ha sido dictada con anterioridad a la reforma del artículo 21.1 LPH y, por tanto, avala la posibilidad de privar del uso de un elemento o servicio común a un copropietario por el impago de deudas comunitarias. No obstante, la misma ya aplica dos de las limitaciones que posteriormente se incluirían dentro del texto legal. Por un lado, hace referencia a que debe tratarse exclusivamente de la privación de elementos comunes de carácter accesorio, lo que implica que no debe afectar a la habitabilidad del elemento privativo propiedad del deudor. Por otro, señala que la deuda ha alcanzado un importe elevado, lo que entronca con la proporcionalidad de la medida adoptada. Se debe entender en el sentido de que no puede haber privación del uso de elementos comunes por muy accesorios que sean, si la deuda es de pequeña cuantía. Esto parece indicar que la introducción de esta medida en nuestro derecho positivo deriva de pronunciamientos judiciales previos, dándose una vez más la situación de que el legislador diseña el texto legal sobre pronunciamientos judiciales precedentes.

La privación del uso derivado de la titularidad dominical debe venir expresamente avalado por una norma legal expresa. (FUENTES-LOJO RIUS, 2022b).

El legislador ha consagrado como medida con rango legal la privación de uso de los elementos comunes no esenciales.

Adoptar la decisión de privar del uso de determinados elementos comunes del edificio, equivale a estigmatizar al deudor comunitario por considerar que el impago de gastos generales es una conducta dolosa del mismo, algo que no siempre es así. Tras los contextos de crisis vividos, muchas situaciones de insolvencia no se deben a la voluntad o mera negligencia del deudor, sino que pueden provenir de causas completamente ajenas a su conducta. El artículo 21.1 LPH comienza por calificar estas medidas como disuasorias, calificación que viene establecida en el preámbulo de la ley y título del artículo, si bien debe considerarse que estas medidas tienen un carácter vergonzante para quien las padece. Con carácter general, quien no contribuye a los gastos es porque no puede, no porque no quiere. Es cierto que en diversas ocasiones el copropietario se niega al pago de forma completamente recalcitrante, motivado por la enemistad que le produzcan el presidente o el administrador, porque no atiende la comunidad de propietarios a alguna de su reivindicaciones legítimas o ilegítimas, porque no está de acuerdo con el presupuesto o clasificación de gastos, o por muchas otras razones que la práctica nos revela. En estos supuestos, la privación del uso de determinados elementos comunes es claramente disuasoria. Junto a estos supuestos de impago, existen aquellos derivados de la imposibilidad de pagar por causas ajenas y sobrevenidas: insolvencia de autónomos, desempleo, nuevo trabajo que resulta insuficiente para la supervivencia, y otros muchos. Difícilmente esta medida va a resultar disuasoria para quien no puede pagar y, sin embargo, si va a resultar vergonzante. (FUENTES-LOJO RIUS, 2022b) mantiene un criterio contrario al anteriormente señalado, alabando la medida, incluso, en aquellos supuestos en que la morosidad provenga de la crisis sanitaria o bélica. Este autor considera que la reforma legal "va en la buena dirección para dotar de más herramientas a las comunidades de propietarios para combatir el acuciante problema de la morosidad a causa de la crisis sanitaria y ahora de la crisis de Ucrania".

Esta medida no contribuirá a generar un buen ambiente de vecindad, sino todo lo contrario, implicará una mayor humillación para quien queriendo pagar, no puede. Además, la norma analiza la situación del deudor, pero olvida la transcendencia social que estas medidas tendrán para la familia de éste, quienes en muchos casos serán menores estigmatizados por esta situación, peor incluso que la pérdida de la vivienda habitual derivada de ejecución hipotecaria, pues ésta se produce en un momento en el tiempo, mientras que la privación del uso de elementos comunes se mantiene mientras dure la situación de impago. (POLO PORTILLA, 2022a), hace referencia a la SAP Alicante, Elche, de 26 de octubre de 2009 (ECLI:ES:APA:2009:3495) la cual reconoce el daño moral causado a la hija menor del propietario deudor, al verse privada del uso de la piscina comuni-

taria. La privación de uso de instalaciones y servicios comunes, aunque no sean esenciales, no es una solución adecuada. Sin perjuicio de la crítica a la privación temporal del uso de servicios o instalaciones comunes, sí que es acertado el límite de que dicha privación no afecte a la habitabilidad de los inmuebles, puesto que lo contrario atentaría no sólo a la dignidad de la vivienda, sino también a la propia dignidad humana.

No hay en el caso de impago de cuotas comunitarias ninguna causa de utilidad pública o interés social tan digna de protección que justifique la limitación de las facultades esenciales del derecho de propiedad, ni siquiera bajo el amparo de un acuerdo o estatutos comunitarios. Aunque un propietario sea puntualmente deudor terminará pagando su deuda, por lo que cuando esto ocurra, habrá sido privado de su derecho de uso de elementos de los que es propietario y al final, habrá contribuido a su mantenimiento como el resto de las condueños. Se podría replicar en este caso que la demora de la situación de impago fuera indefinida, pero lo cierto es que, conforme a la normativa aplicable, esta situación de impago no puede prorrogarse más allá de un pequeño límite temporal, derivado de la propia naturaleza del procedimiento monitorio y de la posibilidad de embargo del elemento privativo que, en caso de impago prolongado en la correspondiente fase ejecutiva del procedimiento, se adjudicaría a un tercero. Otra cosa es que la comunidad mostrara una actitud pasiva ante la posibilidad de reclamación de la deuda, pero esa conducta no puede imputarse al deudor, sin embargo, la comunidad en caso de pasividad sí que podrá sufrir la sanción derivada del instituto de la prescripción.

Podría fundamentarse una oposición a esta medida sobre la base de considerarla como una especie de expropiación, si bien la STC de 21 de octubre de 1993 (ECLI:ES:TC:1993:301), en relación con el artículo 19 LPH entonces vigente, respecto a la privación temporal a un propietario del uso de su vivienda o local, por supuesta contradicción con el artículo 33 de la Constitución, consideró respecto a la privación del uso de vivienda por incumplimiento del artículo 7.2 LPH que se trata de una sanción civil derivada del incumplimiento de las obligaciones del propietario. La sentencia citada se refiere a "un supuesto de incumplimiento que presenta condicionamientos especiales por afectar a la vida de la comunidad como tal y que puede por su gravedad incidir en la propia esencia de la vida comunitaria".

Considerando que el incumplimiento de la obligación de pago no debería llevar aparejada una consecuencia de tanta gravedad, la privación del elemento privativo o de los comunes debería considerarse una suerte de *ultima ratio*. Por ello, una vez más se debe reivindicar la proporcionalidad entre el incumplimiento y la consecuencia de aplicar esta medida. Las infracciones que pueden traer como consecuencia la privación de uso del elemento privativo a que se refiere el

artículo 7.2 LPH, no son en absoluto comparables con el mero incumplimiento de una obligación temporal de pago que generalmente es de escasa cuantía, por lo que la consecuencia no debe ser la misma.

V.1.A.a).b´) Límite respecto a la privación de derecho de uso: no afectación a la habitabilidad del inmueble

Cualquier medida que afecte a la habitabilidad del inmueble, también lo hace directamente al contenido esencial del derecho de propiedad. A ello se refiere, aunque o sea en materia tributaria, pero extrapolable a este límite de las medidas disuasorias, la afirmación de (RODRÍGUEZ BEREIJO, 2021), respecto a que conviene analizar si las mismas sobrepasan el contenido esencial del derecho de propiedad. Este autor considera que:

"El juez deberá determinar si la norma fiscal entraña una desposesión arbitraria o si la medida tributaria entraña una violación de la propiedad de tal intensidad que produzca como resultado la desnaturalización del derecho de propiedad al despojarlo de su «sustancia» o «contenido esencial".

Esto mismo puede aplicarse respecto de las medidas disuasorias contenidas en el artículo 21.1 LPH. Con este límite, el legislador pretende que las medidas a adoptar por la comunidad de propietarios no se refieran a elementos o servicios comunitarios que puedan afectar a la habitabilidad de las viviendas, ya que generalmente conllevará como consecuencia la privación al deudor del uso digno de su vivienda, que con carácter habitual será, además, su vivienda habitual. A título de ejemplo, no se podrá privar al deudor de los servicios de agua, luz o calefacción central, siendo tal acuerdo nulo de pleno derecho, como ya se ha señalado.

Resulta loable el límite de la habitabilidad del inmueble, si bien resulta contradictorio dicho límite con la posibilidad de que las empresas suministradoras acuerden la suspensión temporal de los servicios de luz y gas en caso de impago. En estos casos, estamos igualmente ante medidas disuasorias del impago, que sin duda afectan a la habitabilidad del inmueble, ya que, sin suministro eléctrico, calefacción o agua caliente, el inmueble se convierte igualmente en inhabitable. Este límite de habitabilidad debería aplicarse a cualquier medida disuasoria contra la morosidad, provenga de donde provenga, debiendo tenerse una especial cautela y vigilancia respecto del contratante débil.

V.A.b) Imposición de intereses de demora superior al legal

Hasta la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal llevada a cabo a través de la Ley 10/2022, el criterio al respecto era la legalidad del acuerdo comunitario

que estableciera una obligación de pago al propietario deudor por intereses de demora, siempre que ello no contraviniese lo dispuesto en el título constitutivo o en los estatutos comunitarios.

Ya se entendía que los propios estatutos comunitarios podrían fijar con plena legalidad la imposición de intereses de demora, que por su naturaleza deberían ser solicitados expresamente con la demanda sin necesidad de previa fijación en junta de propietarios, por cuanto que cuando se celebrara la misma, no existía certeza de cuándo sería pagada la deuda reconocida y liquidada en junta. Podía ésta ser pagada junto al requerimiento que habitualmente se suele practicar de forma extrajudicial cuando se produce la notificación previa de la certificación de deuda. Lo que sí es cierto es que procedía la liquidación de intereses de demora, ya se pagara judicial o extrajudicialmente.

Este criterio es el que ya se venía aplicando desde antes de la reforma de 1999, como así lo reconoció la SAP Málaga de 2 de febrero de 1998 (EDJ 1998/5539), en cuanto a la obligación de pago de intereses por los deudores establecida en los estatutos comunitarios, así como la SAP Baleares de 2 de febrero de 1998, referida al recargo por morosidad aprobado en junta de propietarios (CABALLERO GEA, 1999, 265-266). En el mismo sentido, la SAP Madrid de 22 de octubre de 2020 (ECLI:ES:APM:2020:10708) ya reconocía la posibilidad de que mediante acuerdo de la junta de condueños se estableciera un recargo al propietario deudor superior al interés legal del dinero. Aunque se denomine recargo, en realidad se trata del cobro de un tanto por ciento de la cantidad adeudada, pero se debe entender que el régimen jurídico en cuanto a su aplicación será el mismo en ambos casos. El acuerdo adoptado por la junta de propietarios es plenamente ejecutivo desde su adopción, salvo el supuesto de que se acuerde una medida cautelar en el ámbito de un procedimiento de impugnación comunitario al que se refiere el artículo 18 LPH.

Se comparte la doctrina contenida en la SAP Cádiz de 26 de junio de 2019 (ECLI:ES:APCA:2019:767) respecto del carácter plenamente irretroactivo del acuerdo comunitario por el que se acuerde la fijación del interés de demora. Su fundamento se encuentra el artículo 9 CE, concretamente en el principio de seguridad jurídica. Señala la citada resolución:

"Pero, en segundo lugar, no parece que tales acuerdos comunitarios puedan tener eficacia retroactiva, esto es, pueden sin duda regular las consecuencias de los futuros impagos, pero no parece que puedan establecer tales sanciones respecto de períodos anteriores a la adopción del correspondiente acuerdo: podrán gravar deudas vencidas con anterioridad, pero a partir de la adopción del correspondiente acuerdo".

Establece el artículo 1100 CC que la mora se produce desde que el pago es exigido por el acreedor, salvo —entre otros motivos— que la ley declare ex-

presamente que no sea necesaria la intimación previa. Eso es lo que ocurre tras la reforma del artículo 21 LPH, que determina que la mora se produce desde el momento en que deba efectuarse el pago, y éste no se ha realizado. En este sentido, hay que destacar que el momento de la obligación de pago es el que se determina por la junta de propietarios, que con carácter habitual suele ser el pago de cuotas mensuales, y en su caso, derramas o cuotas extraordinarias para pagos imprevistos, es decir, gastos extraordinarios. En este momento se produce el vencimiento de la deuda comunitaria, incurriendo la obligación de pago en morosidad.

Si bien con anterioridad ya se consideraba que se podía establecer la obligación de pago de intereses de demora con cargo al deudor en los estatutos comunitarios o a través de acuerdo de junta de propietarios, ahora todos los créditos comunitarios devengarán intereses desde el momento en que debió efectuarse el pago correspondiente y éste no se hizo. Esta regulación legal de los intereses de demora en los créditos comunitarios ha sido introducida por la Ley 10/2022 mediante la íntegra modificación del artículo 21.1 LPH.

Analizando el precepto, lo primero que se observa es la determinación legal de los intereses de demora, sin la necesidad de que así se determine en los estatutos comunitarios o precise de acuerdo en junta de propietarios. Ahora bien, queda por determinar cuál va a ser la cuantía de los intereses, entendiendo que será el interés legal del dinero, por cuanto el mismo precepto establece que si la comunidad quisiera adoptar como medida disuasoria para evitar el impago unos intereses superiores al interés legal, podrá acordarlo así en junta de propietarios. Además, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 1108 CC.

Una cuestión importante a tener en cuenta sobre el establecimiento de intereses superiores al interés legal es el límite máximo de esos intereses. Debe entenderse que no existe libertad por parte de la comunidad de propietarios para imponer unos intereses desproporcionados. Aunque la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908 o Ley Azcárate, restringe su ámbito de aplicación a los préstamos, entendemos que su artículo 1 establece un límite a los intereses convencionales, sancionado como nulos los préstamos "en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero". Si bien un acuerdo comunitario por el que se establezca un interés superior al legal en caso de mora no es un préstamo, sí que es cierto que no es un interés de naturaleza legal, sino más bien semejable a un interés convencional, como puede ser el acordado en un préstamo. Queda por determinar qué es lo que se considera como "notablemente superior al interés legal del dinero". En este sentido, hay acudir por ser la situación con la que existe mayor analogía a la regulación hipotecaria. El artículo 114 LH establece que, en los préstamos con garantía hipotecaria, "el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del

período en el que aquel resulte exigible", entendiendo que aquí está el límite de los intereses superiores al interés legal. Por lo tanto, si la comunidad de propietarios acuerda elevar el interés derivado del impago de gastos comunitarios por encima del interés legal incrementado en tres puntos, dicho acuerdo podrá ser objeto de impugnación por suponer "un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo", conforme al artículo 18.1.c) LPH. El problema surgirá cuando en el futuro se encuentre un propietario en una situación indeseada de insolvencia, y ya no pueda impugnar dicho acuerdo, por haber caducado la acción impugnatoria. En todo caso, este acuerdo para que perjudique a futuros copropietarios exigirá su inscripción en el Registro de la Propiedad. Aun así, sea cual sea el interés que se acuerde, si resulta abusivo el incremento de este deberá ser moderado hasta el interés legal. Este criterio es el que mantiene (ANCHÓN BRUÑÉN, 2018) respecto de los créditos hipotecarios, al considerar que cuando se declaran abusivos los intereses moratorios deberá aplicarse los remuneratorios, es decir, el pactado contractualmente como compensación por el principal recibido. En el ámbito jurisprudencial, la SAP Castellón de 19 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:APCS:2021:773) considera claramente desproporcionado un interés del 135%.

La SAP Las Palmas, de 1 de febrero de 2022 (ECLI:ES:APGC:2022:593) admite un incremento de hasta el 25 % como recargo que, si bien no es lo mismo que aplicar un interés sobre la deuda, sí que sirve como referencia en cuanto a su límite. La SAP Castellón, de 19 de noviembre de 202 (ECLI:ES:APCS:2021:7731), además, considera que no puede aplicarse a estos supuestos el control derivado de la posible existencia de cláusulas abusivas impuestas y de los contratos suscritos con consumidores, puesto que la comunidad de propietarios no ostenta el carácter de profesional o empresaria, "ni tampoco que el citado recargo no haya sido negociado, pues su aprobación fue sometida a la decisión de los comuneros, cuestión que tras ser debatida fue oportunamente votada y aprobada".

(LOSCERTALES FUERTES, 2023, 252) considera que no haberse fijado un límite al incremento del interés por encima del legal es un error que genera inseguridad tanto a la comunidad como al deudor.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 9.1.e) III, respecto de la de afección real en que se constituye una hipoteca legal tácita sobre el inmueble adquirido, responde éste de las deudas contraídas en concepto de deudor por el anterior propietario, pero cualquier recargo que se imponga al responsable del pago vendrá limitado temporalmente a la anualidad vigente y a los tres años inmediatamente anteriores, de tal suerte que no se le podrá calcular sobre la totalidad de la deuda si se hubiera generado en un periodo de tiempo mayor al anteriormente citado. En este sentido, cabe citar la SAP Santa Cruz de Tenerife de 23 de noviembre de 2020 que señala que "la obligación del hoy demandado apelante, en aplicación

del citado artículo 9.1 e) de la Ley de Propiedad Horizontal solo puede abarcar los gastos generales de la anualidad en curso y la del año inmediatamente anterior, gastos generales". Aunque se refiere a la última anualidad en curso y al año inmediatamente anterior, se aumentó dicho periodo a la anualidad en curso a través de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

V.5.B. Medidas disuasorias convencionales innominadas

Junto a las medidas disuasorias convencionales consistentes en la privación del uso de un servicio o elemento común y del incremento del interés por encima del legal del dinero, existe la posibilidad de adoptar otras medidas de carácter innominado. Se las denomina así, por cuanto que, a diferencia de los primeramente referidos no aparecen expresamente descritos en el artículo 21.1 LPH.

A la hora de analizar la naturaleza jurídica de este tipo de medidas convencionales, se ha concluido que se trata de medidas exclusivamente preventivas y disuasorias de la morosidad.

De la redacción del artículo 21.1 LPH se puede concluir que estas medidas constituyan *numerus apertus*, es decir, se podrán adoptar cualquiera en las que concurra el carácter disuasorio o preventivo. La duda es si se pueden adoptar medidas que tiendan a sancionar al propietario deudor. Para la adopción de medidas sancionadoras se impone la reserva legal, es decir, deben venir expresamente avaladas por una norma con rango legal. Las características y límites contenidos en el artículo 21.1 LPH son también aplicables a las medidas innominadas. Pueden ser aprobadas todas las medidas que cumplan con dichos requisitos.

A título de ejemplo, se podrán aprobar medidas que impliquen el aplazamiento o condonación de parte de la deuda, que permita que aquel propietario deudor que queriendo pagar no pueda debido a una situación económica extraordinaria adversa, tenga más facilidad de pago y se impida la acumulación de deuda hasta una situación económicamente insostenible. Es evidente que estas medidas no son sancionadoras, pero si preventivas de situaciones irreversibles de morosidad, con lo que se cumple con esta finalidad.

VI. CONCLUSIONES

I. Las medidas disuasorias convencionales nominadas y expresamente descritas en el artículo 21.1 LPH tienen una finalidad disuasoria y preventiva frente al impago en el régimen de la propiedad horizontal, aunque también una finalidad sancionadora, lo que lleva como lógica consecuencia

que su aprobación se encuentre sujeta a la necesidad de su aprobación a través de una norma legal previa que las autorice. Por lo tanto, debe confirmarse la existencia de una reserva legal para su aprobación. La jurisprudencia anterior a la Ley 10/2022 permitía a las comunidades de propietarios imponer recargos y privar del uso de servicios comunes no esenciales a los propietarios deudores sin que existiera norma legal previa que lo autorizase, la norma citada viene a suplir esa falta de cobertura legal y, por ello, se dicta una norma que con pleno respeto al principio de reserva legal, habilita a las comunidades de propietarios para aprobar mediante acuerdo de la junta de condueños estas medidas disuasorias y sancionadoras de carácter convencional. Estas medidas vienen a reforzar aquellas que con origen legal y de aplicación imperativa se introdujeron a través de la Ley 8/1999 en la lucha contra la morosidad, incrementando la posibilidad sancionadora y disuasoria de las comunidades de propietarios frente a quienes no se hayan al corriente de la totalidad de las deudas vencidas con estas.

Estas medidas tienen límites genéricos y comunes a todas ellas, ya sean las nominadas o las innominadas, que son: temporalidad, interdicción del abuso, proporcionalidad e irretroactividad. Además, la medida de privación del uso de elementos comunes del edificio tiene un límite específico: que no afecte a la habitabilidad del inmueble. Por encima de la legítima expectativa de cobro por pate de las comunidades de propietarios, se encuentra el concepto de dignidad en el uso de la vivienda.

II. Las medidas disuasorias convencionales constituyen *numerus apertus*, por lo que dentro del principio la autonomía de la voluntad de las partes, podrán adoptar cualquier medida que tenga como finalidad la disuasión y prevención de la morosidad comunitaria siempre que no tenga carácter sancionador, puesto que, en ese caso, deben venir expresamente descritas en una norma con rango legal. Estas medidas deberán cumplir con las características y límites genéricos descritos en el artículo 21.1 LPH.

A fin de apoyar la posibilidad de adopción de medidas convencionales innominadas, se puede citar dos argumentos derivados de la dicción literal del precepto:

El primero parte de considerar que el artículo 21.1 LPH señala literalmente: "la junta de propietarios podrá acordar medidas disuasorias frente a la morosidad". En ningún momento el precepto limita la posibilidad de aprobación de medidas a las que de forma nominada se describen en el artículo 21.1 LPH. Si se hubiera querido limitar la posibilidad de aprobación de este tipo de medidas a las específicamente descritas en la norma, ésta así lo hubiera señalado o se hubiera redactado señalado que

"la junta de propietarios para acordar las medidas disuasorias frente a la morosidad descritas en este artículo". La distinción entre las medidas convencionales y legales parte de que las primeras deben aprobarse previamente en junta de propietarios o su inclusión en los estatutos comunitarios por el propietario único del edificio, mientras que las segundas no necesitan de tal aprobación puesto que son de origen legal y, por tanto, de aplicación directa.

Respecto del segundo argumento se debe acudir, una vez más, a la dicción literal del artículo 21.1 LPH que dispone: "La Junta de propietarios podrá acordar medidas disuasorias frente a la morosidad…, tales como…". Con ello, se puede deducir claramente el carácter abierto de las medidas contenidas en el artículo 21.1 LPH. Por lo tanto, el legislador no ha querido circunscribir la posibilidad de adopción de medidas disuasorias a las expresamente relacionadas en el precepto legal citado, sino que lo que persigue es dejar abierta la posibilidad de aprobación de otras medidas de carácter disuasorio, aunque no de carácter sancionador.

III. Para la adopción de las medidas convencionales se exige la unanimidad de los propietarios que integran la comunidad. No obstante, el propietario único del edificio, antes de proceder a la venta de cualquier elemento privativo podrá incluirlo en los estatutos comunitarios que el mismo elabore. Al ser el único propietario el acuerdo es adoptado por unanimidad. A este respecto, la traslación del dominio del elemento privativo debe ser en escritura pública, por lo que si la transmisión se hiciera mediante documento privado se entendería que el contrato traslativo ha sido perfeccionado, aunque no consumado, por aplicación de la teoría del título y el modo. En este caso, la aprobación por el propietario único debe ser considerada como unánime. Es conveniente, incluso preceptivo en caso de que se quiera inscribir posteriormente en el Registro de la Propiedad el acuerdo de adopción de una medida convencional, hacer constar en escritura pública el acuerdo adoptado en junta de propietarios.

IV. Para que los acuerdos o estatutos comunitarios en los que se aprueben medidas disuasorias o preventivas de carácter convencional perjudiquen a terceros o posteriores adquirientes de la titularidad dominical de los elementos privativos, deben ser inscritos en el Registro de la Propiedad. Si los estatutos redactados por el propietario único *ab initio*, o su modificación mediante acuerdos comunitarios posteriores, no se elevan a escritura pública y, obviamente, no son objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, sólo afectaran a quienes eran propietarios en el momento de su redacción o aprobación. Por ello, aunque en un plano teórico no son de inicial constitución registral, en la práctica exigirán su

inscripción para poder ser exigibles a terceros adquirientes quienes, en caso contrario, podrán oponer la falta de inscripción y ausencia de cargas y gravámenes en el Registro de la Propiedad amparándose, por ello, en el principio de buena fe registral.

VII. RESOLUCIONES CITADAS

- STC de 21 de octubre de 1993. ECLI:ES:TC:1993:301.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 de septiembre de 2014. ECLI:ES:TSJCAT:2014:8545.
- SAN de 27 de septiembre de 2019. ECLI:ES:AN:2019:3471.
- SAN de 9 de enero de 2023. ECLI:ES:AN:2023:137.
- SAP A Coruña de 30 de mayo de 2014. ECLI:ES:APC:2014:1555.
- SAP Alicante, Elche de 26 de octubre de 2009. ECLI:ES:APA:2009:3495.
- SAP Cádiz de 26 de junio de 2019. ECLI:ES:APCA:2019:767.
- SAP Castellón de 19 de noviembre de 2021. ECLI:ES:APCS:2021:773.
- SAP Huelva de 2 de diciembre de 2011. ECLI:ES:APH:2011:938.
- SAP Las Palmas de 1 de febrero de 2022. ECLI:ES:APGC:2022:593.
- SAP Madrid de 6 de octubre de 2015. ECLI:ES:APM:2015:13380.
- SAP Madrid de 22 de octubre de 2020. ECLI:ES:APM:2020:10708.
- SAP Málaga, sec. 6ª, S 02-02-1998, nº 40/1998, rec. 49/1997. EDJ 1998/5539.
- SAP Málaga de 29 diciembre de 2017. ECLI:ES:APMA:2017:3674.
- SAP Santa Cruz de Tenerife de 9 de diciembre de 2020. ECLI:ES:APTF:2020:2388.
- SAP Toledo de 18 de febrero de 1998. EDJ 1998/3088.
- SAP Valencia de 13 de mayo de 2016. ECLI:ES:APV:2016:4815.
- SAP Valencia de 17 de febrero de 2022. ECLI:ES:APV:2022:593.
- SAP Valladolid de 22 de noviembre de 1996. EDJ 1996/9380.
- SAP Vizcaya de 14 de diciembre de 2020. ECLI:ES:APBI:2020:3457.
- RDGRN/RDGSJFP de 23 de octubre de 2012. BOE 279/2012, de 20 de noviembre de 2012.
- RDGRN/RDGSJFP de 11 de mayo de 2018. BOE 130/2018, de 29 de mayo de 2018.
- RDGRN/RDGSJFP de 18 de julio de 2018. BOE 190/2018, de 7 de agosto de 2018.
- RDGRN/RDGSJFP de 8 de junio de 2021. BOE 154/2021, de 29 de junio de 2021.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ANCHÓN BRUÑÉN, M. (2018). Ejecución civil hipotecaria: Intereses de demora. *Artículo monográfico. Sepín.*(SP/DOCT/82630).

BELHADJ BEN GÓMEZ, C. (2022). Reforma del artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal. Medidas preventivas ante el comunero moroso. Reclamación judicial. *Aranzadi doctrinal*(9) BIB 2022/3106.

CABALLERO GEA, J. (1999). *Propiedad Horizontal. Comunidades de propietarios, complejos inmobiliarios privados. Síntesis y ordenación de la doctrina de las Audiencias, Tribunales y Dirección General de los Registros y del Notariado. Procedimientos y Formularios extrajudiciales y judiciales.* Madrid: Dykinson.

CASADO CASADO, B. (2009). *El derecho sancionador civil, consideraciones generales y supuesto.* Málaga: Universidad de Málaga.

DE LARA VENCES, C. (2023b). Conservación de los edificios urbanos privados como complemento del urbanismo: perspectiva comparada entre España y Colombia. *Revista Americana de Urbanismo y Medio Ambiente*, 119-171.

DE LARA VENCES, C. (2023a). *Régimen jurídico de la morosidad en la propiedad horizontal.* A Coruña: Colex.

DE LARA VENCES, C. (2024). Obligación de contribuir en la propiedad horizontal: análisis comparado del Derecho español y portugués. *Revista Internacional Consinter de Direito*, vol. 10, núm. 18, 1001-1022.

DEFENSOR DEL PUEBLO. (2022). *Informe Anual.* Solicitudes de recursos ante el Tribunal Constitucional, DEFENSOR DEL PUEBLO.

FUENTES-LOJO RIUS, A. (2022b). *Entra en vigor la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal. Las comunidades de propietarios podrán sancionar al moroso privándole del uso de instalaciones o elementos comunes no esenciales.* Obtenido dede Revista Economist & Jurist: https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/entra-en-vigor-la-reforma-de-la-ley-de-propiedad-horizontal/

FUENTES-LOJO RIUS, A. (2022a). Propuestas de "lege ferenda" para la modernización de la propiedad horizontal. *Actualidad Civil*(9).

FUENTES-LOJO RIUS, A. (2022c). Últimas novedades legales para combatir la morosidad en las comunidades de propietarios. *Actualidad Civil*(7).

LOSCERTALES FUERTES, D. (2013). Cláusula estatutaria que prohíbe el uso de una piscina y una pista de tenis a los propietarios morosos. RDGRN, 23-10-2012. *Jurisprudencia comentada. Sepín.*(SP/DOCT/17016).

LOSCERTALES FUERTES, D. (2023). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal.* A Coruña: Colex.

MAGRO SERVET, V., (2006). Casuística práctica sobre la admisión y el rechazo del abuso de derecho en la propiedad horizontal. *Artículo monográfico. Sepin.*(SP/DOCT/2828).

MARTÍ MARTÍ, J. (2022). Medidas disuasorias frente a la morosidad en la comunidades de propietarios. *Artículo Monográfico SEPIN*, SP/DOCT/119930.

POLO PORTILLA, M. (2018b). Los morosos, ¿podrán utilizar la piscina comunitaria? *Opinión. Sepín.*(SP/DOCT/75514).

POLO PORTILLA, M. (2022a). Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal. Lo que la comunidad "podrá" llevar a cabo y numerosas dudas sin resolver. *Opinión. Editorial Sepin.*(SP/DOCT/119635).

RODRÍGUEZ BEREIJO, A. (2021). El principio de capacidad económica en una encrucijada. *Revista española de derecho financiero.*(191/2021. BIB 2021/4598).

SÁNCHEZ MELGAR, J. (2014). Reflexiones en torno al principio de la irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables. Un nuevo camino para hacer valer los cambios jurisprudenciales. *Artículo monográfico. Sepin.*(SP/DOCT/18177).

VENDRELL SANTIVERI, E. (2018). La necesdaria nueva regulación de la propiedad horizontal. *Artículo Monográfico Sepin*, SP/DOCT/75970.

NOTAS

[1] En el ámbito del derecho comparado existen otras legislaciones que reconocen medidas disuasorias similares, por lo que se toma como ejemplo países de nuestro entorno geográfico, como Portugal y, de nuestro entorno cultural, como Colombia y Perú. Sus medidas son equiparables a las regulados en la Ley de Propiedad Horizontal.

En el ordenamiento jurídico portugués dispone el artículo 6.3 del Decreto-Ley nº268/94, de 25 de octubre, reformado por el artículo 4 de la Ley 8/2022, de 10 de enero, que revisa el régimen de propiedad horizontal, modificando el Código Civil, el Decreto-Ley nº268/94, de 25 de octubre, y el Código Notarial:

"Deudas por cargas del condominio

3— Los intereses moratorios, al tipo legal, sobre la obligación contenida en el mismo, así como las sanciones pecuniarias, se consideran cubiertos por el título ejecutivo, siempre que sean aprobados en asamblea de condóminos o previstos en el reglamento del condominio". (Artículo 6.3 Decreto Ley 268/94).

La Ley 8/2022, de 10 de enero, que revisa el régimen de propiedad horizontal, modificando el Código Civil, el Decreto-Ley nº268/94, de 25 de octubre, y el Código Notarial ha inspirado la introducción unos meses después de estas medidas en el ordenamiento jurídico español (DE LARA VENCES, 2024, 1001-1022).

El artículo 30 de la Ley 675 de 2001 sobre el régimen de la propiedad horizontal en Colombia establece la posibilidad de que una vez que el obligado al pago incurra en una situación de mora, podrá reclamársele un interés por encima del legal del dinero, con el límite de multiplicar éste por 1,5. (DE LARA VENCES, 2023b, 162-163)

En Perú se aprobó el 27 de mayo de 2023 el Decreto Legislativo nº1568 del Régimen de Propiedad Horizontal por el que se aprueban dos medidas de carácter disuasorio y sancionador a la vez, consistente en inscribir la deuda en la Partida Registral e incluirla en un registro de morosidad, lo que pondrá trabas a una posible transmisión de la titularidad dominical del inmueble y le afectará en posibles pretensiones crediticias futuras.

Trabajo recibido el 11 de marzo de 2024 y aceptado para su publicación el 20 de mayo de 2024

La imposición de los apellidos en los hijos tiene relevancia en la igualdad de género

The imposition of surnames on children is relevant to gender equality

por

JUAN CARLOS MARTÍNEZ ORTEGA

Abogado, profesor de Derecho civil

Doctor en Derecho UNED

RESUMEN: El nombre y apellidos configuran la identidad de las personas. El primer apellido que se impone a los bebés al nacer suele ser el más utilizado en las relaciones académicas y sociales, y, por esta razón, el orden del apellido que se impondrá —del padre o de la madre— puede revestir una notoria importancia.

En este artículo examinaremos la actual normativa del Registro Civil en materia de filiación, favoreciendo nuestro ordenamiento la igualdad de los progenitores a la hora de elegir qué apellido debe ir en primer lugar, haciendo una llamada al acuerdo utilizando cualquier herramienta que permita la elección sin discriminación, evitando así, que un extraño, como es el Encargado del Registro Civil, elija por ellos.

Analizaremos también, cómo el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales puede ser útil para resolver este asunto para el futuro. Con este trabajo no se busca favorecer el establecimiento de un apellido sobre el otro, sino que ambos padres, en plano de igualdad, tienen idéntico derecho a fijar el suyo tras un diálogo franco y sincero.

El que las estadísticas aún no reflejen un cambio radical en el establecimiento del apellido materno no significa que el tema deba conocerse en todos los ámbitos y no perpetuar por costumbre una prevalencia que no se ajusta al actual sistema legal.

https://doi.org/10.36151/rcdi.2024.805.02

La igualdad es uno de los fundamentos irrenunciables de la Constitución Española, por eso, todos los procesos que vayan dirigidos a conseguir una igualdad real entre los sexos deben ser aplaudidos.

ABSTRACT: The name and surnames make the identity of the people. The first surname that is imposed on babies at birth is usually the most used in academic and social relations, and for this reason the order of the surname that will be imposed — of the father or the mother — can be a considerable importance.

In this article we will analyze the current regulations of the Civil Registry in matters of filiation, favoring our order in the equality of parents when choosing which surname should go first, reminding the agreement using any tool that allows the choice without discrimination, thus avoiding that a third party, such as the Civil Registry Officer, chooses for them.

We will also analyze how the granting of marriage capitulations can be useful to resolve this matter for the future. This work does not seek to be on favor of the establishment of one surname over the other, but both parents, on an equal footing, have the same right to fix theirs after a frank and sincere dialogue.

The fact that the statistics do not yet reflect a radical change in the establishment of the maternal surname does not mean that the subject should be known in all areas and not perpetuate by custom a prevalence that does not conform to our legal system.

Equality is one of the indispensable foundations of our Constitution, so all processes aimed at achieving real equality between the sexes must be applauded.

PALABRAS CLAVE: Apellidos, orden de preferencia, Registro Civil, interés del menor, capitulaciones matrimoniales.

KEY WORDS: Surname, order of preference, Civil Registry, best interests of the child, marriage agreements.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS APELLIDOS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. 1. Historia de los apellidos en España. 2. Evolución legislativa de la transmisión de los apellidos. 3. La Constitución española de 1978. 4. La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, una ley para el siglo xxi. 5. Regulación de los apellidos en el Código Civil.—III. SITUACIÓN ACTUAL RESPECTO A LA IMPOSICIÓN DE LOS APELLIDOS EN LOS DESCENDIENTES. 1. Poca influencia de la normativa en el patrón tradicional de imposición del apellido paterno en los hijos. 2. Determinación del interés superior del menor. Situación de los casos de reconocimiento de la paternidad sobrevenida. 3.— Cambio de apellidos por violencia de género.—IV. CAMBIOS DE APELLIDOS POR EL MAYOR

DE EDAD.—V. PACTO EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES.—VI. AFIANCEMOS LA IGUALDAD DE LOS PROGENITORES EN LA IMPOSICIÓN DE LOS APELLIDOS DE SU DESCENDENCIA.—VII. CONCLUSIÓN.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

España es un Estado social y democrático de Derecho, donde deben imperar valores constitucionales básicos como la igualdad de los ciudadanos en los niveles de la vida, también en la igualdad de género.

El nombre y apellidos identifican a los individuos, determinan su filiación y origen y, por esta razón, el establecimiento del primer apellido no es una cuestión baladí, ya que suele ser el más utilizado generalmente. Desde que en el año 1978 se promulgó nuestra Carta Magna, hemos ido avanzando, legislativamente, en el establecimiento de medidas tendentes a favorecer la citada igualdad en todas las situaciones cotidianas. No obstante, han tenido que pasar décadas hasta conseguir la plena igualdad en la imposición de los apellidos de la descendencia, sin que predomine la costumbre arraigada históricamente que favorecía el apellido paterno sobre el materno.

La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante LRC), ha significado un cambio de paradigma en este asunto, anulando las viejas tradiciones e impulsando el acuerdo en plano de igualdad entre los progenitores. Este establecimiento no ha sido pacífico, pues muchas mujeres han tenido que defender en los tribunales, incluso europeos, su derecho. Hay que buscar siempre el interés superior del menor, al que debe protegerse de cualquier daño o perjuicio partidista de alguno de sus progenitores, especialmente, ante la existencia de maltrato o violencia de género.

Dentro de la autonomía de la voluntad de los progenitores, estos pueden fijar antes de contraer nupcias o de tener descendencia qué apellido pondrán a sus hijos, si será el del padre o el de la madre. En este trabajo hacemos una llamada al diálogo de los progenitores, al pacto en este asunto, partiendo de la misma línea de salida, sin que prevalezca la opinión de ninguno de ellos, buscando no dañar los sentimientos de nadie y procurando que no sea un tercero, el Encargado del Registro Civil, el que finalmente elija dicho orden en los apellidos por falta de acuerdo de los padres.

Los derechos hay que ejercitarlos. De nada sirve que las leyes brinden métodos igualitarios en materia de género si la mujer no los adopta, no los inculca en su descendencia. Hay que buscar la igualdad real y efectiva en todos los campos

de la vida, no minimizando los temas, sino cambiando la mentalidad de la gente y, sobre todo, de las nuevas generaciones.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS APELLIDOS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

1. Historia de los apellidos en España

Tanto el nombre como los apellidos forman parte inherente a la identidad de una persona y, por regla general, le acompañan durante toda su vida. La primera acepción que da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua para la voz "apellido" es: *Nombre de familia con que se distinguen las personas*. Esa palabra etimológicamente, procede del latín *apellare*, equivalente a llamar o proclamar. Las personas siempre se han llamado utilizando un signo distintivo que les identificaban y les hacían diferentes y singulares a cualesquiera otras (López Jara, M, 2016), siendo una de las notas características la estabilidad, por lo que, a diferencia del nombre, respecto de los apellidos para "autorizar sus cambios exige la concurrencia de una serie de requisitos que están fuera de la autonomía de la voluntad de los particulares" (Corera Izu, M., 2018, 231).

En España, la influencia del derecho romano y del cristianismo fue clave respecto a la imposición del nombre como consecuencia de la importancia del bautismo (Batlle, M., 1931, 24).

Más adelante, al nombre se le empezó a añadir un apellido con el fin de identificar aún más a los individuos, a veces, con apodos o señas que aludían a sus circunstancias personales, a su oficio o a su lugar de origen. Lo habitual era que el apellido hiciese referencia al nombre del padre, añadiendo sufijos castellanos como "Sancho, Sánchez", "Martín, Martínez". Otras veces aludían a cualidades físicas de las personas como, por ejemplo: "Calvo, Delgado, Moreno, Viejo", o a una cualidad moral como "Bueno, Valiente, Bravo, Gallardo". En ocasiones, hacían referencia al oficio de la persona como "Sastre, Herrero, Labrador" o al lugar geográfico de procedencia, como "Arroyo, Cuesta, Navarro", e incluso imponían el nombre de animales o plantas como, por ejemplo, "Borrego o Toro" o "Manzano, Pino o Flores".

En nuestra historia encontramos algunos personajes famosos que antepusieron el apellido materno al paterno en su creación artística, como, por ejemplo, el pintor Velázquez (cuyo nombre completo era Diego Rodríguez de Silva y Velázquez).

Hay que tener también presente que, nuestra legislación de apellidos se fundamenta en la duplicidad de apellidos, que coincide con la duplicidad de líneas: materna y paterna. Es por ello que, "en caso de determinación bilateral de la filiación por ambas líneas, resulta contrario al orden público la transmisión ex-

clusiva de los dos apellidos por una sola de las líneas, sea la paterna o la materna" (CORERA IZU, M., 2022, 199).

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 7, proclama que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar. Además, como indicó el Tribunal Constitucional en su sentencia 167/2013, de 7 de octubre, la inclusión del nombre de una persona se engloba dentro del conjunto de derechos de la persona y del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 de la Constitución Española. En términos parecidos se expresa el artículo 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, que dispone que "Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre".

Sin duda, el nombre de una persona (que en sentido amplio debe comprender nombre y dos apellidos) genera la primera inscripción en los libros del Registro Civil, junto con la fecha y lugar de nacimiento y la filiación.

Es claro que, por regla general, salvo raras excepciones, el primer apellido identifica más que el segundo. Pese a la marginación y discriminación sufrida por las mujeres durante más de un siglo, esa segunda posición no ha afectado al cariño y cuidados que han proporcionado a muchas generaciones. Al contrario, han cuidado y atendido a su descendencia sin cuestionarse, en la mayoría de los casos, ese muro de desigualdad forzosa. Por ello, el que de forma voluntaria y acordada el esposo ocupe la segunda posición no le resta valor a su importancia como padre dentro del núcleo familiar.

Hay que reconocer que, tanto en España como en Portugal y por añadidura, en la mayoría de los países iberoamericanos siempre ha existido duplicidad de apellidos y duplicidad de líneas, no perdiendo nunca la mujer sus apellidos por matrimonio, por un aspecto de orden público que ha imposibilitado que un español utilice un solo apellido. No obstante, podemos afirmar que la filiación materna siempre ha estado presente registralmente.

2. Evolución legislativa de la transmisión de los apellidos

Los apellidos que han acompañado al nombre de las personas hasta la actualidad han sufrido una constante evolución o cambio. Como tendremos ocasión de apreciar, desde los albores de la historia ha existido siempre en los países occidentales, un inequívoco paternalismo que ha sido tildado por alguna autora como "patriarcado del consentimiento", situación que pervive aún con intensidad en muchos países del tercer mundo.

No hay duda de que, los apellidos y su imposición en la descendencia, tiene un marcado carácter consuetudinario (TORRELLES TORREA, E., 2016, 188). Un paso

regulatorio vital en España lo dio el Cardenal Cisneros a finales de 1497, con ocasión de la celebración de su primer Sínodo provincial, celebrado en Alcalá de Henares, como arzobispo de Toledo (FERNÁNDEZ PÉREZ, E.A., 2014, 119). En otras civilizaciones se considera que existieron ciertos registros, tanto en la Grecia clásica, donde "Hay noticias de que en Atenas las fratrias llevaban un Registro, y que los jefes de familia debían comunicar todos los cambios que ocurrían en la casa para su debida consignación" (DE CASTRO Y BRAVO, 2008, 557), como en el imperio romano, pues se afirma que, "En Roma abundaron los Registros, y no parece dudoso que existieran para consignar el nacimiento, la defunción y la ciudadanía" (DE CASTRO Y BRAVO, 2008, 557).

Otro pequeño avance lo dieron los Borbones y su rígida burocracia, en el siglo XVIII donde se empieza a instaurar la regla del uso del primer apellido del padre y el segundo de la madre. Esta situación se consolidó con la promulgación de la Ley provisional de Registro civil de 17 de junio de 1870, inspirada en la constitución liberal del año anterior. Se buscaba la creación de un Registro Civil laico, distinto y alejado de los existentes en las iglesias.

Más adelante, se promulgó la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro civil (que entró en vigor el 1 de enero de 1959) y su Reglamento redactado por Decreto de 14 de noviembre de 1958. Como rezaba en el preámbulo de esta ley, "*En principio, también se ha seguido, en orden a los nombres y apellidos, el sistema tradicional*", lo que suponía seguir primando el apellido paterno sobre el materno, y, por eso, no se contemplaba la posibilidad de establecer preferentemente el apellido de la madre, salvo los hijos reconocidos solo por esta como determinaba el artículo 55, el cual fue modificado por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos, hablando por primera vez sobre "el orden de los apellidos para la primera inscripción" y que dicho orden podría ser alterado al alcanzar el hijo la mayoría de edad (art. 198). Este aspecto resultaba paradójico, ya que se dejaba aparte a la mujer, verdadera víctima de la discriminación y se dejaba "en manos de otra persona (el hijo) la evitación de la discriminación, lo cual es insólito" (VIVAS TESON, 2011, 7-8).

Por el Real Decreto 193/2000, de 11 de febrero (en adelante RD), más de veinte años desde la promulgación de nuestra Carta Magna, se modificaron diversos artículos de la Ley de 1957, continuando con idéntico postulado de prevalencia del apellido materno (art. 194), permitiendo la disposición transitoria única la "anteposición del apellido materno" para los hermanos de hijos menores de edad de un mismo vínculo. Es importante resaltar el cambio del artículo 58 de la Ley del Registro Civil, por Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que permite el cambio de apellidos cuando sea objeto de violencia de género (Profundiza en

este aspecto del cambio de apellidos por violencia de género el RD 170/2007, de 9 de febrero, por el que se modifica el Reglamento del Registro Civil).

Es significativo que por el citado RD 193/2000, se modificó el artículo 193 del Reglamento del Registro Civil (en adelante RRC), que aún pervive sorprendentemente y que mantiene la prevalencia del primer apellido paterno y determina que el segundo será el de la madre. Es urgente, una modificación de este precepto que contradice lo establecido en la LRC y en los preceptos constitucionales. Pero, además, se crea un problema adicional en los supuestos de matrimonios homosexuales formados por dos mujeres o dos hombres, pues en tales casos, ¿qué apellido debe imponerse en primer lugar?

Sorprende que pese a la promulgación de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LIMH), que imponía en su artículo 4 que "*La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas*", no se hubiese aplicado hasta el año 2017, saltando por los aires dicho principio informador. Realmente no existía una verdadera voluntad de cambiar el estatus quo reinante.

3. La Constitución Española de 1978

Nuestra Carta Magna no se pronuncia directamente sobre la imposición de los apellidos y sobre la prevalencia del apellido paterno sobre el materno, pero si fija unas pautas o principios que han ido inspirando las modificaciones de multitud de leyes, con el fin de acoplarlas a los nuevos vientos democráticos. No en vano, como refiere el artículo 1.1 de la Constitución Española (en adelante CE): "*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su Ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político",* consagrando el artículo 14 uno de los ejes principales que deben reinar en nuestra sociedad, esto es, la igualdad, estableciendo que "*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".* Es más, dando énfasis a lo expuesto y de gran utilidad para este trabajo, indica el artículo 32.1 que "*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica"*, afirmación que no deja lugar a dudas ni interpretaciones (*Vid*. Art. 39. 1 y 2, que abordan la protección social de la familia), dejando atrás definiciones anacrónicas como la del "buen padre de familia" que en diversos artículos recoge el Código Civil, referencia que incomprensiblemente pervive aún.

Y especialmente, el artículo 9.2 CE que se encuadra en el Título Preliminar y, por tal razón, es un principio informador del vigente ordenamiento, que consigna que "*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*".

Existe una Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2012, Sala Primera, de 15 de octubre de 2012 (BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2012), que aborda este tema, y aunque no admitió el recurso de amparo por problemas procedimentales dejó asentados algunos criterios dignos de tener en cuenta. En los antecedentes la citada Sentencia refiere que "*Tras hacer un recorrido en torno a la regulación legal del orden de los apellidos en caso de determinación de la filiación paterna y materna y sus sucesivas reformas, el Ministerio público afirma que el criterio legal de preferencia del apellido paterno sobre el materno previsto en el art. 194 del Reglamento del Registro Civil (RRC), en defecto de acuerdo entre los progenitores, "es frontalmente contrario al principio constitucional de igualdad y no discriminación por razón de sexo proclamado en el art. 14 CE (cfr. STC 39/2002, FJ 5)". Señala que la diferencia de trato que introduce la norma cuestionada es una reminiscencia de un modelo patriarcal de familia, basado en la concepción del padre como `cabeza de familia y, por tanto, en la preferencia de la filiación paterna en el orden de los apellidos. Modelo que en la actualidad debe considerarse totalmente caduco y obsoleto, y que está superado por nuestra realidad social y jurídica. Su mantenimiento en la norma reglamentaria (art. 194 RRC), si bien es fruto de una (larga) tradición histórica-social, plasmada normativamente, carece, en el momento actual, de toda justificación constitucional y de fundamente objetivo razonable y suficiente". Es más, a juicio del Ministerio Fiscal, "precisamente esta tradición social o cultural, que exteriorizaba un determinado modelo de familia, no puede ser utilizada como razón válida para mantener una situación de preferencia legal contraria a los valores constitucionales de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo que derivan del art. 14 CE*". El caso que trata la Sentencia citada, es un poco sangrante, pues versa sobre el reconocimiento de filiación no matrimonial del padre (que fue determinada) contra la madre, y el Juzgado de Primera Instancia ordena que se le dé a la menor el apellido del padre (cosa obvia) pero que se anteponga al de la madre.

Tras los altos estándares jurídicos de igualdad que preconiza la Carta Magna en todos los planos, con independencia de las circunstancias personales de los ciudadanos, como puede ser el sexo, tanto las normas relativas al Registro Civil y su Reglamento, como las contenidas en el articulado del Código Civil han ido,

paulatinamente, ajustándose a los valores de igualdad entre mujer y hombre, limando o perfilando las discriminaciones existentes.

4. La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, una ley para el siglo xxi

Efectivamente, la última Ley del Registro Civil, ha supuesto un avance en los métodos y sistemas adaptados a los nuevos tiempos y a los principios inspiradores de la Constitución Española. Igualmente, buscaba como reza de lo manifestado en su preámbulo un "progresivo abandono de construcciones jurídicas de épocas pasadas que configuraban el estado civil a partir del estado social, la religión, el sexo, la filiación o el matrimonio", pues la realidad social, política y tecnológica es completamente distinta a la de 1957.

Es más, como se desprende del tenor del Preámbulo V de la LRC 20/2011: "El nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos". Sin duda, un avance histórico en pro de la igualdad de los progenitores respecto a un tema tan importante y trascendente para la vida de las personas.

Esta Ley dio un giro en la actuación discriminatoria anterior y modificó el artículo 49.2 que prescribe: *"la filiación determina los apellidos. Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor".* Ciertamente, "La nueva regulación del orden de los apellidos del precitado art. 49.2, fomenta el acuerdo de los padres y, en caso de desacuerdo o silencio, suprime la histórica y arraigada prevalencia del apellido paterno frente al materno…. la citada solución legal constituye una conquista social y jurídica, en cuanto permite alcanzar las más altas cotas, dirigidas al pleno reconocimiento del principio de igualdad y de no discriminación por razón del sexo, en sede de apellidos …" (linacero de la fuente, 2012, 1611). Cabe criticar que el precepto señalado tuvo que esperar su entrada en vigor hasta 30 de junio de 2017, como estableció la Disposición final décima, surgiendo durante esos años diversas controversias.

Pese al avance, no se establece en la norma qué criterios debe tener el Encargado del Registro Civil para dilucidar "el superior interés del menor". Resulta interesante conocer que, por diversas enmiendas del precepto, se evitó que se impusiera el orden de los apellidos por orden alfabético u otras opciones de azar u optar por el apellido menos frecuente. Es evidente que, ahora se ha desjudicializado esta cuestión recayendo en los hombres del Encargo del Registro Civil la responsabilidad que, en buena lid, correspondería a los progenitores.

Estamos con los que afirman que habría que haberle dado a dicho funcionario unos parámetros de elección más objetivos que el interés superior del menor, al que luego nos referiremos. Sin duda, "El criterio rector que debe tener en cuenta el encargado para decidir el orden de apellidos es el principio del interés superior del menor, principio ampliamente consagrado en la legislación de menores. En dicho sentido, podrían establecerse en sede reglamentaria algunos criterios del citado interés e, incluso, contemplar expresamente la posibilidad de que, si el criterio del interés del menor no fuera determinante para decidir el orden, el encargado pueda acudir a un procedimiento aleatorio. En efecto, para decidir sobre el orden presumiblemente más favorable, el encargado puede tener en cuenta criterios como el apellido con mayor arraigo local o renombre social, siempre que sean positivos o que tengan connotaciones o resonancias históricas, culturales o artísticas, siempre que sean positivas. En su defecto, podrá atender otros criterios indiciarios del presumible interés del menor, como tener un contenido evocador más elevado, facilitar la identificación o tener carácter más eufónico" (LINACERO DE LA FUENTE, 2012, 5).

5. Regulación de los apellidos en el Código Civil

Es sabido que el Código Civil fue publicado en la Gaceta de Madrid (hoy BOE), de 22 de mayo de 1888. Desde esa fecha hasta ahora, ha experimentado grandes cambios en su articulado, sobre todo en los últimos cuarenta años a raíz de la promulgación de nuestra Carta Magna.

Es cierto que no abordaba en profundidad el asunto de los apellidos y, mucho menos, el orden de los mismos en la imposición a los hijos, pues siempre debía ir en primer lugar el del varón. Dentro del Título V "De la paternidad y filiación", abordaban este tema los arts. 114.1 y 134.1 CC que establecían "*Los hijos legítimos tienen derecho: a llevar los apellidos del padre y de la madre" y "El hijo natural reconocido tiene derecho: a llevar el apellido del que le reconoce".* Hoy esos preceptos tratan otros asuntos, pero es significativo, no solo la diferenciación y desigualdad existente respecto a la naturaleza de los hijos entre

legítimos y naturales, sino la supremacía del apellido del padre al de la madre en la imposición del primer apellido a su descendencia.

Adquirió una notable importancia la modificación del artículo 109 del Código Civil (en adelante CC) tras la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que dejaba atrás la referencia a los hijos legítimos en contraste con otros ilegítimos, permitiendo al mayor de edad alterar el orden de sus apellidos, y por eso, "Mientras que la sociedad española de 1981 consideraba repelentes, por discriminatorios por razón del origen de la filiación, los ignominiosos términos de hijo natural o ilegítimo, el tradicional uso del apellido paterno antes que el materno, igualmente discriminatorio, pero por razón de sexo, parecía no incomodar demasiado a esa misma sociedad" (QUICIOS MOLINA, Mª. S., 2021, 249-286). Dicho precepto sufrió un verdadero cambio, por la citada Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos, por el que, por primera vez, se permite a los progenitores "*decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral*". En la citada Ley 11/1981, se modificó el artículo 111 CC, indicando la pérdida del apellido del progenitor que hubiese sido condenado por sentencia penal firme o si la filiación hubiese sido judicialmente determinada.

III. SITUACIÓN ACTUAL RESPECTO A LA IMPOSICIÓN DE LOS APELLIDOS EN LOS DESCENDIENTES

1. Poca influencia de la normativa en el patrón tradicional de imposición del apellido paterno en los hijos

Todo lo concerniente a los apellidos de un individuo está meticulosamente regulado en la actualidad, reduciéndose a la mínima expresión la discrecionalidad reinante respecto a la imposición de los apellidos, quedando limitada la potestad de los progenitores al establecimiento del orden y, sustraída, a la libre voluntad de los mismos como indicó la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en lo sucesivo RDGRN) de 17 de octubre de 1996, al afirmar que "*la estabilidad del estado civil, y también de los apellidos como signo de individualización de la persona, impone la conclusión de que el cambio de éstos queda sustraída a la libre autonomía de la voluntad de los particulares, salvo casos excepcionales y taxativos determinados por la ley*".

En el epígrafe anterior, hemos constatado los notables avances legislativos que se han producido en España en la materia objeto de este trabajo, pese al sesgo pro varón de gran parte de las decisiones judiciales como tendremos ocasión de apreciar, pero de nada vale tener una legislación favorecedora de la alternancia

en igualdad de los progenitores si las nuevas generaciones y especialmente las mujeres no ejercitan tales derechos, perpetuando por decirlo así, la desigualdad y discriminación.

En la relación de cualquier pareja, matrimonial o no, cuando se espera el nacimiento de un bebé es frecuente que se pregunten mutuamente ¿Qué nombre le pondremos a la criatura? En respuesta, después de la enumeración de una retahíla de nombres pronunciados por ambos, generalmente deciden que si es niño se llamará de tal manera, y si fuese niña, le pondrán el nombre o nombres que más les agrada siguiendo las directrices prevenidas en el artículo 54 LRC, eso sí, debemos señalar que están obligados a realizar la inscripción en primer lugar los padres como preceptúa el artículo 43 LRC.

Pero contrariamente a lo anterior, los progenitores no suelen ni plantearse qué orden de los apellidos pondrán a su descendencia, si el primero de ellos será el paterno o materno, primando, en la generalidad de los casos, el apellido del padre por costumbre o simple tradición, sin tener en cuenta ninguna otra circunstancia. Resulta sorprendente, que habiendo pasado más de veinte años desde la promulgación de la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, que posibilitaba el orden de los apellidos, no exista un debate real entre las nuevas parejas en este asunto.

Es ilustrativo y ejemplarizante examinar cuales fueron las razones que impulsaron a modificar la regulación existente hasta esa fecha, y para eso, la exposición de motivos de la Ley 40/1999 expresa: "*La regulación existente en el Código Civil y en la Ley del Registro Civil en materia de orden de inscripción de apellidos ha venido a establecer hasta el momento presente la regla general de que, determinando la filiación los apellidos, el orden de estos será el paterno y materno; se reconoce también la posibilidad de modificar esta situación por el hijo una vez que haya alcanzado la mayoría de edad.*

Esta situación, que ya intentó ser cambiada con ocasión de la modificación del Código Civil operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, es la que se pretende modificar a la luz del principio de igualdad reconocido en nuestra Constitución y en atención a distintas decisiones de ámbito internacional adoptadas sobre esta materia. Baste recordar, en este punto, que el artículo 16 de la Convención de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979 prevé que los Estados signatarios tomen las medidas necesarias para hacer desaparecer toda disposición sexista en el derecho del nombre; que el Comité de Ministros del Consejo de Europa, desde 1978, establece en la Resolución 78/37 la recomendación a los Estados miembros de que hicieran desaparecer toda discriminación entre el hombre y la mujer en el régimen jurídico del nombre y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sancionado, en la sentencia de 22 de febrero de 1994

en el caso Burghartz C. Suisse, las discriminaciones sexistas en la elección de los apellidos.

Es, por tanto, más justo y menos discriminatorio para la mujer permitir que ya inicialmente puedan los padres de común acuerdo decidir el orden de los apellidos de sus hijos, en el bien entendido de que su decisión para el primer hijo habrá de valer también para los hijos futuros de igual vínculo, lo cual no impide que, ante el no ejercicio de la opción posible, deba regir lo dispuesto en la Ley."

A título informativo, según fuentes del Ministerio de Justicia, los bebés con el apellido de la madre en primer lugar ni siquiera llegan al 1% del total de nacidos en cinco años desde el año 2017 al 2021. Son 9.839 de 1.950.000, el 0,5%. Aquí lo importante no son las cifras, sino el inicio de una opción voluntaria y libre de los progenitores respecto al orden de los apellidos que impondrán a su prole. Todo en la vida tiene un punto de inicio sobre el que se debe cimentar las decisiones futuras que faciliten los derechos igualitarios en ambos sexos, por ello, baste recordar que, en el año 2010, solamente 1.546 bebes fueron inscritos con el apellido materno en primer lugar.

¿A qué obedece todavía la notoria primacía de la imposición del apellido paterno a los hijos respecto al materno?

Las estadísticas proporcionadas de los inscritos y la propia realizada entre los distintos segmentos de la población nos dan la respuesta. Revelan una carencia de cultura igualitaria o conocimiento de la Ley que permite anteponer el apellido materno. También, el peso de la costumbre o tradición y la falta de información generalizada en todos los ámbitos de la sociedad, especialmente en los ámbitos académicos desde la infancia, provoca que las nuevas generaciones ni se planteen este tema.

En este sentido, resulta paradójico que el Ministerio de Justicia siga refiriéndose a la antigua norma en el orden de los apellidos al establecer que "el sistema español de imposición de apellidos supone que una persona ha de llevar como primer apellido el primero del padre y como segundo el primero de la madre" (www.mjusticia.gob.es/es/Ciudadano/TramitesGestiones/Documents/1292427702809-Requisitos_de_la_inscripcion.PDF). Estos errores no se pueden visualizar y mucho menos por parte del órgano gubernamental responsable de promover la justicia en España.

No sirve de excusa el hecho de que en otros países importantes la mujer pierda su apellido por el de su esposo, supone lisa y llanamente una discriminación sin justificación en este siglo XXI, y, por esta razón, los ciudadanos españoles debemos alegrarnos de tener una normativa muy progresista y avanzada acorde a los tiempos que vivimos.

Nótese que este asunto no es baladí, los apellidos y el nombre de cualquier persona forman parte de su vida, de su identidad y singularidad, así como de su propia historia; vinculándole con sus progenitores y líneas genealógicas (*Vid*. art. 53 LRC), de tal forma, que "*el apellido constituye un auténtico patrimonio moral de la persona, "solo transmisible de padres a hijos", siendo irrenunciable e imprescindible, por su naturaleza y por su destino, a fin de no romper la unidad de la familia, fundamento capital de la sociedad, de la que viene a constituir el verdadero* principius urbis et quasi seminarium reipublicae*, por lo que no es susceptible de ser objeto de transacciones civiles, ni mucho menos mercantiles*" (STS de 13 de noviembre de 1965).

En nuestro ordenamiento se utiliza el doble apellido, no perdiendo la mujer el suyo al contraer matrimonio, por lo cual, los hijos han venido utilizando tras el nombre los primeros apellidos de sus progenitores, y, tras la repetida Ley 40/1999, de 5 de noviembre, se permitió a estos, alterar el orden de los apellidos de su descendencia, si lo acordaban de mutuo acuerdo, introduciendo un nuevo párrafo segundo en el artículo 109 CC con el siguiente tenor: "*Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley".*

El último párrafo del citado artículo 109 CC concede al hijo mayor de edad, por una sola vez, alterar el orden de sus apellidos. Es una facultad personalísima del hijo que sólo él puede ejercitar. En este aspecto, indica la RDGRN de 20 de mayo de 1993 al abordar el art. 109. 4 CC que "Este precepto postconstitucional, de cuya conformidad con los principios constitucionales y con los Convenios internacionales que rijan en España no es posible dudar, establece claramente un derecho personalísimo de los hijos para invertir sus apellidos por virtud de su sola declaración de voluntad que únicamente puede ejercitarse por los mismos a partir de la mayoría de edad y que, por consiguiente, no puede ser ejercitado en su nombre por los representantes legales de los menores de edad". Es una norma lógica, pues faltaría más, que el hijo beneficiado o perjudicado, en su caso, no pudiese hacer prevalecer su opinión personalísima al respecto, aunque esta posición tan clara para nosotros no encontró eco en algunos autores, con los que no compartimos en absoluto tal parecer anacrónico y fuera de lugar, por contrariar el principio fundamental de igualdad que impulsa la Constitución, la postura de algún jurista hace veinte años, que sostenía, que "*El artículo 109 del Código civil rompe pues ... con el esquema vigente de la legislación del Registro civil, en donde se señala la precedencia del apellido paterno sobre el materno, realidad de indiscutible arraigo en la idiosincrasia familiar española y que por unas discutibles consideraciones de no discriminar a la mujer se deroga*" (DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. 1984, 64), aunque hubo voces visionarias tendentes a

extender la posibilidad de elección en el momento del nacimiento, paliando así, la desigualdad entre los sexos.

Exige el actual ordenamiento español que los progenitores de común acuerdo puedan decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido a su descendencia, siempre antes de su inscripción en el Registro Civil. Hasta aquí, no podemos efectuar ninguna crítica, pues somos partidarios del dialogo, la libertad, la autonomía privada y el pacto, pero nos manifestamos plenamente disconformes con la solución adoptada por el Código Civil en caso de desacuerdo (MARTÍNEZ ORTEGA, J.C. 2014), pues en tal supuesto, "*regirá lo dispuesto en la Ley"* o, lo que es lo mismo, se impondrá en primer lugar el apellido paterno y relegará a un segundo lugar el apellido materno tal como figura en el artículo 194 RRC que, además, incomprensiblemente, aún no ha sido modificado evidenciando "una notoria resistencia de los aplicadores del derecho a dejar de aplicar la regla registral donde expresamente se mantenía esa preferencia en caso de falta de acuerdo" (QUICIOS MOLINA, Mª. S., 2021, 284): "*Si la filiación está determinada por ambas líneas y a salvo la opción prevista en el artículo 109 del Código Civil, primer apellido de un español es el primero del padre y segundo apellido el primero de los personales de la madre, aunque sea extranjera".* El precepto tal como se ha descrito, fue propuesto por el Partido Popular que se impuso a otras variantes y quedó plasmado en el RD 193/2000, de 11 de febrero, de modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro Civil en materia relativa al nombre y apellidos y orden de los mismos. Además, esta posibilidad existirá igualmente, como sucede en la mayoría de las ocasiones, por simple dejación del derecho de elección que, por acuerdo unánime, brinda a los progenitores la actual legislación española (este criterio se aplica igualmente a los que obtienen la nacionalidad española, como refiere la RDGRN de 25 de junio de 2007). Entendemos que debe primar, a falta de acuerdo, lo previsto en el artículo 49.2 LRC que establece en su párrafo segundo: *"En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor".* Es urgente, que se modifique el artículo 194 RRC para que nadie se pueda amparar en un precepto que no debe ser aplicado en ningún caso. Puede ser ejemplarizante la RDGRN de 22 de enero de 2016, que, tras la inscripción de un nacido por declaración del abuelo materno, autorizado por la madre, imponiéndole al nacido como primer apellido el materno, se accede a la petición del marido que pocos días después pide se aplique el artículo 194 RRC, dada la falta de acuerdo de los progenitores.

2. Determinación del interés superior del menor. Situación de los casos de reconocimiento de la paternidad sobrevenida

Es claro que, si recae sobre el Encargado del Registro civil la toma de decisión de qué apellido impondrá al menor por desacuerdo de los progenitores usará razones que no le generen al mismo en el futuro mofa o perturbación de ningún tipo, además de otras consideraciones.

En algunas ocasiones, la imposición del apellido materno en primera posición puede darse por conveniencia del padre al que puede interesar que su apellido no figure en primer lugar. Piénsese, por ejemplo, en un supuesto de filiación extramatrimonial en el que, pese a existir reconocimiento, el padre no desea que el menor ostente como primer apellido el propio, para lo cual, propondrá a la madre el acuerdo de inversión previsto en el artículo 109 Código civil. Pues bien, en tal caso, la negativa de la madre a prestar su consentimiento a ese acuerdo determinará la imposición por el Encargado del Registro Civil.

Pero ¿qué sucede cuando el menor al nacer no ha sido reconocido, por diversas circunstancias por el padre biológico? Que al bebé se le impondrán los dos apellidos de la madre tal como preceptúa el artículo 55 LRC, los cuales podrán ser permutados por el hijo al alcanzar la mayoría de edad. El problema surge cuando después de un tiempo el padre biológico reconoce al hijo, pues el reconocimiento de paternidad una vez probado exige que uno de los dos apellidos sea el paterno.

En este asunto, puede entrar en juego el derecho constitucional de protección integral de los hijos y del superior interés del menor (art. 39 CE), así como el derecho a la propia imagen del menor (art. 18.1 CE). Hay diversas sentencias del Tribunal Constitucional que aclaran y arrojan luz sobre este tema. Una de ellas, es la STC 178/2020, de 14 de diciembre (BOE nº 22, de 26 de enero de 2021), en la que tras las pertinentes pruebas periciales de paternidad se le declaró padre de la menor, habiendo fallado tanto la Audiencia Provincial de Madrid como el Tribunal Supremo en el sentido de imponer el primer apellido del padre a la hija y el segundo el primero de la madre, a lo que ésta se negó, interponiendo recurso de casación por los siguientes motivos: "*Como primer motivo se alega la infracción del art. 39 CE, en relación con la Convención de los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, y la Carta europea de los derechos del niño pues, dado que a la menor se la conoce por el apellido de su madre, el cambio de ese apellido por el del padre podría ocasionarle un grave perjuicio. Como segundo motivo, se denuncia que la sentencia recurrida habría infringido la doctrina jurisprudencial de los actos propios, vista la actitud del padre de la menor, quién conociendo el embarazo y el nacimiento de la menor, no la reconoció voluntariamente, ni otorgó relevancia a los apellidos de la pequeña hasta ese momento, por lo que*

había de afirmarse que actúa con claro abuso del derecho. Como último motivo de casación, se aduce la infracción de la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2015, relativa a la prevalencia del interés superior del menor en la decisión sobre el orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores".

El TC enfatiza en los fundamentos jurídicos que el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, según el artículo 3.1 de la citada Convención, y por todo ello, da la razón a la madre, preservando el primer apellido materno de la hija, indicando que se ha vulnerado el derecho a la propia imagen y a la protección integral de los hijos, principios básicos constitucionales que deben regular cualquier legislación. En este sentido, a la hora de imponer la prevalencia de un apellido sobre otro, el Encargado del Registro Civil debe "Contrastar con qué progenitor va a encontrar el menor esas pautas de estabilidad y seguridad en sus diferentes ámbitos de relación familiar, sanitaria, educativa y social, y, a partir de ahí, determinar ese relevante primer apellido que llevará el menor será una tarea relativamente sencilla" (CORERA IZU, M., 2018, 237).

Antes que la referida STC, debemos acudir otra vez, a la STC 167/2013, de 7 de octubre (BOE nº. 267, de 7 de noviembre de 2013), que trató sobre una demanda de juicio ordinario en reclamación de filiación no matrimonial, que siguió a un proceso penal previo por supuesto delito de violencia de género ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer en Barcelona. La filiación fue determinada y el órgano judicial declaró que había que alterar el orden de los apellidos, solicitando la madre que se mantuviera el primer apellido materno, ya que "el menor tiene cuatro años y ya se identifica" con el mismo socialmente. No existe acuerdo entre los progenitores y la Audiencia sostiene que debe preservarse el orden legal existente donde va el apellido del padre en primer lugar, hasta que el hijo sea mayor de edad.

La madre actuaba en nombre e interés de su hijo menor y "en la demanda de amparo la recurrente denuncia la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (arts. 14 CE) y el derecho a la propia imagen del menor (art. 18.1 CE), dado que las resoluciones judiciales impugnadas, tras haber determinado y declarado la filiación paterna de su hijo … ordenan la inscripción de los apellidos en el Registro Civil constando como primer apellido el del padre. Este orden de apellidos no ha tenido en consideración —a juicio de la demandante— ni la voluntad contraria de la madre, las circunstancias que han rodeado la vida de la menor desde su concepción, que el padre del menor fue

condenado por un delito de maltrato en la persona de la madre, ni que se trata de un derecho personalísimo que va unido a la imagen o a la voz del menor y que el niño ya se identifica con él (art. 18.1 CE)".

Ante ello, el Tribunal Constitucional alega que cuando la filiación se establece de forma sobrevenida, tiene consecuencias inherentes a los apellidos y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que el menor había venido utilizando el primer apellido de su madre desde su nacimiento y ser conocido por el mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar. Por eso, afirma rotundamente el TC que "*debió ponderarse especialmente el interés del menor y su derecho fundamental al nombre como integrante de su personalidad, a la hora de decidir sobre el orden de los apellidos, por lo que se concluye reconociendo la vulneración del contenido constitucional del art. 18.1 CE, invocado por la parte recurrente como infringido*".

Resuelve el TC reconociendo la vulneración del derecho a la propia imagen del menor, y anulando las sentencias anteriores, siguiendo los principios inspiradores de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, donde en su art. 8 establece que "*Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas*".

En suma, como han sostenido diversas sentencias del Tribunal Supremo, hay que justificar el beneficio del menor y que el cambio del apellido que venía ostentando, generalmente el materno, deberá conservarse (*Vid*. SSTS 651/2017, de 29 de noviembre y 658/2017, de 1 de diciembre).

Resulta evidente que, los menores, tienen derecho a ser oídos en todas las relaciones familiares que les afecten cuando "*tengan suficiente juicio*" (art. 92, 2 y 6 CC). En términos semejantes se expresan los artículos 9, 1 y 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LOPJM), que indica que "*el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias*", entendiéndose que el menor tiene suficiente madurez cuando tenga doce años de edad. Ese derecho a ser "*oído y escuchado*" forma parte del "*estatuto jurídico indisponible de los menores de edad*" (STC 64/2019, de 9 de mayo).

Es digno de destacar la importante Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de octubre de 2021 (Demanda nº 30306/13), que ha supuesto un espaldarazo al reconocimiento de la discriminación existente en España respecto al establecimiento del orden de los apellidos. Hay que aplaudir el coraje de una madre, Josefa León Madrid, que se rebeló contra la SAP de Palma

de Mallorca de 18 de septiembre de 2007, demandando al Estado Español, cuyo resultado ha tenido que esperar casi veinte años, pero bien está lo que bien acaba.

La demandante consideró que la normativa española era discriminatoria y que la asignación del orden de los apellidos debía tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso. Tras una relación de la demandante con un señor y tras una relación concluida, aquella supo que estaba embarazada y se lo comunicó a su expareja, quien, insistió enérgicamente para que interrumpiera el embarazo. Cuando dio a luz una niña fue inscrita en el registro civil con los apellidos de la madre. Al cabo de dos años el progenitor presentó una reclamación judicial de reconocimiento de la filiación, a la que se opuso la demandante.

El Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Palma de Mallorca estimó las pretensiones del recurrente, quien fue reconocido como padre biológico y lo más sorprendente, decidió que la niña llevaría, de acuerdo con la ley aplicable, el apellido del padre seguido del de la madre. La demandante recurrió y solicitó invertir el orden de los apellidos para que su apellido apareciera en primer lugar, cuyo recurso fue inadmitido. La AP consideró que a falta de acuerdo debía aplicarse el artículo 194 RRC que imponía el apellido paterno. En igual sentido se expresó el TS en auto de fecha 6 de octubre de 2009, pese a que se estaba vulnerando su derecho a la igualdad y a la no discriminación garantizada por el artículo 14 CE. Finalmente, el TC mediante sentencia de 25 de octubre de 2012, declaró la inadmisibilidad del recurso sin entrar en el fondo del asunto.

La resolución del TEDH, considera inaceptable la perpetuación de la discriminación entre hombres y mujeres e insta a los Estados miembros del Consejo de Europa a adaptar su legislación a los principios fundamentales sobre igualdad. Por eso, el TEDH rechaza los argumentos del Estado Español.

Se deja claro que no existe oposición a que la niña tenga el apellido del padre, sino a que este figure en primer lugar, basándose solo en el sexo, sin posibilidad de revisión y sin tener en cuenta las circunstancias particulares del caso, dejando evidente la discriminación contemplada en el artículo 194 RRC y exponiendo que la nueva LRC de 2011, establece que en caso de desacuerdo será el Encargado del Registro Civil quien determine ese primer apellido "*atendiendo al interés superior del menor*", dando énfasis a que el propio legislador español consideró necesario poner remedio a la situación discriminatoria existente en el momento de los hechos que se basaba en un modelo de familia patriarcal y obsoleto. Desde luego, "Ese interés superior no aparece definido. Su configuración y concreción habrá de determinarse en cada caso, en cada situación. Se conforma, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, en orden a su desarrollo físico, ético y

cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su efectividad junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente, con la protección de sus derechos fundamentales" (CORERA IZU, M., 2021, 196).

El TEDH resuelve que la madre y el padre de la niña fueron tratados de manera desigual sobre la base de una diferencia basada exclusivamente en el sexo, hecho contrario al artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en conjunción con el artículo 8, que contempla el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Asimismo, considera que la demandante ha sufrido un daño moral que no se repara únicamente mediante la constatación de vulneración de los preceptos citados, imponiendo una indemnización por daños morales más las costas procesales.

3. Cambio de apellidos por violencia de género

Refiere el artículo 54.5 de la actual LRC que "*Cuando se trate de víctimas de violencia de género o de sus descendientes que estén o hayan estado integrados en el núcleo familiar de convivencia, podrá autorizarse el cambio de apellidos sin necesidad de cumplir con los requisitos previstos en el apartado 2, de acuerdo con el procedimiento que se determine reglamentariamente*". En este aspecto, hay que tener muy presente lo preceptuado en el artículo 111 CC cuando expresa que el progenitor quedará excluido de la patria potestad cuando "*haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme*" o "*Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición*". Pero el siguiente párrafo, clave para este trabajo, añade "*En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal*". Como es lógico pensar, un maltratador o una persona que no ha querido reconocer a un hijo voluntariamente, sino que ha sido obligado judicialmente, no tiene obligación de llevar el apellido paterno salvo que lo solicite el hijo, y, mucho menos, ocupar la primera posición.

El legislador persigue con esta medida dos posibilidades: borrar la huella de llevar el apellido de un progenitor maltratador y, por otro lado, proporcionar seguridad mediante una orden cautelar judicial de alejamiento con el propósito de impedir al agresor localizar a las víctimas de violencia de género. Sin duda, una medida excepcional, urgente y protectora de las mujeres maltratadas y de los hijos que tenga bajo su custodia (art. 55 LRC), y, por esta razón, la publicidad del cambio de los apellidos queda en la esfera de la publicidad restringida que establece el artículo 83 c) LRC.

Sin embargo, estas medidas excepcionales no alcanzan a las víctimas de violencia de género extranjeras, que no podrán cambiar sus apellidos, pues tanto el nombre como los apellidos se rigen por la ley personal de la persona, tal como afirmó la RDGRN de fecha 7 de abril de 2001: "*Los órganos registrales españoles carecen de competencia para cambiar el nombre propio (o los apellidos) de ciudadanos extranjeros*". En cambio, sí sería factible, para los extranjeros que hubiesen obtenido la nacionalidad española.

IV. CAMBIOS DE APELLIDOS POR EL MAYOR DE EDAD

En España, rige el principio de cierta inmutabilidad de los apellidos que se imponen a los nacidos, por lo que la autonomía privada de la voluntad tiene un alcance limitado. Los progenitores tienen libertad para imponer en la primera inscripción el orden de los apellidos, pero una vez inscrito, escapa de su potestad invertir el orden establecido (*Cfr*. RDGRN de 19 de septiembre de 2019).

Aunque el último párrafo del art. 109 CC refiere que "*el hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de sus apellidos*", posibilitando reajustar la discriminación sufrida al establecer el orden de preferencia, plantea más inconvenientes que ventajas. El hijo que opta por alterar el apellido paterno por el materno tiene que realizar una procesión de cambios administrativos que, sin duda, desanimarán al interesado, en aspectos como, por ejemplo: laborales, documentales (D.N.I., carnets de clubes deportivos o culturales) o académicos (cambio en títulos), cambio en el censo electoral, cambio en los registros públicos como el de la propiedad, etc.

En este sentido, como refiere el Preámbulo V de la LRC de 2011, "s*e sistematiza y agiliza el procedimiento de cambio de nombres y apellidos y se somete, como regla general, a la competencia del Encargado del Registro Civil"*. Es decir, se debe facilitar el cambio de apellidos, sin trabas ni obstáculos, sin que el interesado deba justificar su decisión.

Como hemos apuntado anteriormente, el hijo al alcanzar la mayor edad, puede solicitar, por una sola vez, la posibilidad de alterar el orden de sus apellidos o incluso, solicitar la conservación de sus apellidos si se rectificase su filiación (art. 53, 5º LRC). El que solo se pueda modificar el apellido una sola vez, obedece al principio de seguridad jurídica, buscando "… *garantizar la estabilidad del nombre y de los apellidos, signos de individualización e identificación de la persona cuya modificación queda sustraída a la autonomía de la voluntad de los particulares salvo en los casos excepcionales y taxativos determinados por la Ley*" (*Vid*. RDGSJFP de 4 de marzo de 2020).

V. PACTO EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Durante la fase del noviazgo es normal el conocimiento de los pensamientos, sensibilidades y opiniones de cada partícipe en la relación, sobre algunos de los siguientes asuntos: dónde desean vivir, cuántos hijos quieren tener, si uno dejará su trabajo para dedicarse a las tareas domésticas o no, si bautizarán a sus hijos para que pertenezcan a alguna fe religiosa, qué régimen económico matrimonial regirá su matrimonio en la esfera patrimonial, etcétera. Por igual motivo, como decíamos anteriormente, entraría dentro de una relación normal el tratar el asunto del orden de los apellidos que pondrán a su descendencia, de tenerla.

Como sabemos, los futuros contrayentes, pueden pactar su régimen económico matrimonial con antelación a la celebración del matrimonio tal como dispone el artículo 1326 CC, debiendo constar para su validez en escritura pública (art. 1327 CC). Es evidente que los ciudadanos tienen la facultad dentro de su convivencia matrimonial y familiar de regular como estimen conveniente los pormenores de la misma, al amparo del artículo 1 CE que consagra el principio de libertad de los individuos a desarrollar su personalidad.

Procede destacar en este momento que, el contenido de los capítulos matrimoniales, no puede ser contrario "a las leyes o a las buenas costumbres o *limitativa de la igualdad de derechos* que corresponda a cada cónyuge" (art. 1328 CC). Es decir, que los acuerdos o pactos que se contengan en la escritura de capitulaciones matrimoniales pueden ser el vehículo idóneo para fijar la determinación del apellido que desean poner a sus hijos, si será el paterno o se antepondrá el primer apellido materno, porque tal decisión unánime es favorecedora de la igualdad de derechos que ensalza nuestra normativa y no merma la protección que debe dispensarse a los hijos. Efectivamente, como se ha dicho, "el jurista debe contemplarlos (los pactos capitulares), a mi parecer, con el criterio y sobre las bases que aquí quedan al menos apuntados. … buscando el ensamblaje perfecto de derechos y deberes" (GARRIDO DE PALMA, V.M., 1987, 40-41).

El que la escritura de capitulaciones matrimoniales recoja otros pactos "matrimoniales" que exceden al ámbito patrimonial está plenamente aceptado por la doctrina, apoyándose en la autonomía de los cónyuges "cuya voluntad en este sentido se deduce de su inclusión en la escritura de capitulaciones. Aunque sólo se regulan de modo expreso la mejora y las donaciones *propter nuptias*, su número, en principio es ilimitado" (MORENO-TORRES HERRERA, M.L., 1996, 902), lo que da cabida a contemplar el orden de los apellidos en el supuesto de tener descendencia común. Los pactos contenidos en los capítulos matrimoniales deben preservar la protección integral de los hijos que avala el artículo 39 de la Carta Magna, y respetar siempre el interés superior del menor.

¿Significa esto que el padre o la madre no podrán cambiar de opinión pese a haberlo aceptado en la escritura pública de capitulaciones matrimoniales?

Naturalmente que podrán hacerlo, y en este supuesto, el disconforme deberá acudir a la autoridad judicial para poder ejecutar el pacto asumido voluntariamente por ambos, pero "*de todas formas, si estimamos que el desacuerdo entre progenitores sería cuestión que se habría de resolver en sede judicial, el pacto previo al que nos referimos, aunque no resultase vinculante, sí que tendrá cierta relevancia a la hora de la decisión judicial*" (CREMADES GARCÍA, P., SAURA ALBERDI, B., Y TUR AUSINA, R., 2000, 10849), pues recordemos que las partes han suscrito libremente dicho contrato, que se enmarca dentro de la autonomía privada de su voluntad y que nadie puede ir contra sus propios actos, so pena, de haberlo suscrito con mala fe, lo que seguramente conduciría a la autoridad judicial a una resolución adversa a los intereses del incumplidor del pacto suscrito, totalmente lícito y acorde al orden público (FIGUEROA TORRES, M., 2016, 114).

Como sabemos, las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio (art. 1326 CC). Ello supone que, la pareja podrá acordar antes de contraer nupcias dichos extremos o una vez contraído, si aún no han tenido descendencia, ya que, como hemos indicado, la imposición del apellido al primer hijo marcará la imposición de sus restantes hermanos.

Sinceramente recomendamos, que no se deje el tratamiento de este asunto para el futuro. Una pareja puede y debe hablar de cualquier tema sin rubor, sin temor a lo que el otro piense. La vida en común exige conocimiento de los pensamientos y opiniones de la otra persona, usando empatía, en cualquier caso, siendo conscientes que tras una evaluación de los asuntos sincera e imparcial se adoptará la mejor de las decisiones.

VI. AFIANCEMOS LA IGUALDAD DE LOS PROGENITORES EN LA IMPOSICIÓN DE LOS APELLIDOS DE SU DESCENDENCIA

Desde la promulgación de la vigente LRC de 2011, en España es posible, sin discriminación por razón de sexo establecer el orden de los apellidos de los hijos por acuerdo de sus progenitores. No resulta muy igualitario poner, como regla general, el primer apellido del padre ni tampoco el de la madre. En este sentido, no parece extravagante traer a colación las palabras de la profesora QUICIOS MOLINA: "Pero como socialmente la preferencia del (apellido) paterno no ha sido todavía superada, porque un acuerdo consciente y deliberado entre los progenitores no es habitual, ¿habría que poner las piedras necesarias para conseguir una plena vigencia del principio de no discriminación? ¿Puede defenderse, como medida de discriminación positiva, la elección del apellido materno como prime-

ro de los del hijo en caso de falta de acuerdo entre los progenitores? A su favor militaría la sencillez de la opción legislativa basada en el principio *mater semper certa est*" (QUICIOS MOLINA, Mª. S., 2021, 284-285).

Si queremos avanzar en la igualdad de género, hay que prescindir irremediablemente de la histórica prevalencia del apellido paterno sobre el materno.

La verdadera igualdad, la real, se consigue paso a paso, aprovechando todas las posibilidades legislativas que la favorecen y ejercitando los derechos que consolidan dicha igualdad (MARTÍNEZ ORTEGA, J.C., 2017). Por ello, no hay que minimizar los temas o considerarlos irrelevantes. Mujeres y hombres somos iguales en derechos y obligaciones, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo, y, el que nuestra descendencia lleve el apellido paterno o materno sin consenso no puede sostenerse de ninguna manera.

¿Qué medidas pueden adoptar los progenitores a la hora de tomar una decisión?

En la tramitación parlamentaria de la LRC de 2011, se barajaron distintos criterios, entre los que podemos destacar:

- Anteponer el apellido menos frecuente de los dos posibles, porque "Muchas veces no se discrimina la procedencia femenina o no del apellido, sino que lo que se discrimina es la falta de importancia del apellido, ya que un apellido importante nadie lo quiere perder por mucho respeto que se quiera tener con la mujer, como ocurre lo contrario cuando el apellido es de los llamados corrientes, y sin importancia" (MARTÍNEZ LÓPEZ-PUIGCERVER, 2008, 31), o poner en primer lugar el apellido que estuviera en mayor riesgo de desaparecer, pues "habría que objetivar un criterio decisorio que permitiera incentivar el aspecto identificador del apellido que sea menos común y que, en consecuencia, tenga mayor capacidad individualizadora o identitaria. Frente a los millones de personas que, con todos los respetos, llevan como primer apellido el de García, Fernández, González, Rodríguez, López o Martínez, patronímicos de origen vasco sumamente extendidos en toda la nación española, probablemente habría que incentivar el uso de otros apellidos maternos o paternos en vía de extinción o en todo caso de escasa presencia en nuestra ciudadanía" (LASARTE ÁLVAREZ, C., 2012, 262).
- Poner en primer lugar el apellido que no sea malsonante o que pueda causar perturbación en los hijos.
- Seguir el orden alfabético, que es el patrón que se sigue en Francia, aunque este principio se nos antoja con menos fuerza que el anterior.
- Pueden recurrir al principio salomónico del azar y sortear el orden (TORRELLES TORREA, E, 2016, 206).

- Este nos parece un método justo. Como sostiene algún autor "hay que asumir que si se quiere una autentica igualdad entre los apellidos del padre y de la madre, y puesto que en la mayoría de los casos no existirán razones que puedan aconsejar un orden u otro, la solución que se adopte necesariamente debe tener un componente de aleatoriedad" (NAVARRO CASTRO, M, 2012, 730).
- La solución del sorteo la ha establecido el artículo 64 del Código civil y comercial de la Nación, en Argentina, donde al tratar el tema del orden de los apellidos indica "El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas". Ciertamente, no existe ningún sistema perfecto que despeje totalmente la prelación de un apellido sobre el otro, así como del mismo derecho que asiste a cada progenitor.
- Hacer que prevalezca el apellido del progenitor de más edad, cuyo criterio se nos antoja viciado desde su origen, ya que la edad no debe ser el criterio sobre el que se asiente la igualdad.

La determinación del orden de apellidos es crucial, ya que una vez inscrito para el mayor de los hijos el apellido elegido regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos (art. 109 CC).

Indudablemente, la "igualdad no debe ser únicamente formal, sino también real" (ROMERO COLOMA, A.M., 2013, 110) de nada sirven promulgar medidas legislativas tendentes a favorecer la igualdad si por parte de los poderes públicos y educativos no se enseñan las opciones de las personas tendentes a favorecer la igualdad en todos los aspectos de la vida.

El minimizar los temas pensando que existen otros más relevantes únicamente consigue frenar los avances, devaluar los preceptos e impedir que calen en el interior de los hombres y mujeres, especialmente de la juventud.

VII. CONCLUSIÓN

I. Tras escudriñar la actual normativa del Registro Civil en materia de filiación e imposición de los apellidos en los hijos, hemos podido verificar el notable avance legislativo español en la igualdad de género de los progenitores. Hemos tratado de aportar ideas y sugerencias que faciliten el pacto y la cultura de la paz entre los padres, que deben tratar todos los asuntos que afecten a su descendencia de forma razonable, buscando siempre, el bienestar e interés superior de sus hijos.

II. El nombre y apellidos fijan la identidad de las personas. Es más, generalmente, el primer apellido es el más usado académica y profesionalmente, y por ello, la cuestión en el establecimiento del orden en los apellidos no es una cuestión baladí o ridícula.

III. Los progenitores tienen un amplio abanico de posibilidades para elegir, en plano de igualdad, el primer apellido de sus hijos —materno o paterno—, buscando siempre el mejor encaje del mismo en su descendencia (poco común, no mal sonante, singular, etc.), y en el supuesto de que ambos padres tengan apellidos comunes, pues optar por el que consideren más idóneo y, en caso de discrepancia, pues tal vez realizar un sorteo, evitando así, que un extraño (el Encargado del Registro Civil) elija por ellos.

Es evidente que no se trata de poner el apellido paterno o materno, sino que, en plano de igualdad, de común acuerdo, usando el dialogo pacífico y buscando siempre el interés del menor se adopte la mejor solución, entendiendo que siempre un apellido tendrá que ir por delante del otro.

IV. De nada sirve que las leyes busquen igualar los derechos entre mujer y hombre, si luego, ambos progenitores no inculcan en su prole, que los derechos solo se asientan en la sociedad si se ejercitan. No se trata de ser antagónicos los géneros, sino de sostener en todo momento iguales derechos en todas las facetas de la vida, también en la imposición de los apellidos. No se pueden dar por sentados los temas.

V. Finalmente, queremos hacer una llamada de atención a superar viejas tradiciones propias del patriarcado que ha imperado en la sociedad desde siglos y subirnos al tren de la modernidad, que hace a las mujeres y a los hombres más libres e iguales en todos los aspectos vitales, y desde luego, el establecimiento del orden de los apellidos en los hijos es un síntoma de tal igualdad de género, que merece ser tratado con calma y sin discriminación por parte de los progenitores.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- RDGRN de 20 de mayo de 1993.
- RDGRN de 17 de octubre de 1996.
- RDGRN de 25 de junio de 2007
- SAP de Palma de Mallorca de 18 de septiembre de 2007.
- STC 176/2012, Sala Primera, de 15 de octubre de 2012.
- STC 167/2013, de 7 de octubre.
- RDGRN de 22 de enero de 2016

- STS 651/2017, de 29 de noviembre.
- STS 658/2017, de 1 de diciembre.
- STC 64/2019, de 9 de mayo.
- RDGRN de 19 de septiembre de 2019.
- RDGSJFP de 4 de marzo de 2020.
- STC 178/2020, de 14 de diciembre
- RDGRN de fecha 7 de abril de 2001,
- STEDH de 26 de octubre de 2021.

IX. BIBLIOGRAFÍA

BATLLE, M. (1931). El derecho al nombre. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 159.

CORERA IZU, M. (2018). El nombre y los apellidos en la `nueva` Ley Registral". *Revista Aranzadi Doctrinal*. Núm. 3.

— Comentarios a la sentencia de 26 de octubre de 2021 del TEDH sobre la regulación de los apellidos en España". (2022). *Revista Aranzadi Doctrinal*. Núm. 3.

CREMADES GARCÍA, P., SAURA ALBERDI, B., Y TUR AUSINA, R. (2000). La alteración en el orden de los apellidos. Aspectos constitucionales y civiles de una reforma legislativa". *Revista general de Derecho*.Núm. 672.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (2008) *Derecho civil de España. Volumen II* (Reedición del Tomo II, editado por el Instituto de Estudios Políticos en 1952). Madrid. Cívitas.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M (1984). Comentario de los artículos 108 a 111 del Código Civil" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo III, Vol. 1º, Madrid.

FERNÁNDEZ PÉREZ, E.A. (2014). *El nombre y los apellidos, su regulación en Derecho español y comparado*. Tesis doctoral. Universidad de Sevilla.

FIGUEROA TORRES, M. (2016). *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura.* Madrid. Editorial Dykinson.

GARRIDO DE PALMA, V.M. (1987). Las capitulaciones matrimoniales en el Código Civil". *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. Núm. 5.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2012). *Derecho de familia*. Madrid. Marcial Pons.

LINACERO DE LA FUENTE. (2012). El principio de igualdad en el orden de transmisión de los apellidos. El art. 49 de la nueva Ley del Registro Civil, *Actualidad Civil*, Nº 15-16, Sección A Fondo, tomo 2, Editorial LA LEY.

LOPEZ JARA, M. (2016). El orden de los apellidos en los supuestos de filiación determinada judicialmente. El superior interés del menor*". LA LEY. Derecho de Familia*. Nº 9. Editorial Wolters Kluwer.

MARTÍNEZ LÓPEZ-PUIGCERVER, E (2008). La mujer y sus apellidos: de la alegría de trasmitirlos (Ley 40/1999), a la tristeza del cambio y pérdida de los apellidos de la mujer víctima de la violencia de un hombre (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre), en *Diario La Ley,* Nº 6974, Sección Doctrinal, 24, Editorial LA LEY.

MARTÍNEZ ORTEGA, J.C. (2014). La igualdad matrimonial empieza por la opción de ambos progenitores a alterar el orden de los apellidos de sus hijos. *Newsletters del Consejo General de la Abogacía*. Fecha de publicación: 13 de octubre de 2014. https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/la-igualdad-matrimonial-empieza-por-la-opcion-de-ambos-progenitores-a-alterar-el-orden-de-los-apellidos-de-sus-hijos/.

— España precursora en la igualdad matrimonial en el orden de transmisión de los apellidos en los hijos" (2017). *El Notario del siglo XXI*. Nº 76. Colegio de Notarios de Madrid. Fecha de publicación: noviembre 2017. https://www.elnotario.es/practica-juridica/8194-espana-precursora-en-la-igualdad-matrimonial-en-el-orden-de-transmision-de-los-apellidos-en-los-hijos.

MORENO-TORRES HERRERA, M.L. (1996), Contenido y concepto de las capitulaciones matrimoniales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 632.

NAVARRO CASTRO, M. (2012). Comentario al art. 49 LRC 2011. *Comentarios a la Ley de Registro Civil,* COBACHO GÓMEZ., J.A. / LICEÑENA IBARRA, A, Thomson Reuters Aranzadi.

QUICIOS MOLINA, Mª. S. (2021). Orden de los apellidos; autonomía privada, interés superior del menor y no discriminación por razón de sexo. *Derecho Privado y Constitución*, *39*.

ROMERO COLOMA, A.M. (2013). El derecho al nombre y los apellidos como derecho fundamental de la persona. *Revista Jurídica del Notariado*.

TORRELLES TORREA, E. (2016). La elección del orden de los apellidos por parte de los progenitores y los criterios de determinación a falta de acuerdo de la Ley de Registro Civil de 2011. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.* Nº 753.

— ¿Algún resquicio discriminatorio en la actual regulación del orden de los apellidos? La nueva regulación en la Ley Registro civil de 2011.*Construyendo la igualdad. La feminización del derecho privado*. Dir. TORRES GARCÍA. T. Tirant lo blanch. Valencia, 2017.

VIVAS TESON, I. (2011). Las transformaciones del Derecho de Familia Español desde una perspectiva de género: la esperada y anunciada reforma de los apellidos, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 3, número 1. La Ley, Buenos Aires.

Trabajo recibido el 28 de junio de 2024 y aceptado para su publicación el 7 de octubre de 2024

Actos de disposición realizados por un único cotitular o copartícipe en la comunidad hereditaria sobre el íntegro bien o derecho o atribuyéndose la representación del resto. Breve análisis doctrinal y jurisprudencial

Acts of disposition carried out by a single co-owner or co-participant in the hereditary community over the entire asset or right or attributing representation of the rest. Brief doctrinal and jurisprudential analysis

por

ANTONIO JESÚS NAVARRO VALIENTE

Registrador de la Propiedad y Mercantil

RESUMEN: La realización de actos de disposición realizados por un cotitular o coheredero, presentándose como propietario único de la cosa, o atribuyéndose un falso poder de representación, no es cuestión pacífica en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, habiendo sido objeto de numerosos estudios que han tratado de clarificar los efectos traslativos u obligacionales que se derivan de ello o el régimen de ineficacia aplicable al negocio celebrado. Ello exige hacer una breve referencia al sistema de transmisión de la propiedad inmobiliaria en Dere-

https://doi.org/10.36151/rcdi.2024.805.03

cho español y cómo el mismo determina la admisión de la venta de cosa ajena en nuestro ordenamiento.

ABSTRACT: The execution of acts of disposition carried out by a co-owner or co-heir, presenting himself as the sole owner of the thing, or attributing a false power of representation, is not a peaceful issue in the jurisprudence of the Supreme Court, having been the subject of numerous studies that have tried to clarify the transferable or obligatory effects that derive from it or the ineffectiveness regime applicable to the business concluded. This requires making a brief reference to the system of transmission of real estate property in Spanish Law and how it determines the admission of the sale of another's property in our system.

PALABRAS CLAVE: Actos de disposición. Cotitular o copartícipe. Coheredero. Efectos traslativos u obligaciones del contrato. Modos de adquirir el dominio. Venta de cosa ajena. Representación.

KEY WORDS: Disposal acts. Co-owner or co-participant. Coheir. Transferable effects or obligations of the contract. Ways to acquire the domain. Sale of someone else's property. Representation.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. BREVE IDEA DEL CARÁCTER OBLIGACIONAL DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA.—III. EL ACTO DISPOSITIVO EN LA COMUNIDAD DE BIENES.—IV. ACTOS DE DISPOSICIÓN REALIZADOS POR UNO SÓLO DE LOS COPROPIETARIOS. IV.I. Sentencias que decretan la nulidad de la venta realizada por uno solo de los copropietarios. IV.II. Sentencias que declaran la validez del contrato como generador de obligaciones.—V. ACTOS DE DISPOSICIÓN REALIZADOS POR UNO DE LOS PARTÍCIPES DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA. V.I. Sentencias que niegan eficacia a la venta celebrada por uno sólo de los coherederos sin concurso de los restantes. V.II. Sentencias que admiten la validez, a efectos obligaciones, de la venta celebrada en estos casos.—VI. ACTOS DE DISPOSICIÓN REALIZADOS POR UN COPROPIETARIO ATRIBUYÉNDOSE LA REPRESENTACIÓN DEL RESTO. VI.I. Atribución falsa o errónea del poder de representación. VI.II. El supuesto del representante aparente. VI.III. En la llamada representación indirecta.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La realización de actos dispositivos por un condómino respecto de su cuota se encuentra plenamente admitida, partiendo de la consideración de la comunidad ordinaria como comunidad romana[1] o por cuotas, en el artículo 399 del Có-

digo Civil. Distinta consideración merece la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria, cuya configuración ha sido objeto de profundos debates doctrinales. La ausencia de regulación al respecto en nuestro Código Civil ha contribuido a la controversia sobre si nos encontramos ante una comunidad romana[2] o germánica o bien ante una *universitas*[3]. Para DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS[4], "la cuestión no admite una solución perfectamente clara", entendiendo que la comunidad hereditaria ni se ajusta a la llamada comunidad germánica, que determina la inexistencia de cuotas y de la *actio communi dividundo*, ni a la comunidad romana u ordinaria[5], porque mientras se perpetúe la situación de indivisión, la titularidad de los bienes es consorcial. Sobre esta cuestión incidiremos más adelante al referirnos a los actos dispositivos realizados por uno sólo de los partícipes de la comunidad hereditaria.

Ya nos encontremos ante un supuesto de comunidad ordinaria o de comunidad hereditaria, ya configuremos esta última como romana o germánica, la cuestión debatida se concreta en determinar qué efectos produce el acto de disposición realizado por uno sólo de los copartícipes o coherederos sobre la totalidad del bien poseído en común. Las posiciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto oscilan desde entender que el acto es radicalmente nulo a la anulabilidad, existiendo posturas que defienden la nulidad relativa, mientras que la jurisprudencia ha ido variando su criterio, admitiendo efectos obligacionales al supuesto que planteamos, pero sin fijar un criterio uniforme que aporte algo de luz a la cuestión debatida.

Igualmente, debe valorarse la eficacia que se deriva de un contrato traslativo celebrado por un *falsus procurator* o por quien afirme tener el poder de representación del resto de copropietarios del objeto transmitido, o incluso habiendo contado con poder de representación, el cual ya se encuentre extinguido.

Ello exige analizar los caracteres esenciales del contrato de compraventa y cuál es el concreto régimen de obligaciones que conlleva, enlazando lo anterior con el sistema español de transmisión del dominio.

II. BREVE IDEA DEL CARÁCTER OBLIGACIONAL DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Dentro de la tradicional distinción entre negocios de administración y de disposición, el contrato de compraventa (al igual que otros que impliquen transmisión o constitución de un derecho real o gravamen) se incardina entre estos últimos, los cuáles pueden ser definidos en un sentido muy general, con DÍEZ PICAZO[6], como "aquellos por medio de los cuales un derecho subjetivo actualmente existente es inmediatamente transformado, modificado o extinguido".

En el contrato de compraventa, el vendedor se obliga a entregar la posesión de la cosa vendida al comprador a cambio de un precio[7] y se perfecciona cuando ambos contratantes, vendedor y comprador, hubiesen convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.450 del Código Civil, no exigiéndose la entrega material del objeto transmitido para su perfección. Este carácter consensual es reconocido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia de 14 de junio de 1997[8], que de manera rotunda proclama que "El contrato de compraventa, por su naturaleza estrictamente consensual, sólo produce efectos meramente obligacionales entre las partes que, para el vendedor, se concretan en la obligación de entregar la cosa vendida, la cual, por el mero hecho de la celebración del contrato, no pasa al dominio del comprador, pues para que dicho efecto traslativo se produzca es requisito indispensable que, de acuerdo con la teoría del título y el modo que rige en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 609 y 1095 del Código Civil), se le haga entrega de la cosa vendida mediante alguna de las formas de tradición (modo)".

Sin embargo, no es cuestión pacífica la relativa a si el vendedor viene obligado o no a transmitir la propiedad de la cosa vendida[9], pese a la rotundidad en que se manifiesta el Alto Tribunal a la vista de la sentencia anteriormente citada. DÍEZ PICAZO señala cómo no existe mención en el Código Civil que prohíba al vendedor obligarse a transmitir la propiedad de la cosa vendida, entendiendo que esto último es precisamente "lo que sucede en el tráfico normal y ordinario, hasta el punto de que debe estimarse que es una de las obligaciones que integran el contrato de compraventa, fundada en los usos"[10]. Cuando nuestro Código Civil señala que en virtud del saneamiento el vendedor responderá al comprador "de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida", ello implica que el traspaso posesorio debe estar basado en un título que justifique dicha posesión "legal", título que no puede ser otro que el de dueño, añadiendo MORENO MOCHOLÍ, "pues no es dable confundir la legalidad de la posesión con la protección legal del hecho posesorio. Esta respeta la apariencia de un derecho por el ejercicio de su contenido; aquélla exige que ese contenido descanse en una justa causa, en un título que ha de ser el de propiedad, pues la posesión al transferir es definitiva y abarca la realidad de todas las facultades dominicales, dado que la limitación implica en todo momento determinación precisa de su contenido, y mientras no se detalla, hay que entender que esa entrega de la cosa, esa posesión a conferir, ha de ser plena e incondicional"[11].

Estas ideas eran recogidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en sentencia de 4 de junio de 1928[12] declaró que "nuestro Código civil, al definir el contrato de compraventa en su artículo 1.445, dice con alguna impropiedad que se obliga a entregar la cosa y no que se transfiere el dominio cuando la na-

turaleza del contrato es precisamente la transferencia de la propiedad, aunque sea necesaria la entrega de la cosa; y en otros pasajes se dice que son modo de adquirir los contratos mediante la tradición, pero este modo derivativo tiene lugar en la forma y manera que determinan los artículos 1.462, 1.463 y 1.464 del mismo Cuerpo legal".

Sin embargo, paulatinamente, se ha ido abriendo paso la postura contraria, favorable a afirmar el carácter meramente consensual y generador de obligaciones del contrato de compraventa. El mismo Tribunal Supremo, en fechas no muy posteriores a la sentencia que se acaba de citar, afirmó que "aunque la jurisprudencia patria venga dando una cierta holgura y flexibilidad a las obligaciones esenciales del vendedor o transmitente a título oneroso, limitadas, según el texto literal de los artículos 1.461 y 1.474 del Código civil, a la entrega de la cosa objeto de la venta o del contrato de tipo traslativo y al saneamiento o garantía en los casos específicos de la evicción y de los vicios ocultos, llegando así este Supremo Tribunal a ciertas soluciones en las que se amplía prudentemente el contenido de la obligación de entrega (por ejemplo, en las sentencias de 26 de junio de 1924, 4 de junio y 8 de marzo de 1929), o se reconoce el juego, dentro de ciertos límites, de aquellas obligaciones auxiliares o complementarias, sin las cuales quedaría frustrada la finalidad de los contratos traslativos y sus efectos registrables (sentencia de 23 de octubre de 1934), no es lícito derivar de ello la existencia de una amplia obligación legal para garantizar la perfecta titularidad de la cosa objeto que es del contrato, en un país como el nuestro, en que ni los textos legales imponen una absoluta y rigurosa garantía de los vicios jurídicos, ni los usos del tráfico permiten siempre que se entienda implícitamente pactada esa responsabilidad"[13].

Pese a que la finalidad traslativa es propia del contrato de compraventa, vemos cómo jurisprudencia y doctrina han evolucionado hasta afirmar y dejar establecido el principio de su carácter meramente consensual y generador de obligaciones. De otro modo, no tendría sentido la obligación de saneamiento por evicción que corresponde al vendedor, aun en el caso de existir una mera amenaza de perturbación (artículo 1.502 del Código Civil), así como tampoco la exigencia de un "justo título" para lograr la prescripción ordinaria del dominio, a que se refiere el artículo 1.940 de nuestro Código.

Así configurado, el contrato de compraventa, entendido como acuerdo de la voluntad dispositiva de vendedor y comprador, no conlleva, por sí mismo, un traspaso dominical, sino que es uno de los contratos que, junto con la tradición, hacen surgir el dominio en el adquirente (artículos 609 y 1.095 del Código Civil). Nuestro Derecho, como es sabido, acoge la teoría del título y el modo en el sistema de adquisición del dominio y demás derechos reales inmobiliarios, pudiendo entenderse incorporada al mismo la máxima latina *traditionibus et usu-*

capionibus dominia rerum, non nudis pactis fransferentur. Existiendo el título, o justa causa de la adquisición, la entrega posterior (modo), es considerada por GIMÉNEZ ROIG[14] como un hecho condicionante, condición legal o *conditio iuris*, suspensiva de la plena efectividad del contrato; transmisión y obtención de la posesión en concepto de dueño que se dará bien voluntariamente, mediante tradición, o bien por ejecución judicial, conforme al artículo 1096.1 del Código Civil. Esta obligación de entrega consiste en poner en poder y posesión del comprador la cosa vendida, como resulta del artículo 1.462 del Código Civil y refuerza el carácter consensual del contrato[15], tratándose del cumplimiento de una mera obligación de dar, cuya satisfacción determinará la transferencia dominical por efecto de la tradición, debiéndose respetar los requisitos de capacidad y libre disposición de la cosa debida contenidos en el artículo 1.160 del Código para entender cumplida la finalidad solutoria de la entrega. Mientras esta entrega no se produzca, el comprador gozará de un derecho de crédito y podrá reclamar del vendedor el cumplimiento del contrato. Esta libre disposición de la cosa debida es esencial para efectuar el proceso traditorio, de tal manera que su falta en el momento de formalización de la entrega (ya sea real o ficta) determinará que no se producirá la transmisión del dominio, si bien podría servir al adquirente para adquirir la posesión de la cosa, que podrá adquirir en virtud de usucapión[16].

Mientras no se cumpla aquélla condición, la de entrega, a la que se supedita la plena efectividad del contrato de compraventa, entiende MÉNDEZ GONZÁLEZ[17] que el comprador ostenta una situación privilegiada frente a adquirentes posteriores del mismo bien, aunque hayan tomado efectivamente posesión de la cosa, siempre a salvo los derechos de aquél que haya obra de buena fe, una suerte de *ius ad* rem, del cual afirma que "es una facultad que emana del negocio obligatorio y que otorga al titular el derecho a exigir la entrega de una cosa proporcionándole una protección especial contra posibles actos de disposición del deudor, que se opongan a su obligación de entrega".

Toda esta construcción permite distinguir la eficacia meramente obligacional del contrato de los efectos jurídico-reales derivados del mismo. Existiendo un contrato de compraventa que contenga los requisitos enumerados en el artículo 1.261 del Código Civil, existirá una justa causa para el adquirente y una obligación para el transmitente, pudiendo el primero exigir su cumplimiento, mediante la entrega de la cosa comprada, perfeccionándose así el fenómeno transmisivo siempre que el transmitente ostente un poder de disposición sobre la cosa que provoque el desplazamiento patrimonial pretendido por las partes. En ausencia de este poder de disposición, además de la posibilidad, ya apuntada, de adquirir el dominio por prescripción adquisitiva, o a través de una adquisición *a non domino*[18], el comprador tendrá acción para reclamar del vendedor el cumplimiento

del contrato o su resolución, aunque sobre este extremo nos pronunciaremos más adelante.

III. EL ACTO DISPOSITIVO EN LA COMUNIDAD DE BIENES

Establecer los perfiles del sistema transmisivo en nuestro Derecho, a través de la teoría del título y el modo, no es cuestión baladí, pues la evolución jurisprudencial tiene presente esta construcción para tratar de encontrar una solución a una cuestión que, por su complejidad, no admite un remedio pacífico, debiendo conjugarse los distintos intereses contrapuestos y la posibilidad de alegar una ineficacia contractual, cuya delimitación y alcance no es sencilla, tal y como se pone de manifiesto en las distintas sentencias que sobre la cuestión tratada se han dictado.

La copropiedad, como especie del género comunidad, entendida como comunidad romana o por cuotas, según lo manifestado anteriormente, exige una conceptuación de su naturaleza jurídica; dejando a un lado las distintas construcciones doctrinales que sobre el particular se han elaborado, por no constituir objeto de este estudio, entendemos, con BELTRÁN DE HEREDIA[19], que la teoría que mejor se ajusta a la construcción que se hace del condominio en nuestro Derecho positivo es la teoría de la *propiedad plurima total*. Según ella, "en la copropiedad debe verse la concurrencia de varios derechos de propiedad sobre toda la cosa; al ser derechos sobre la totalidad de ésta, se diferencia del simple concurso o concurrencia de derechos, con delimitación del objeto en partes concretas o materiales. El derecho de propiedad, no está, por tanto, dividido en partes materiales o ideales, sino que cada copropietario tiene un derecho de propiedad pleno, en cuanto a su extensión, igual al derecho de propiedad exclusivo, cualitativamente. Pero, al estar limitado cada uno de ellos, en su ejercicio, por la coexistencia de otros tantos derechos iguales, resulta diverso cuantitativamente, es decir, en cuanto a intensidad del derecho de dominio exclusivo. De este modo, el derecho de propiedad, en la copropiedad, se transforma, por así decir, convirtiéndose en varios derechos de propiedad que coexisten sobre el mismo objeto".

Es decir, no estamos ante derechos de propiedad parciales sobre la cosa. Son derechos plenos, sobre toda la cosa, pero limitados en su ejercicio por la existencia de los derechos del resto de copropietarios, de tal manera que el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de propietario tendrá el límite cuantitativo derivado de la coexistencia de otros tantos derechos igualmente plenos en su contenido y extensión.

Para organizar esta concurrencia de derechos de propiedad exclusivos sobre una misma cosa se hace necesario fijar la proporción o medida en que concurren

los distintos titulares, determinándose la cuota que corresponde a cada partícipe, tanto en los beneficios como en las cargas, en los términos del artículo 393 del Código Civil.

Sobre la cosa común, cada copropietario puede disponer de su derecho sobre la misma, siendo cuestión controvertida cuál es la regulación que nuestro Código hace respecto de los actos dispositivos realizados sobre la totalidad de la cosa común.

BELTRÁN DE HEREDIA[20] entiende que a esta materia el Código Civil dedica únicamente un precepto, el artículo 397, que aunque alude a *alteraciones*, ello debe entenderse en un sentido amplio, no comprensivo únicamente de alteraciones de índole material[21], sino también de alteraciones jurídicas, incluidos los actos dispositivos que "suponen la producción de un cambio en el uso y disfrute o en la sustancia e integridad de la cosa, que pueden modificar el destino y la naturaleza de ésta, y que significa una extralimitación de las facultades que legalmente corresponden a cada copropietario"; mientras que el artículo 399 regula la realización por el copropietario de actos de disposición sobre su derecho de copropiedad (o sobre su cuota, si se quiere entender así).

Sin embargo, no comparte este criterio MIQUEL GONZÁLEZ[22], a quien sigue ESTRUCH ESTRUCH[23], considerando que la norma rectora en esta materia viene constituida por el artículo 399, sobre la base de distintos argumentos entre los que cabe destacar la interpretación literal del propio artículo 397, por lo imprecisa de su redacción, entendiendo que la redacción del artículo 399 permite afirmar que el acto de disposición realizado por uno solo de los comuneros es válido, aun extralimitándose en cuanto al ámbito de su poder dispositivo, pues precisamente quedan salvaguardados los derechos del resto de copropietarios, y ello, porque el efecto de la enajenación, con relación a los mismos, estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad; que la aplicación del artículo 397 conduciría a afirmar como algo distinto el acto de disposición de la cosa al acto de disposición de todos los derechos de copropiedad sobre la misma; y que entender aplicable el artículo 399 a los actos dispositivos sobre la cosa poseída en común permitiría establecer una coherencia con el régimen del artículo 597, que regula el establecimiento de servidumbres sobre un fundo indiviso. La dicción de ambos preceptos permite a ESTRUCH ESTRUCH afirmar la validez obligacional del acto de disposición realizado por uno sólo de los comuneros, quedando condicionado su eficacia jurídico-real a la definitiva adquisición íntegra de la finca por el concedente o al posterior asentimiento sucesivo del resto de copropietarios al acto dispositivo.

Establecidas estas dos posiciones fundamentales, debe ponerse de relieve que normativamente, el único tipo de comunidad regulada en el Código Civil es la comunidad ordinaria o romana. Pese a la prolija regulación que se hace de

la comunidad ganancial o de la partición hereditaria, lo cierto es que no existe norma que permita afirmar, de manera indubitada, cuál es la naturaleza jurídica de estas situaciones. Con BELTRAN DE HEREDIA, puede decirse que su origen debe buscarse en el vínculo existente entre los partícipes de un mismo grupo familiar, que implica la existencia de un patrimonio que se transmite en bloque a los sucesores, siendo una tipo de comunidad que lleva aparejada dificultades en su construcción teórica, pues en tales supuestos, "sería preciso recurrir a fórmulas doctrinales verdaderamente extrañas, como la del destino de un patrimonio a los fines colectivos de los comuneros en cuanto colectividad y no como individuos" para explicar la naturaleza jurídica de tal comunidad, construcción jurídica que torna difícil atendiendo a los principios rectores de los ordenamientos actuales, "fuertemente inspirados en el Derecho romano"[24].

En nuestra opinión, y siguiendo la doctrina tradicional, encabezada por BELTRÁN DE HEREDIA, y sobre la base de que en el articulado del Código Civil no se contiene una regulación específica de aquellos supuestos que doctrinalmente han sido calificados como supuestos de comunidad germánica, podemos distinguir:

a) el acto dispositivo sobre la cosa común, que se encuentra regulado en el artículo 397; ahora bien, debiendo entenderse como actos de disposición de todos los derechos de copropiedad sobre la misma, pues sólo la concurrencia de todos los poderes dispositivos producirá el efecto traslativo pleno, si el negocio va acompañado de la necesaria tradición.
b) el artículo 399 en su primer apartado, que regula el acto de disposición por uno de los copropietarios de su derecho de copropiedad aislado, de la cuota que le corresponde en el bien, entendida como un derecho de propiedad exclusivo, aunque limitado por la existencia del derecho de los demás condueños, y que sirve de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios de la cosa común. La consecuencia de la enajenación de la cuota, además de la posibilidad del ejercicio del derecho de retracto correspondiente al resto de comuneros, será que el adquirente ingresará en la comunidad, en la misma posición que el enajenante y con arreglo al porcentaje que, en relación con la totalidad de la cosa, representa la cuota de participación adquirida.
c) el inciso final del precepto, y compartiendo en este punto la afirmación de ESTRUCH ESTRUCH de que con él se afirma la validez del acto de disposición realizado por uno solo de los copropietarios (pero sólo a los casos contemplados en este inciso final y no, por tanto, a los supuestos de enajenación por uno sólo de los condueños en una copropiedad ordinaria), no debe entenderse como la norma reguladora de los actos de disposición sobre la totalidad de la cosa común, sino como una norma

de concreción de la eficacia del acto dispositivo a la parte que se le adjudique en la división al propietario o condueño enajenante; concreción que será innecesaria en aquellos supuestos de comunidad ordinaria o por cuotas sobre un único bien, en que ya se ha determinado aritméticamente la parte que corresponde a cada condueño en los beneficios y cargas. Por el contrario, la expresión contenida en la segunda parte del artículo 399 del Código Civil cuando dice que "el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se adjudique en la división al cesar la comunidad", debe entenderse referida a aquellos supuestos de comunidad que han venido a reputarse como supuestos que podríamos denominar de "comunidad universal", por recaer sobre una pluralidad de bienes y derechos, que se caracterizan por la ausencia de cuotas y no ser susceptibles de ejercicio de la *actio communi dividundo,* en particular, y como ejemplo más representativo de los mismos, nos referimos a la comunidad hereditaria.

El Código, como ya hemos dicho, sólo regula como forma de organización del condominio el romano o por cuotas. Las diferencias existentes entre la copropiedad ordinaria y otros supuestos considerados como una *universitas*, fundamentalmente la sociedad de gananciales y la comunidad hereditaria, encuentran su fundamento en la vinculación familiar, más o menos intensa, que existe entre los partícipes[25], según la opinión que hemos hecho propia de BELTRÁN DE HEREDIA.

Así, en el condominio ordinario, los integrantes no tienen por qué estar ligados por vínculo alguno, pudiendo originarse el proindiviso por la concurrencia de derechos distintos sobre una misma cosa que proceden de actos y negocios absolutamente independientes y desconectados entre sí. Por eso el Código regula la acción de división en estos casos, entendiendo que se trata de una situación caracterizada por su transitoriedad, y regula el régimen de los actos de administración y disposición, sujetando los primeros a un régimen de mayorías (artículo 398) y el segundo a un régimen de unanimidad (artículo 397), que no serán siempre fáciles de alcanzar, especialmente en aquellos supuestos en que un tercero extraño a la inicial configuración del condominio entre a formar parte del mismo.

En la comunidad hereditaria, la vinculación familiar entre los condueños y el origen de esta situación de cotitularidad sobre el patrimonio hereditario, configurado como una universalidad, implica que esta cotitularidad no viene referida a bienes singulares, sino a la totalidad de la herencia; no existen cuotas sobre bienes concretos. Pese a existir esa especial vinculación familiar (o un llamamiento conjunto por el testador, pese a no existir vínculos de parentesco), es una situación también llamada a extinguirse, pues a los integrantes de la comunidad hereditaria[26] (herederos, legitimarios y legatarios de parte alícuota) les interesa

poner fin a la fase de indivisión. Por eso, y como veremos después, los herederos podrán pedir anotación preventiva de su derecho hereditario *in abstracto*, y podrán disponer del mismo. Pero la disposición de bienes o derechos singulares quedará, si se quiere utilizar esta expresión, "condicionada" a la efectiva adjudicación por el enajenante del concreto bien transmitido en el momento de producirse la división y adjudicación del haber partible.

Normativamente, esta interpretación guarda cierta similitud con la redacción que sobre la materia se ha hecho en Cataluña, en concreto en el Libro V de su Código Civil, referido a los derechos reales, que en su artículo 552-3 separa nítidamente al acto de disposición del cotitular sobre su derecho en la comunidad, pudiendo enajenarlo y gravarlo, del supuesto regulado en el apdo. 2 del mismo precepto cuando establece que "cada cotitular puede disponer del objeto indeterminado que le corresponderá en el momento futuro de la división. En este caso, mientras dura la situación de indivisión, el adquirente no se incorpora a la comunidad y, por lo tanto, no puede exigir la división".

Tratándose de la sociedad de gananciales, aquí la vinculación entre los partícipes, además de familiar (como es lógico), es voluntaria, no depende de un hecho extraño a la voluntad de los partícipes, al contrario que ocurre en la comunidad hereditaria, cuyo origen está en el fallecimiento del *de cuius*. Por ello, mientras esté vigente el matrimonio, el Código Civil no contempla en estos casos acción de división, y sólo procederá la misma cuando se produzca su disolución, en cualquiera de los supuestos previstos por los artículos 1.392 y 1.393. Dicho esto, sí es preciso advertir que el régimen dispositivo en estos casos no difiere sustancialmente del regulado en los artículos 397 y 399 del Código Civil. Así, para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales será necesario el concurso del consentimiento de ambos cónyuges (artículo 1.377 del Código Civil), al igual que ocurre en los actos a título gratuito, que el artículo 1.378 del Código sanciona con nulidad en caso de que falte el consentimiento de uno de ellos; si bien, se contempla la realización de actos dispositivos una vez concretada su participación al disolverse y liquidarse la sociedad, pues el artículo 1.379 permite que cada cónyuge disponga por testamento de la mitad de los gananciales, o el artículo 1.380, que admite la disposición testamentaria de un bien ganancial, la cual producirá sus efectos, siempre que el bien fuere adjudicado a la herencia del testador.

Es evidente el paralelismo entre el artículo 397 y los citados 1.377 y 1.378, que exigen, para el acto dispositivo la concurrencia del consentimiento de todos los copropietarios, con independencia de que estemos ante un supuesto de comunidad ordinaria o germánica (si es que este tipo de comunidad se encuentra admitida en nuestro Ordenamiento). La única especialidad es la sanción de nulidad radical al acto de disposición a título gratuito no unánime. Igualmente,

los artículos 1.379 y 1.380 son ejemplos de aplicación de la regla general contenida en el artículo 399, pues únicamente cuando se concrete la participación que corresponde a cada condueño en la cosa, podrá realizarse el acto dispositivo exclusivamente por uno de los copropietarios, referido "a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad" o, sujetándonos a los términos del artículo 1.380, si el bien ganancial del cual se ha dispuesto en testamento, "fuere adjudicado a la herencia del testador". Lo que ocurre es que, en el caso de la sociedad ganancial, por aplicación del artículo 1.404, la porción viene constituida necesariamente por una mitad, y a esa mitad se concreta la disposición testamentaria de un bien ganancial.

Tampoco difiere de lo anterior el régimen previsto en el Código Civil para la constitución de un derecho real de servidumbre sobre un fundo indiviso. La norma reguladora del supuesto, artículo 597 del Código Civil, parte de una premisa fundamental: "Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios", y ello, en notorio paralelismo con el artículo 397. Ahora bien, cabe la concesión sucesiva[27] por los copropietarios, no pudiendo aquél que ya haya prestado su consentimiento, o sus sucesores, impedir el derecho que él mismo ha concedido. La concesión así hecha no podrá implicar, como es lógico, la constitución del gravamen, pues la eficacia jurídico-real exigirá del necesario concurso del resto de copropietarios concedentes del derecho que, en conjunto, reúnen la totalidad de las facultades dispositivas sobre la cosa común.

Todo lo anterior, nos lleva a la necesidad de separar nítidamente el aspecto obligacional del contrato de compraventa celebrado por un copropietario, de su eficacia jurídico-real que, con arreglo al sistema de transmisión del dominio en nuestro Derecho, requerirá la concurrencia de título y tradición. Así, la venta por un solo condueño (o la constitución de una servidumbre por un solo copropietario) será válida, a efectos obligacionales, y surtirá los efectos que más adelante estudiaremos, pudiendo además el comprador utilizar los remedios que el ordenamiento ofrece en caso de no poder consolidar su adquisición. Sin embargo, pese a existir un contrato válido y generador de obligaciones, su eficacia jurídico-real dependerá de un elemento adicional, la tradición, que en los términos que hemos expuesto, requerirá de un traspaso posesorio realizado por quien tiene el poder de disposición sobre la cosa transmitida.

Ahora bien, esta tradición será real cuando se transmita la íntegra totalidad de la cosa, o simbólica, cuando se formalice en escritura pública, conforme al artículo 1.462 del Código Civil. Ahora bien, lográndose sólo la venta de una cuota indivisa, tal tradición real no podrá verificarse, pues es algo evidente que no podrá entregarse únicamente una parte de la cosa vendida. Al hablar de la naturaleza jurídica de la comunidad ordinaria, hemos acogido la postura de que

se trata de un derecho de propiedad exclusivo, sobre la totalidad de la cosa, pero limitado cuantitativamente por la existencia de los restantes derechos de copropiedad. Pues bien, la venta de cuota indivisa en una comunidad ordinaria, la venta del derecho hereditario en abstracto, la venta de una herencia o la venta alzada o en globo de ciertos derechos, rentas o productos (artículos 1.531, 1.532 y 1.535 del Código Civil) bien pueden configurarse como una venta de derechos incorporales, cuya tradición se regirá por lo dispuesto en el artículo 1.464 del Código Civil[28].

IV.. ACTOS DE DISPOSICIÓN REALIZADOS POR UNO SÓLO DE LOS COPROPIETARIOS.

Establecido lo anterior, y conforme a la postura propuesta, el acto de disposición sobre la cosa común requiere de la unanimidad de los copropietarios.[29] La problemática estriba en determinar el régimen aplicable a aquel acto dispositivo realizado por uno sólo de los copropietarios, afirmando ser dueño exclusivo de la cosa poseída en común.

Si del tal contrato se pretendiera su acceso al Registro de la Propiedad, tal pretensión encontrará el obstáculo insalvable derivado del principio de tracto sucesivo, a que se refiere el artículo 20 de la Ley Hipotecaria[30], así como el que emana del objeto mismo de la institución registral y de la publicidad *erga omnes* que deriva del acto o contrato inscrito, pues consistiendo este objeto en la publicidad del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, ello únicamente puede venir determinado por situaciones jurídico-reales plenamente perfeccionadas, en las que concurren todos los elementos del negocio transmisivo, concretados en un justo título acompañado de la entrega de la cosa o tradición.

Pero hemos visto cómo el contrato de compraventa es únicamente un contrato generador de obligaciones, que no conlleva la obligación por parte del vendedor de transmitir el dominio de la cosa vendida. En consecuencia, es preciso determinar cuál es el concreto régimen de ineficacia del contrato así celebrado o si, por el contrario, el negocio conlleva el nacimiento de una obligación para el vendedor de adquirir la cosa transmitida para ponerla a disposición del comprador en cumplimiento del contrato.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido vacilante al respecto, no siguiendo un criterio uniforme en la resolución de la cuestión debatida, tal como se ha puesto de manifiesto doctrinalmente por los distintos autores que han estudiado sobre el particular y que son citados en estas líneas. Sin pretender realizar un examen exhaustivo de la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, podríamos sistematizar la misma del siguiente modo:

IV. I. Sentencias que decretan la nulidad de la venta realizada por uno solo de los copropietarios:

La STS de 29 de abril de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:8191) declara la nulidad de la venta en tal caso, por entender contravenido el artículo 399 del Código Civil, al disponer que "cuando lo vendido por una usufructuaria y una de las copropietarias no es la parte de ésta, sino la totalidad de la finca, por lo que no mediando el consentimiento de las otras partícipes en la comunidad que tampoco ratificaron después el acto realizado, es evidente que va en contra de lo dispuesto en el citado artículo trescientos noventa y nueve del Código civil, incurriendo en sanción de nulidad, nulidad que no es la simple anulabilidad a que se contrae la preceptiva contenida en el artículo mil trescientos del Código civil, y que origina el nacimiento de la acción que, con imprecisión técnica, el artículo mil trescientos uno del repetido Código denomina «acción de nulidad»".

En la misma línea de la anterior, la STS de 8 de julio de 1988[31] estableció que "que la enajenación de una finca por uno de los copropietarios sin consentimiento de los demás es nula, sin que quiera ya alegar la subsistencia de la validez parcial del contrato en cuanto a la cuarta parte de titularidad del contratante vendedor plenamente capaz por cuanto que el objeto de la compraventa es la finca como unidad física y jurídica, lo que transciende a la infraestructura causal del negocio viciándolo de nulidad radical, y, finalmente que la enajenación de cosa común como propia supone una alteración de la misma prevista en el art. 397, de añeja tradición, ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia estiman que esa alteración no sólo es alusiva a actos materiales sino a aquellos que tienen repercusión jurídica, pues el art. 397 no distingue y es el que marca precisamente, con el art. 398, la frontera de los actos de mera administración, el régimen de simple mayoría y el de unanimidad, es decir, el consentimiento del propietario; y la enajenación requiere esa unanimidad".

Esta línea, que pudiéramos denominar clásica es mantenida por el Tribunal Supremo en sentencias posteriores[32], afirmando la nulidad del acto dispositivo no unánime. Es suficientemente ilustrativa de esta línea jurisprudencial la sentencia de 9 de octubre de 2008[33], cuando señala que "La venta, como negocio jurídico de disposición o alteración jurídica, de una cosa común, está prohibida por el artículo 397 del Código civil y no cabe incardinarla en el supuesto de venta de cosa ajena, sino que se hace como propia y en perjuicio directo de los copropietarios, con sanción de nulidad absoluta como han afirmado sentencias de esta Sala, como la de 26 de febrero de 1982 y la de 13 de noviembre de 2001, que cita otras muchas anteriores. Esto, como primer apartado, se relaciona con el segundo, que defiende la validez de la venta de la cuota parte del vendedor de la que sí era propietario: lo que no es aceptable porque vendió la cosa como un todo, sin poder

ahora dividirse y las dos sentencias citadas afirman también la imposibilidad de subsistencia de la validez parcial del contrato".

Otra línea jurisprudencial viene determinada por la de aquel grupo de sentencias que entienden que estamos ante un supuesto de nulidad por falta de objeto. En este sentido, puede citarse la STS de 1 de junio de 1948[34], que calificó la venta realizada por quien carecía de poder de disposición sobre la cosa como inexistente por falta de objeto. En el mismo sentido pueden citarse también las SSTS de 25 de febrero de 1972[35] y 11 de abril de 1992[36].

En estos casos, como dice PÉREZ GURREA[37], "a pesar de lo expuesto y del escaso apoyo doctrinal a la tesis de la inexistencia de objeto, esta ha sido frecuentemente utilizada por el TS como determinante de la nulidad de la venta de cosa ajena, si bien la mayoría se ocupan de resolver no un conflicto inter partes contratantes, sino frente a un tercero, el *verus dominus* que no ha intervenido en el contrato cuya nulidad se declara. Aunque los supuestos que se contemplan son muy variados, el problema de fondo que se plantea no es el de la posible patología del título, sino el de la posible eficacia del contrato celebrado frente a dicho tercero. En definitiva, lo que se quiere conseguir es que el *dominus* recupere o no pierda el bien de su propiedad que ha sido vendido por otro". Debe descartarse la solución que en estas últimas sentencias se da a la solución planteada. Conforme al artículo 1261 del Código Civil, debe existir un "objeto cierto que sea materia del contrato", y es evidente que éste existe. El hecho de que el disponente carezca de poder de disposición sobre el mismo no implica la inexistencia del objeto ni la posibilidad de que el vendedor adquiera posteriormente el dominio del mismo para transferirlo al comprador, en atención al carácter meramente obligacional del contrato de compraventa.

Otra serie de sentencias ponen el foco en la existencia de un vicio en el consentimiento prestado, que hace ineficaz el contrato así celebrado. Aunque el supuesto de hecho resuelto no iba referido a la misma cuestión de la que nos ocupamos, puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1971[38], en la que se entiende no destruida la apreciación del juzgado de instancia que entendió que "la venta de cosa ajena —y lo mismo la doble venta—, era ineficaz por faltar en ella el elemento real del contrato, y estimar que invalida el consentimiento el error que consiste en suponer cosa propia del vendedor". En la sentencia de 15 de febrero de 1977[39], el Alto Tribunal niega la facultad de ejercitar la acción de anulación, cuando el vicio de que adoleciera el contrato, consistiera en un error de consentimiento y éste fuera imputable a quienes pretendieran hacerlo valer en su favor o conocieran previamente los hechos que lo motivaron. Igualmente, en sentencia de 6 de julio de 1992[40], se considera la existencia de un error como elemento configurador de un vicio en el consentimiento.

La apreciación de la concurrencia de buena o mala fe en el adquirente, entendida esta mala fe como el conocimiento de que el vendedor no es dueño de la totalidad de la cosa vendida y que implicaría la ausencia de cualquier error en el consentimiento prestado no es una cuestión siempre fácil de determinar, que dependerá de las circunstancias del caso concreto y que exigirá de la valoración de las condiciones y hechos concurrentes en cada caso por el juzgador, en base a las reglas de la sana crítica.

De otra parte, será relevante determinar la parte del contrato a la que se imputa la existencia del error en la prestación del consentimiento, pues entendemos que las consecuencias que se predican de tal situación no pueden ser las mismas si tal error se produce en la persona del adquirente o del transmitente, afectamente directamente al posible régimen de ineficacia aplicable al contrato así celebrado.

IV.II Sentencias que declaran la validez del contrato como generador de obligaciones:

Entre la contradictoria jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia, podemos incluir aquel grupo de sentencias que admiten la validez de la venta celebrada, en cuanto contrato generador de obligaciones, sin perjuicio de que lleguen a desplegarse en su totalidad los efectos jurídico-reales del mismo, lo que, al fin y al cabo, constituye la finalidad perseguida por las partes en el momento de la celebración del contrato.

Así, la sentencia de 14 de octubre de 1991[41], señala que, en el supuesto enjuiciado, no se estaba ante un contrato en que el vendedor ostentase una falta representación de sus hijos —copropietarios con él de la finca transmitida—, lo que lo convertiría en nulo; por el contrario, entiende que estamos en presencia de "una venta de cosa parcialmente ajena, en la que concurrían los requisitos de consentimiento, objeto y causa que exigen los arts. 1.261 y 1.262 del Código Civil, lo que implica la validez del contrato de compraventa de cosa ajena, con los efectos que la jurisprudencia de esta Sala le atribuye de dar lugar a la correspondiente indemnización (…)".

La STS de 26 de febrero de 2008[42] se expresa de manera clara en orden a los efectos de la venta de cosa parcialmente ajena. Por su claridad, es oportuno resaltar su Fundamento de Derecho Segundo. De acuerdo con el mismo, "la enajenación de una cuota en el condominio superior a la que corresponda a los vendedores es un caso de enajenación de cosa ajena (respecto a ese plus), y como tal debe ser tratada jurídicamente. La doctrina reiterada de esta Sala (S. de 20 de abril de 2.007 y las que cita) es la de que la misma es válida y eficaz como

tal compraventa, aunque existirá un incumplimiento de la obligación de entrega por el vendedor al haber recaído sobre cosa respecto a la cual carece de poder de disposición (art. 1.160), lo cual legitima la acción del comprador por incumplimiento contractual, o se convierte en un título hábil para usucapir. Por otra parte, el verdadero titular podrá reivindicar del comprador lo que le pertenece, dando lugar ello a la evicción de éste frente al vendedor, aunque no pierde dicho comprador la facultad de alegar contra el reivindicante la prescripción adquisitiva (arts. 1.962 y 1.963). En consecuencia, es erróneo considerar que la venta de cosa ajena es un contrato nulo por falta de alguno de sus elementos esenciales, al no existir norma que exija para su perfección que el vendedor posea capacidad de disposición de lo que vende, y mucho menos un contrato con causa ilícita. Otra cosa es que el comprador pueda, demostrándolo, alegar que ha sufrido un error o que ha sido objeto de dolo. Pero esos son vicios del consentimiento, no ausencia del mismo, que tienen su tratamiento especial en la acción de anulabilidad, incardinada en los preceptos del Código civil dedicados a la nulidad de los contratos (arts. 1.300-1.315)". De nuevo se considera la existencia de un error en la formación del consentimiento del comprador para determinar un efecto contrario al establecido en la sentencia, aspecto que, creemos, es susceptible de matización, como veremos después. Tampoco se considera la posible concurrencia de un vicio de la formación de la voluntad del vendedor que, erróneamente, dispone de más de lo que le corresponde sobre la cosa transmitida.

Nuevamente, en sentencia de 3 de febrero de 2009[43], vuelve a recordar el carácter meramente obligacional del contrato de compraventa y a la validez de la venta de cosa ajena, máxime cuando en el contrato celebrado la propia parte vendedora declara y reconoce no ser dueña de la totalidad de la cosa vendida, comprometiéndose a adquirir las participaciones que no le correspondían sobre la misma.

Esta línea jurisprudencial culmina en la sentencia de 28 de marzo de 2012[44]. En el caso resuelto por ella, una sociedad vendió en documento privado una octava parte indivisa de treinta y cuatro fincas. Posteriormente a ello, la misma entidad vendedora transmitió el pleno dominio de la totalidad de las fincas a otra mercantil, elevándose a escritura pública, inscribiéndose en el Registro e incluso constituyéndose una hipoteca sobre las fincas así adquiridas. Se plantea la validez de esta segunda transmisión, entendiendo la Sala, repasando la doctrina emanada de ella misma, que la doctrina general sobre nulidad en los casos de venta por un condueño de la totalidad de la cosa común sin consentimiento de los demás, "sufre, pues, una excepción cuando, atendiendo al objeto del contrato y a la intención de los contratantes, procede la aplicación de la dogmática de la compraventa de cosa ajena", si bien, supedita la aplicación de los efectos de esta excepción a las concretas circunstancias concurrentes en el caso concreto y, en

particular, al hecho de que "quienes intervinieron en el contrato de compraventa controvertido conocían la previa adquisición por el demandante, en régimen de condominio, de una octava parte de lo que estaba siendo transmitido".

Estamos de acuerdo con YZQUIERDO TOLSADA[45] en que la sentencia "dice mucho menos de lo que debería decir" y que limitar la validez de la venta de cosa parcialmente ajena al supuesto en que el comprador conoce tal circunstancia no hace sino enturbiar el problema.

La sentencia no hace sido poner de manifiesto el carácter errático que la jurisprudencia del Alto Tribunal tiene elaborada sobre este particular. Es evidente que la dificultad de la cuestión, unida a las múltiples situaciones fácticas que pueden concurrir, no facilita una solución unívoca al supuesto, pero no parece que el Tribunal acierte cuando, aun estimando el recurso y declarando aplicable al supuesto de hecho la doctrina de la venta de cosa ajena (aunque en este caso lo sea parcialmente), en realidad lo hace como una excepción a lo que, en consecuencia, y como literalmente dice la sentencia, constituye la doctrina general sobre la materia, doctrina que no es otra que aplicar el régimen de la nulidad al contrato así celebrado. Ello supone, si no la negación, sí un reconocimiento limitado del carácter meramente generador de obligaciones del contrato de compraventa, conforme al artículo 1.445 del Código Civil, pues parece referirlo únicamente al concreto supuesto en que el comprador conoce —podríamos considerar denominarlo como un comprador de mala fe— que la cosa que pretende adquirir es parcialmente ajena. Realmente, el Tribunal, con ello, parece matizar el criterio que iba paulatinamente asentándose y que culminó en las citadas sentencias de 26 de febrero de 2008 y 3 de febrero de 2009. No puede concluirse que el carácter consensual y generador de obligaciones del contrato de compraventa únicamente pueda predicarse en el supuesto de que el comprador conozca que la cosa vendida es ajena, contrariando el Tribunal su propia doctrina, expuesta, entre otras, en la sentencia de 14 de junio de 1997 a la que anteriormente hicimos referencia.

Ello supondría aplicar un distinto régimen a dos situaciones que no difieren sustancialmente entre sí, esto es, aplicar el régimen de la doble venta al adquirente que conoce la ajenidad de lo adquirido y el de la nulidad —más bien anulabilidad— a aquél que ignora tal hecho en base a la existencia de un error de consentimiento.

De otra parte, cabe plantearse la cuestión de por qué esa limitación del reconocimiento del carácter obligacional del contrato y la aplicación del régimen de la venta de cosa ajena al comprador que contrata sabiendo que la cosa no es de la exclusiva propiedad del vendedor y no hacer extensivo el mismo efecto a aquél que celebra el contrato sin conocimiento de tal circunstancia, ignorando que la cosa vendida es parcialmente ajena, o como dice nuestro Código Civil en

materia de prescripción adquisitiva, "en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio"[46], o como dice CUENA CASAS[47], el desconocimiento en el adquirente de la falta de poder de disposición del transmitente.

En general, en todo supuesto de venta de cosa ajena nos encontramos con una falta de titularidad del bien vendido por el transmitente, si bien, en los supuestos objeto de este comentario, más bien una falta de titularidad parcial. Sin embargo, no encontramos ninguna regulación al respecto en el Código Civil, a diferencia de lo que ocurre con el legado de cosa ajena, el cual encuentra su acomodo normativo en el artículo 861[48]. Ello implica la posibilidad de encontrarnos ante supuestos que tendrán un tratamiento jurídico diferente[49], según las circunstancias concretas concurrentes en cada caso, cuestión que dificulta enormemente aplicar un régimen jurídico unitario a tal figura y que explica la evolución en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que, desde las más antiguas sentencias de 11 de abril de 1912[50], 8 de marzo de 1929[51] ó 23 de junio de 1951[52], por citar sólo algunas, que niegan validez a la venta de cosa ajena, bien por entender que se está ante un supuesto de falta de objeto o bien que existe un error en la prestación del consentimiento, ha ido variando su postura para admitir su admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico, en base al carácter consensual que, como hemos visto, tiene el contrato de compraventa en nuestro Derecho. Como manifestación de esta postura podemos citar las sentencias de 5 de julio de 1958[53], 5 de julio de 1976[54], 20 de julio de 2010[55], 13 de mayo de 2013[56] ó 9 de marzo de 2016[57], entre otras.

En este grupo de sentencias que admiten la validez de la venta de cosa ajena podemos citar además la de 5 de mayo de 1983[58], que toma en consideración la ausencia de mala fe en el comprador para desestimar el recurso de casación interpuesto y partiendo del previo conocimiento por el comprador de la ajenidad de la cosa vendida, mantiene a éste en su posesión, pues la resolución del contrato entre el vendedor y el verdadero titular de quien el primero adquiere para poner la cosa en posesión del comprador, no podría perjudicar a este último, "por ser este un tercer adquirente de buena fe, conforme a lo dispuesto en el propio artículo mil ciento veinticuatro con su remisión a los artículos mil doscientos noventa y cinco y mil doscientos noventa y ocho del propio Código, en especial del mil doscientos noventa y cinco, que claramente establece que no tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe, y es claro que la concurrencia de mala fe no puede predicarse del Señor Jesús Luis, comprador, por no consultar el Registro de Embarcaciones, en cuanto con la entrega del barco recibe su documentación, y dada la inoperancia de ese Registro a los efectos civiles, sin perjuicio de los reglamentarios pertinentes". En el supuesto

de hecho de la sentencia, no puede afirmarse que el comprador lo sea de buena fe, en el sentido que hemos visto anteriormente, pues era perfecto conocedor de que la embarcación transmitida no era de la propiedad del vendedor, sino que éste asumía la obligación de adquirirla para entregarle su posesión. La sentencia alude a una ausencia de mala fe en el comprador, pero no referida al título, o al inicial proceso adquisitivo, sino al momento posterior de la resolución de la compraventa entre vendedor *non dominus* y *verus dominus*[59]. Entiende GORDILLO CAÑAS que en el caso a que se refiere la sentencia, "más que la positiva buena fe siempre exigible al tercero adquirente a *non domino*, lo que aquí se requiere es algo distinto: la simple ausencia de mala fe", y busca la explicación a ello en que aquí lo que se discute es el alcance de la acción resolutoria respecto al que ha adquirido de un verdadero titular. Ahora bien, en cuanto al proceso adquisitivo, la buena fe exigida al comprador se manifiesta con un alcance distinto. Continúa diciendo GORDILLO CAÑAS que "la tradicional disciplina de la venta de cosa ajena, inaplicable al caso si en éste se entiende cesada la ajenidad en el ínterin entre la celebración del contrato y el acto de entrega, si en algo paraba mientes era en el estado subjetivo del comprador: ignorando éste el hecho de la ajenidad, conservaba su derecho contra el vendedor en caso de reclamación por el *verus dominus*; en caso contrario, cuando conoce que compra a quien no es dueño, pierdo todo derecho: ha asumido los riesgos económicos de la operación", añadimos nosotros, siempre que no se prevea en el propio contrato que el vendedor asume la obligación de adquirir la cosa ajena para entregarla al comprador y lograr con ello la consumación total del proceso adquisitivo, con plenos efectos jurídico-reales.

No parece que se compadezca bien con la fundamental exigencia de la concurrencia de buena fe en el adquirente a *non dominus* predicada por los artículos 464 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria, el criterio sostenido por la sentencia de 28 de marzo de 2012 de limitar la aplicación del régimen de la venta de cosa ajena únicamente al comprador que es conocedor del hecho de la ajenidad de la cosa vendida (con o sin obligación expresa en el contrato para el vendedor de adquirir la cosa para entregarla al comprador). Partiendo de la ya indiscutida validez de la venta de cosa ajena en nuestro Ordenamiento, el efecto que se deriva de la misma debería ser el mismo, ya sea el comprador conocedor o no del hecho de que la cosa transmitida realmente no pertenece al vendedor.

En los supuestos de venta de cosa ajena, el vendedor vendrá obligado a entregar la cosa al comprador, o su equivalente económico si la primera obligación no puede cumplirse o si la cosa fuera reivindicada por su verdadero dueño, dejando a salvo las acciones que correspondan al comprador para accionar por evicción. La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1981[60] es sumamente gráfica al respecto; en su Considerando Tercero señaló que "la venta de cosa aje-

na, ya admitida en Derecho romano, en el Fuero Juzgo y en las Partidas (Partida V, libro III, Ley 19 "cosa ajena vendiendo un ome a otro valdrá la vendida"), lo es también en nuestro vigente ordenamiento jurídico, heredero del romano, en los que la compraventa era y es un contrato generador de obligaciones, entre las cuales y esenciales, la del vendedor de proporcionar una cosa al comprador a cambio de precio, sin que hoy ningún precepto exija que se sea propietario de la cosa vendida, sino que ésta pueda y deba ser entregada, bien por ser el dueño en el mismo acto o concierto contractual, ora por la obligación asumida de adquirirla para realizar la tradición determinante de la transmisión efectiva de la propiedad (artículos 609 y 1.095 del Código Civil), con el efecto, caso de incumplimiento o no adquisición por el vendedor para entregarla luego, de resarcir al comprador en el *id quod interest* o equivalente económico, efecto que también se produciría si el verdadero dueño reivindicara y recuperara la cosa entregada al comprador cuando ello fuera posible —por ejemplo, no usucapida o no inscrita por éste, de buena fe—, consecuencia también propia del Derecho romano en el que el verdadero dueño permanecía ajeno a la venta de su bien hecho por otro —*res inter alios acta*— sin que el acto le favoreciera ni perjudicara —*nobis nec nocet nec prodest*—, bien que, si se había producido la tradición o entrega de la cosa, como el comprador de la ajena adquiría una posesión *ad interdicta*, el *verus dominus* debía ejercitar las pertinentes acciones de recuperación y el vendedor resarcir al comprador desposeído por el dueño (evicción)".

Se impone, en consecuencia, establecer un régimen jurídico unitario en los casos de venta celebrada por uno de los copropietarios, generando idénticas obligaciones para el vendedor de cosa parcialmente ajena, con independencia del conocimiento de tal circunstancia por el comprador.

Quedaría por determinar si lo mismo puede predicarse cuando la concurrencia de buena o mala fe se concreta en la persona del vendedor, esto es, si conoce que la cosa transmitida efectivamente es parcialmente ajena o si transmite en la creencia de que lo hace en su condición de propietario único.

Si, atendiendo a la persona del comprador de cosa parcialmente ajena, ya hemos defendido la oportunidad y conveniencia de aplicar el mismo régimen de derechos y obligaciones para el mismo con independencia del conocimiento efectivo de tal situación, no puede predicarse lo mismo respecto de aquél que vende la cosa poseída en común creyendo erróneamente ser el único propietario de la misma.

Ya hemos visto cómo la venta de cosa ajena genera para el vendedor la obligación de adquirir la cosa vendida para entregarla al comprador (sin perjuicio de las acciones que correspondan al verdadero dueño de la cosa transmitida), y es evidente que asume tal obligación desde el momento de la perfección del contrato conociendo la circunstancia de la ajenidad. Ahora bien, el que erróneamente

transmita una cosa parcialmente ajena, siempre podrá instar la anulabilidad del contrato, por concurrir en él un vicio del consentimiento, de conformidad con el artículo 1.266 del Código Civil, cuando el error[61] haya recaído sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. La cuestión, nuevamente, exigiría una valoración por el juzgador de las circunstancias concurrentes en el caso concreto; concurriendo los requisitos exigidos por el artículo 1.261 de nuestro Código para entenderse válidamente celebrado el contrato, tal declaración de anulabilidad exigirá que precisamente la creencia errónea de la pertenencia exclusiva de la cosa vendida haya sido determinante en la celebración del contrato, lo que se compadece mal con el carácter consensual meramente generador de obligaciones, ya expuesto, del contrato de compraventa.[62]

Pero en las personas de comprador y vendedor no se agota la relación de partes implicadas en el contrato de venta de cosa parcialmente ajena, pues debe valorarse la situación del resto de condueños ante el acto dispositivo celebrado sólo por uno de ellos y contemplar qué acciones les asisten, para el supuesto de que no transmitan al vendedor sus respectivos derechos para que este, en ejecución del contrato, entregue la totalidad de la cosa al comprador.

Es claro, respecto de ellos, que no han sido parte en el contrato celebrado y que no han prestado su consentimiento, viciado o no, en tal convención, que de conformidad con el artículo 1.257 de nuestro Código sólo puede producir efecto entre las partes intervinientes y sus herederos.

MÉNDEZ APENELA [63] sostiene que el copropietario no enajenante debe gozar de algún remedio ante tal situación, "pues cuanto menos, la venta de cosa ajena provoca una incertidumbre, un confusionismo, respecto a la titularidad de la cosa vendida, que repercutirá en el crédito del propietario".

Se plantea también la posibilidad de que acudan al ejercicio de una acción reivindicatoria, pero ello choca con el contenido de tal acción que está encaminada a una restitución en la posesión que, como tal, el actor no ha perdido, pues la copropiedad implica una situación de coposesión, de conformidad con los artículos 445 y 450 del Código Civil, por lo que teóricamente estaría vedado el ejercicio de tal acción.

Sí podría interesar al condueño no enajenante el ejercicio de una acción declarativa de dominio, limitada a su cuota-parte, en el supuesto de que su derecho sea contradicho por la parte compradora. Así parece que lo entendió nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 3 de mayo de 1944[64].

Por supuesto, siempre podrá acudir al retracto de comuneros, regulado en el artículo 1.522. Sin embargo, no siempre convendrá su ejercicio, incluso puede resultar gravemente perturbador para el copropietario que no tenga capacidad

económica para afrontar el precio desembolsado por el comprador y además, los gastos enumerados en el artículo 1.518 del propio Código.

En caso de prosperar cualquiera de estas acciones, el comprador podrá reclamar el saneamiento por evicción, de conformidad con el artículo 1.475 del Código Civil, y con los efectos derivados de lo dispuesto en el artículo 1.478 del mismo Código, no existiendo norma que especifique "qué tipo de derecho anterior al perfeccionamiento del contrato de compraventa ha de ser el que provoque la pérdida del derecho de propiedad sobre lo comprado"[65], por lo que bien serviría la acción anterior o cualquier otra que reconozca la ineficacia del contrato celebrado para lograr la finalidad pretendida de transmisión plena del dominio de la cosa común para que el comprador pueda exigir el saneamiento.

También cabría la aplicación del régimen especial de evicción previsto en el artículo 1.479 cuando el comprador "perdiere una parte de la cosa vendida de tal importancia con relación al todo que sin dicha parte no la hubiere comprado". No estamos aquí ante un problema de mayor o menor extensión o calidad de la cosa transmitida, sino que para la aplicación de este precepto, habrá que atender a la voluntad determinante para la prestación del consentimiento contractual, cuestión cuya apreciación corresponderá a la autoridad judicial[66].

Aún resta concluir, para el caso de que el vendedor no consiga adquirir la totalidad de la cosa transmitida para efectuar su entrega al comprador, si éste adquirirá aquella parte de la misma de la que efectivamente podía disponer, esto es, su cuota parte, o si, por el contrario, pudiera considerarse que con tal resultado, en realidad, se está contrariando la finalidad perseguida por el adquirente al celebrar el contrato, que no es sino adquirir la totalidad de la cosa. ESTRUCH ESTRUCH[67], partiendo de la premisa de que el comprador podrá rechazar el pago parcial, conforme al artículo 1.169 del Código Civil, y la posibilidad de que efectivamente el vendedor adquiera los restantes derechos de copropiedad sobre la cosa, entiende que "lo que sí transmite la referida venta son los derechos que sobre la cosa tenía el comunero vendedor, pudiendo el comprador, en consecuencia: a) resolver el contrato por incumplimiento al no haberse transmitido todo aquello a lo que se obligó el vendedor (por analogía con los arts. 1460 y 1515 del Código Civil); b) exigir el cumplimiento del contrato en cuanto a los derechos no transmitidos; c) reclamar el saneamiento parcial, si hubiera sido privado por evicción de la parte no transmitida por falta de poder dispositivo del vendedor; o d) resolver en cuanto a los derechos de los que el vendedor no era titular. Sin embargo, el vendedor no puede negarse a cumplir en la medida de lo posible, esto es, en cuanto a sus derechos, so pretexto de que se trata de un pago parcial".

Sin embargo, vimos cómo el Tribunal Supremo se muestra reticente a esta solución, negando la posibilidad de subsistencia parcial del contrato en la ya

citada STS de 8 de julio de 1988 y en las posteriores de 25 de junio de 1990[68], 23 de octubre de 1990[69] y 13 de noviembre de 2001[70].

Compartimos la postura planteada por el Alto Tribunal. Pudiendo plantearse la posibilidad de que efectivamente el comprador se muestre conforme con un cumplimiento parcial del contrato y que, en consecuencia, su adquisición viniera limitada a la cuota del condueño enajenante, tal situación, caso de no ejercitarse el retracto de comuneros, implicaría la entrada de aquél en la comunidad. Su nueva condición de copropietario, en un proindiviso que, normalmente, trae su origen en una previa adjudicación hereditaria, o en vínculos más o menos estrechos entre los iniciales condóminos, plantearía a todos una situación especialmente generadora de conflictos, máxime cuando el nuevo partícipe tenía la intención inicial de adquirir la totalidad de la cosa, pudiendo poner innumerables trabas a la realización de actos conservativos, con la clara voluntad de forzar una venta por parte del resto de copropietarios. No debe obviarse que la situación de comunidad es contemplada por el propio Código como una situación antieconómica y transitoria[71], y que la entrada de un nuevo condueño, extraño a la inicial composición del condominio, generará los efectos perturbadores expuestos.

Pese al intento de establecer una doctrina jurisprudencial más o menos uniforme en el supuesto estudiado de venta de cosa parcialmente ajena, incluso con posterioridad a la sentencia de 28 de marzo de 2012, nuestro Tribunal Supremo se muestra dubitativo. Así, en sentencia de 7 de junio de 2018[72] se resuelve sobre la procedencia de la acción de saneamiento por evicción planteada con un coheredero que alegaba que en la liquidación y partición de la herencia de sus padres fue privado de los derechos que le correspondían sobre una finca que fue calificada como ganancial pero que su padre le vendió como privativa de éste tras acontecer el fallecimiento de su madre. El Tribunal entiende que no concurren los presupuestos para que tenga lugar la evicción, sentando la premisa de que "al ser un bien común de la comunidad postganancial, el padre carecía del poder de disposición sobre la finca, la demandante no pudo adquirir la propiedad por la compra. Sin embargo, en el procedimiento de división judicial de la herencia se le adjudicó la finca, por lo que adquirió la propiedad, no en virtud de la compra, sino como heredera. Por tanto, propiamente no ha habido privación de la cosa en el sentido del art. 1.475 CC"; pero sigue sin concluir, de un modo claro, qué concreto régimen de ineficacia aplicable al caso concreto, al señalar que "la compradora no fue una extraña que adquirió de un copartícipe de la comunidad. Como heredera del vendedor intervino en el procedimiento de liquidación, donde defendió sin éxito el carácter privativo de la finca, pero ni hizo valer entonces, ni hace valer ahora, el posible crédito que pudiera corresponderle como consecuencia de la falta de eficacia de la venta". Si bien existen obstáculos, a juicio del Tribunal, para que prospere la acción de saneamiento por evicción, por no

ser la compradora una extraña a la comunidad hereditaria, no es menos cierto que el padre vendedor dispuso de un bien parcialmente ajeno, y resultando ser el comprador un copartícipe en la comunidad hereditaria que, presumiblemente, conocía de la ajenidad parcial de lo así transmitido, podría plantearse la aplicación del régimen de la venta de cosa ajena, tal como el propio Tribunal estableció en la repetida sentencia de 28 de marzo de 2012.

V. ACTOS DE DISPOSICIÓN REALIZADOS POR UNO DE LOS PARTÍCIPES DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA.

La misma controversia generada en cuanto al acto dispositivo realizado por uno sólo de los copartícipes en la comunidad ordinaria se ha manifestado cuando el acto de enajenación es realizado por uno sólo de los integrantes de la comunidad hereditaria, planteándose la validez o invalidez del mismo, y cuáles serían, en su caso, los efectos jurídicos que el ordenamiento anuda al contrato así celebrado, teniendo en cuenta y debiendo valorarse las especialidades que concurren en estas situaciones de comunidad hereditaria[73].

A juicio de FERNÁNDEZ CHACÓN[74], "la ausencia de regulación en el Código Civil español de los actos dispositivos de los coherederos sobre los bienes hereditarios ha propiciado que tradicionalmente el régimen de tales actos dispositivos se haya construido sobre la base de las reglas previstas en el Código Civil para la comunidad ordinaria. De ahí la frecuencia con la que la doctrina y la jurisprudencia abordan conjuntamente ambos tipos de comunidad a la hora de analizar el régimen de validez de los actos dispositivos no unánimes sobre los bienes comunes.

Consecuentemente la solución al problema de la validez o invalidez de los actos dispositivos sobre bienes comunes por un comunero aisladamente vendría dada en los arts. 397 o 399 del CC, indistintamente de si se trata de un supuesto de comunidad ordinaria o de comunidad hereditaria".

La determinación del régimen jurídico aplicable impone, necesariamente y en línea con lo expuesto, realizar un breve análisis de la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria. La cuestión dista de ser pacífica en la doctrina, lo que ha tenido su eco en la jurisprudencia, sin duda influidas ambas por la regulación del propio Código.

Así, en algunas ocasiones, el Tribunal Supremo ha calificado a la comunidad hereditaria "como un tipo especial de comunidad, comprendido en el marco general de la comunidad de bienes y derechos que regula el Título III del libro II del Código Civil, pero que tiene características propias y un principio de régimen orgánico que le erigen en una categoría jurídica intermedia entre el condominio

ordinario y la persona moral", de tal manera que "hay que establecer una distinción entre la comunidad que resulta de una sucesión hereditaria por causa de muerte y la comunidad o condominio general que se regula en el Título III del Libro II del Código Civil, pues mientras en aquélla cada heredero hasta que se realice la partición sólo disfruta de una parte ideal de todos los bienes de la herencia, sin una posesión real individual que corresponde a todos, en éste disfruta de una posesión real y efectiva de la parte que le corresponde en la cosa, de la cual puede disponer, como así se deduce de los artículos 399 y 394 del mencionado Cuerpo legal"[75]

También encontramos, entre los pronunciamientos del Alto Tribunal aquellos que la caracterizan como supuestos de comunidad germánica o en mano común. A modo de ejemplo, la sentencia de 15 de abril de 1982[76], que alude a "a la especialidad de la comunidad hereditaria, que parte de la doctrina asimila, incluso, a la germánica o en mano común, a la que sólo serán aplicables las normas de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, propios de la comunidad por cuotas partes, en la medida que permitan las características especiales que aquélla ofrece"; la sentencia de 19 de junio de 1995[77], que califica expresamente a la comunidad hereditaria como germánica, la de 5 de noviembre de 2004[78], que considera que tal comunidad no da lugar a una copropiedad de cada una de las cosas, sino que éstas forman parte de la misma, de la que sus miembros tienen derechos indeterminados y cuya naturaleza es de comunidad germánica", o la más reciente de 24 de marzo de 2023[79].

Y no faltan tampoco ejemplos que acuden a la regulación del proindiviso ordinario a efectos de ordenar las relaciones derivadas de esta comunidad, mientras dura la fase de indivisión (SSTS de 8 de mayo de 2008[80] ó 9 de diciembre de 2015[81]).

En la doctrina, DON JERÓNIMO GONZÁLEZ[82] pone de relieve cómo la comunidad hereditaria se ha resistido siempre a ser tratada como una copropiedad de tipo individualista, si bien en nuestra legislación, no ha llegado a formar un patrimonio independiente y pone de relieve cómo, con la redacción del artículo 71 del Reglamento Hipotecario, tras la reforma operada en 1915, que señaló como características de la inscripción del derecho hereditario la circunstancia de no implicar adjudicación de bienes y la de referir la cuota al patrimonio hereditario, "se ha formado un conglomerado doctrinal que acerca nuestro sistema al germánico".

Para GARCÍA GRANERO[83], la comunidad hereditaria no recae sobre objetos individuales, "sino más bien sobre la simple titularidad hereditaria. Lo que se encuentra sujeto a un régimen de comunidad no es el conjunto de los derechos subjetivos relictos, ni tampoco la herencia, considerada como unidad patrimonial con existencia jurídica propia distinta de las cosas, derechos reales, créditos y

obligaciones que la componen, sino la titularidad hereditaria universal, el título de heres, que pertenece conjuntamente a los coherederos como si fuesen uno solo"; y, al plantearse la fundamental cuestión de por qué normas se regirá dicha comunidad durante la fase de indivisión, termina concluyendo, acentuando el sentido de continuación de la posición jurídica del causante, basado en lazos familiares, que la comunidad hereditaria es una institución híbrida o intermedia que presenta puntos de coincidencia tanto con la comunidad romana como con la germánica.

No faltan quienes conceptúan la comunidad hereditaria como un supuesto de cotitularidad sobre bienes singulares; en opinión de CHAMORRO PIÑERO[84], hay tantas comunidades romanas como cosas existan, si bien los coherederos están limitados en cuanto al ejercicio de su poder de disposición, de tal modo que "la enajenación, cesión o hipoteca con efectos reales inmediatos, normalmente autorizadas al comunero por el artículo 399 del Código Civil, son los vedades al comunero heredero antes de la partición".

En línea con el anterior, GARCÍA VALDECASAS[85] proyecta la comunidad hereditaria sobre la herencia como un todo, sin desconocer la existencia de tantas comunidades como objetos singulares integran el caudal, pero adscribiéndolas al modelo germánico de comunidad en mano común.

Y, por supuesto, no debe obviarse a quienes consideran que la comunidad hereditaria logra un mejor encaje en la regulación del condominio romano, como el citado RUBIO GARRIDO[86], si bien la presenta como una comunidad especial, cuyos rasgos diferenciadores son los siguientes:

— recaer sobre una universalidad de Derecho, como es la herencia, integrada por el conjunto de bienes y derechos que pertenecían al difunto y que no se extingue por su muerte, incluyendo a los créditos, que no se dividen entre sus herederos por el hecho de su fallecimiento.

— por ser una situación transitoria, en la que hay que atender a determinadas exigencias y situaciones puestas de manifiesto por el propio fenómeno sucesorio: obligación de afrontar los gastos, protección de legitimarios, acreedores del causante y legatarios de cosa específica, así como en la exigencia de que mientras dure la fase de indivisión, el patrimonio hereditario funcione como un patrimonio separado.

Incluso se ha sostenido que en la actualidad ha perdido trascendencia la discusión sobre la adscripción de la comunidad hereditaria al proindiviso ordinario o al modelo de comunidad en mano común, inclinándose por el criterio de la comunidad postganancial[87].

De forma más rotunda parece mostrarse la Dirección General de los Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) en afirmar el carácter germánico de la misma. En resolución de 14 de junio

de 2005[88], a propósito de una sucesión regida por el Derecho aragonés, señala como éste, así como el Derecho común, tiene unas profundas raíces germánicas, exigiendo la concurrencia de todos los llamados para convertir el derecho hereditario en abstracto en un derecho concreto sobre los bienes del caudal relicto. El mismo principio es sentado en la posterior de 18 de octubre de 2013[89].

Gráficamente, la resolución de 13 de julio de 2015[90] señala que "el derecho hereditario que, mediante la aceptación, se atribuye a los coherederos no es más que un derecho en abstracto al conjunto de bienes que integran la herencia y no un derecho concreto sobre bienes determinados, en tanto no se lleve a efecto la partición. Por eso el Código Civil reconoce al titular de una cuota o porción de herencia el derecho a promover la división de la comunidad hereditaria (artículo 1051), y dispone que los herederos pueden verificar la partición del modo que tuvieren por conveniente (cfr. artículo 1058), sin que ninguno de ellos pueda imponer al otro la atribución por participaciones indivisas de todos y cada uno de los bienes resultantes (vid. artículos 1059, 1061 y 1062), de modo que, ultimada la liquidación, tanto puede ocurrir que a un heredero no le corresponda ningún derecho sobre determinado bien —o sobre el único existente— como que se le adjudique éste en su integridad (cfr., asimismo, los artículos 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria)".

Curiosa resulta la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 31 de enero de 2024[91], que con cita en la de 27 de septiembre de 2022[92], recuerda que en el caso resuelto por esta, en el que se planteaba la aptitud de una solicitud de inscripción de la representación gráfica georreferenciada de una finca solicitada por uno sólo de los herederos del causante titular registral, y se le negaba legitimación al mismo para solicitar el inicio del procedimiento regulado en el artículo 199.2 de la Ley Hipotecaria, sobre la base de que en el concreto caso resuelto se estaba en presencia "de una comunidad hereditaria, y por tanto germánica, en la que mientras la partición no se realice, hay un derecho hereditario «in abstracto» y cualquier actuación requiere la actuación de todos los herederos", negando la aplicación del principio de mayorías contenido en el artículo 398 del Código Civil.

Con independencia de la postura que adoptemos, en lo que sí existe uniformidad de criterio es en la especialidad que representa la comunidad hereditaria en cuanto a la configuración de la concurrencia de titularidades, lo que la jurisprudencia ha venido a recalcar, tratando de contraponer la especial situación que ocurre durante la fase de indivisión de aquélla otra en que ya se ha producido la adjudicación de bienes o cuotas concretas de los mismos una vez verificada la partición, extinguiéndose así la comunidad hereditaria. El Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de diciembre de 1961[93] señaló que "la situación de indivisión de una herencia, aunque tenga puntos comunes o análogos con la comunidad

de bienes regulada por el titulo tercero del libro segundo del Código Civil, no se identifica en absoluto con ésta, no sólo a la luz de la doctrina, sino del propio articulado del Código Civil, y si bien la jurisprudencia tiene declarado, le son de aplicación las reglas de la comunidad de bienes, ha de entenderse en tanto en cuanto no se hallen modificadas por preceptos específicos reguladores del supuesto correspondiente para la comunidad hereditaria, y así sucede en el caso que nos ocupa, en que los derechos de tercero, al cesar la indivisión hereditaria por la partición, se hallan regulados por el artículo 1.084 del Código Civil". En la de 5 de noviembre de 1992[94], después de afirmar que el testamento no es título suficiente para justificar la adquisición de determinados bienes de la herencia, reitera que, mientras no se verifique la partición, el patrimonio del causante se configura como una comunidad de bienes. Del mismo modo, la sentencia de 26 de enero de 2012[95], que no entiende que se esté ante una partición realizada por testador, partición que el Tribunal se encarga de aclarar que tiene por objeto "la extinción de la comunidad hereditaria mediante la división y adjudicación del activo de la herencia, especificando cuotas abstractas en derechos concretos, sustituyendo las cuotas o derechos que tienen los coherederos en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva de los bienes o derechos que se adjudican".

Al igual que en la comunidad ordinaria, durante la fase de indivisión, cada uno de los coherederos podrá enajenar su derecho hereditario *in abstracto*[96], su titularidad sobre la cuota que le corresponde en la masa hereditaria, comprensiva de los bienes, derechos y eventuales deudas del causante.

El Código Civil se ocupa de la misma en el artículo 1531, en el Capítulo VII, del Título II, del Libro IV, bajo la rúbrica "De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales", señalando el precepto citado que "el que venda una herencia sin enumerar las cosas de que se compone, sólo estará obligado a responder de su cualidad de heredero". Con DÍEGUEZ OLIVA[97], podemos afirmar que el precepto contempla, como supuestos incardinables en el mismo, los siguientes: cuando el heredero único vende la herencia, cuando el coheredero vende su cuota, cuando el heredero único vende una cuota parte de la herencia y cuando el coheredero vende una cuota parte de su cuota hereditaria. En estos supuestos, "nos encontramos ante la venta de una universalidad, ante la venta de un conjunto de bienes no designados individualmente aunque con respecto a los mismos se haga una enumeración *ad exemplum* de los bienes y derechos que la integran. Precisamente de la especial naturaleza del objeto vendido deriva el especial régimen de responsabilidad del heredero, el cual queda exento de responder por vicios ocultos o por evicción con relación a cada uno de los bienes y derechos que integran la herencia, sino que por el contrario sólo está obligado a responder de su cualidad de heredero".

Vendido por un coheredero a un extraño su derecho hereditario antes de la partición[98], éste ingresará en la comunidad, tal como señaló el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de diciembre de 1954[99], a diferencia de la regulación establecida en Cataluña, que expresamente señala en el artículo 552-3, antes citado, que "cada cotitular puede disponer del objeto indeterminado que le corresponderá en el momento futuro de la división. En este caso, mientras dura la situación de indivisión, el adquirente no se incorpora a la comunidad y, por lo tanto, no puede exigir la división". Solución que entendemos tiene una evidente finalidad práctica, evitando que el adquirente, extraño a los vínculos familiares que son origen de la situación de comunidad, impida la realización de actos de administración o fuerce al resto de coherederos a realizar la división, contrariando la inicial intención de estos de diferirla.

En estos casos, precisa el artículo 1.067 del Código que "podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber". El artículo citado regula el llamado retracto de coherederos, que no es sino una subespecie del retracto de comuneros a que se refiere el artículo 1.522 del propio Código.

Del mismo modo, resulta cuestión incontrovertida que todos los coherederos, actuando en conjunto, puede disponer de los bienes de la herencia, aún antes de practicarse la partición del caudal entre los mismos. Así lo reconoce el artículo 209 del Reglamento Hipotecario, al referirse a la cancelación de la anotación preventiva de derecho hereditario, que tendrá lugar, entre otras causas, "cuando la finca o derecho real anotado haya sido transmitido conjuntamente por todos los herederos"; actuación conjunta que viene siendo exigida por la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy de Seguridad Jurídica y Fe Pública) en las múltiples resoluciones que han tratado sobre el particular[100].

Sin embargo, no constituye la enajenación del derecho hereditario o la venta realizada por todos los coherederos conjuntamente el objeto de estas líneas, sino que nos referimos a ellas para diferenciar estas ventas de aquélla que es realizada por un coheredero, sin concurso del resto de integrantes de la comunidad hereditaria, respecto de un concreto bien que forma parte del caudal, y cuya similitud con el acto de disposición realizada por un único copropietario sin consentimiento de los demás es más que evidente, si bien modalizado por la especial naturaleza que hemos visto se atribuye al derecho del heredero antes de practicarse la partición.

En la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, nuevamente encontramos resoluciones contradictorias, negando unas y afirmando otras la validez obligacional de la venta así celebrada.

V.I. Sentencias que niegan eficacia a la venta celebrada por uno sólo de los coherederos sin concurso de los restantes:

Dentro del primer grupo, podemos señalar la de 18 de marzo de 1980[101], que para el caso de una venta realizada sólo por uno de los coherederos, quedando subordinada a la condición de que prestasen su consentimiento todos los propietarios del inmueble, no verificándose esto último, la Sala inadmite el recurso interpuesto y confirma la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial, que había decretado la nulidad de la venta así celebrada.

En sentencia de 14 de marzo de 1983[102] se resuelve sobre la pretensión de declaración de ineficacia de un contrato de compraventa celebrado por la viuda del propietario de un inmueble, sin haber realizado previamente la liquidación de la sociedad de gananciales y sin el concurso de la instituida heredera, hija de ambos, que contaba en el momento de celebración de la venta con dos años de edad, declarando la nulidad de pleno derecho del contrato por no haber intervenido en él todos los interesados en la herencia, y negando incluso la posibilidad de que el citado contrato sirviera al adquirente de justo título para la usucapión, al manifestar que "de la carencia de título de la vendedora, deriva evidentemente que el adquirente, conocedor de aquella carencia de título, ya se sabía, según declaró, que el inmueble vendido no pertenecía a la vendedora, ni le constaba una fehaciente liquidación de la sociedad conyugal y consiguiente adjudicación a la disponente, sabía que el titulo adquirido, al no ser verdadero y válido, no podía servirle de justo título para prescribir el dominio, según fue equivocadamente admitido por la sentencia de instancia puesto que un contrato inexistente o radicalmente nulo no puede integrar el justo título a que se refiere el artículo mil novecientos cincuenta y dos del Código Civil, ya sea por defecto de forma esencial o por otro defecto sustancial, como lo es la falta de título dominical por parte del transmitente conocido por el comprador en contrato otorgado en perjuicio de tercera persona, a la que se despojó de heredera universal de la misma, en sucesión abierta y acto dispositivo realizado cuando era menor de edad y sin la representación que la ley exige para estos casos, en que el descendiente tiene intereses contrapuestos con los de su ascendiente interesados en la misma herencia".

Cabe también citar la sentencia de 29 de abril de 1986[103], que resuelve sobre la pretensión de declaración de nulidad y reintegración de los bienes a la comunidad hereditaria como consecuencia de una venta realizada por una sola de las coherederas; invocando el artículo 399 del Código Civil que reconoce a cada copropietario la libre disposición de su parte, pudiendo en consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, pero quedando limitado el efecto de la enajenación a la parte que se le adjudique en la división al cesar la comunidad, entiende que ello "nada tiene que ver cuando lo vendido por una usufructuaria y una de las

copropietarias no es la parte de ésta, sino la totalidad de la finca, por lo que no mediando el consentimiento de las otras partícipes en la comunidad que tampoco ratificaron después el acto realizado, es evidente que va en contra de lo dispuesto en el citado artículo trescientos noventa y nueve del Código civil, incurriendo en sanción de nulidad, nulidad que no es la simple anulabilidad a que se contrae la preceptiva contenida en el artículo mil trescientos del Código civil, y que origina el nacimiento de la acción que, con imprecisión técnica, el artículo mil trescientos uno del repetido Código denomina "acción de nulidad», desde el momento en que no se ofrece duda racional alguna para proclamar que las convenciones cuya nulidad se postula en la demanda inicial de estas actuaciones no estaban adornadas de los requisitos que el artículo mil doscientos sesenta y uno de nuestro referido Código exige para la existencia del contrato, habida cuenta de que el condómino vendedor no podía prestar consentimiento para la enajenación del pleno dominio de unos inmuebles en los que sólo le correspondían participaciones indivisas".

En la posterior sentencia de 25 de marzo de 1988[104], se resuelve sobre el ejercicio de una acción reivindicatoria entablada por los coherederos de aquél de ellos que, sin el consentimiento de sus copartícipes, enajenó a sus hijos unas fincas de la herencia indivisa de sus padres y donó a otros hijos otros bienes de la misma herencia, habiendo sido estos contratos formalizados en escritura pública y sirviendo de título previo para lograr la inmatriculación de las fincas en el registro de la Propiedad al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, constando inscritas a favor de terceros, habiendo transcurrido más de dos años desde la fecha de inmatriculación, por lo que ya no regiría la limitación de efectos contemplada en el artículo 207 del mismo cuerpo legal. No quedando acreditado haberse llevado a cabo la partición de la herencia, que podría fin o extinguiría la comunidad hereditaria, concluye la sentencia que "no podía atribuirse al transmitente ni por título oneroso o gratuito, la titularidad dominical de bienes específicos sino la de simples cuotas comunitarias, por lo que el título o títulos otorgados en esas condiciones entre padres e hijos eran nulos o inexistentes por falta de objeto, puesto que se vendía o donaba cosa de la no pertenencia exclusiva del transmitente y con incidencia en la nuclear causa negocial".

Dentro de este grupo podemos citar, por último, la sentencia de 8 de mayo de 1989[105], en la que nuevamente se solicitaba la declaración de nulidad de un contrato de compraventa celebrada por uno sólo de los coherederos, y no habiendo sido satisfechas las legítimas correspondientes, entiende el Tribunal que "se concluye el carácter de cotitular de todos los bienes hereditarios del legitimario en tanto no se practique la partición de la herencia, en la que ha de respetarse cualitativa y cuantitativamente la legítima a cuyo pago quedan afectados, entre tanto, todos los bienes relictos, careciendo el heredero testamentario de facultades

dispositivas sobre ellos en tanto subsista la comunidad sin que pueda enajenar por sí solo bienes determinados si no es con eficacia puramente condicional, o sea subordinada al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en la partición", de tal manera que, no habiéndose formalizado la partición de la herencia, concluye que ningún heredero podía disponer válidamente de ninguno de los bienes integrantes del caudal, reputando la vena así realizada nula de pleno derecho.

Introduce la sentencia citada un criterio, el de la condicionalidad, que si bien no concurre en el caso planteado, sí podría servir de base a la transmisión formalizada en aquellos supuestos en que la venta se realizara bajo la condición de que efectivamente el bien o derecho transmitido pase a integrar el patrimonio del enajenante precisamente a resultas de la partición practicada. Celebrada la venta por un solo coheredero, supeditada a la condición de que efectivamente lo vendido le sea definitivamente adjudicado a éste, surtirá todos sus efectos desde que se produzca el evento, de conformidad con el artículo 1.114 del Código. Más adelante insistiremos sobre este punto.

V.II. Sentencias que admiten la validez, a efectos obligaciones, de la venta celebrada en estos casos:

Otro grupo de sentencias, en cambio, sí admiten eficacia a la venta de cosa común realizada por uno sólo de los coherederos, partiendo del carácter consensual del contrato de compraventa.

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1958[106] expresamente señala en su Considerando Primero que "dado el carácter puramente consensual que, conforme a los claros términos de los artículos 1.445 y 1.450 del Código Civil , tiene en nuestro Derecho positivo el contrato de compraventa, la validez, del mismo es forzoso admitirla desde el momento en que se perfecciona por el consentimiento de los contratantes sobre la cosa y el precio, pues desde entonces surgen las respectivas obligaciones de las parles, sin que el hecho de que la cosa no sea de la propiedad del vendedor impida el nacimiento de la obligación que asume de entregarla, porque ello, que únicamente afecta a la consumación del contrato, podrá determinar, en sustitución de aquélla, la obligación de indemnizar daños y perjuicios por el incumplimiento"; admite en consecuencia la validez de la venta así celebrada y lo hace tomando como precepto regulador de su admisibilidad el artículo 399 del Código Civil, que aunque en sede de comunidad ordinaria, entiende el Tribunal puede estimarse también aplicable en el ámbito de la comunidad hereditaria, aun sin desconocer las notorias semejanzas jurídicas entre ambos tipos de comunidad, de tal manera que "el heredero podrá, incluso en estado de indivisión, enajenar por sí mismo no sólo la porción o cuota ideal

que le corresponde en el as hereditario, sino igualmente las cosas determinadas comprendidas en el caudal relicto, si bien con eficacia puramente condicional, o sea subordinada en todo caso al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en todo o en parte en las operaciones divisorias".

En sentencia de 27 de mayo de 1982[107] se resuelve sobre la validez de un contrato de compraventa celebrado por una sola de las coherederas de ocho fincas adquiridas por herencia de sus padres, admitiendo el Tribunal su validez sobre la base de la admisibilidad en Derecho español de la venta de cosa ajena, desestimando la pretensión de que se declare la nulidad o alternativamente la anulabilidad del contrato, entendiendo que si por aplicación del artículo 1.068 del Código Civil "solamente por consecuencia de adjudicaciones llevadas a cabo en particiones legalmente hechas es cuando los herederos pueden tener atribución dominical de bienes concretos pertenecientes a la herencia, y consiguiente comunidad hereditaria, afectada por la actividad particional, de manera que mientras esas adjudicaciones no sean realizadas, y adecuadamente aprobadas en su caso, no puede reconocerse dominio concreto sobre bienes pertenecientes a dichas herencia y comunidad hereditaria, de ello lo único que cabe deducir, de hecho y jurídicamente, es que el coheredero al que se adjudiquen determinados bienes por consecuencia de la partición legalmente realizada no vienen afectados en su dominio sobre los mismos por los actos de compraventa que con relación concreta a ellos haya efectuado otro coheredero, como ha sucedido en el presente caso, pero no que esa compraventa carezca de validez y consiguientes efectos entre el vendedor y el comprador, toda vez que el tan referido carácter meramente obligación que tiene en nuestro Derecho".

Resultan dos conclusiones fundamentales de esta sentencia. De un lado, la admisión de la validez de la venta así celebrada, productora de efectos obligacionales entre vendedor y comprador, con fundamento en la tradición romanista de nuestro Derecho que atribuye eficacia y validez a la venta de cosa ajena. De otro, la inoponibilidad de la venta así celebrada al coheredero distinto del vendedor que, a resultas de la partición hereditaria, ha devenido adjudicatario total o parcialmente del bien transmitido. Éste no se verá obligado en virtud del contrato celebrado; a lo más, podría interponer una acción declarativa de dominio para reforzar su situación jurídica, pero no será despojado de su derecho de propiedad, salvo que el coheredero vendedor adquiera el bien o participación indivisa del mismo por un acto jurídico celebrado con el consentimiento del coheredero no interviniente.

En sentencia de 31 de enero de 1994[108] , ante una venta celebrada por los coherederos que se adjudicaron el dominio de una finca, resultando que, posteriormente, tal adjudicación fue declarada nula, y ante la solicitud de declaración de nulidad del contrato celebrado, razona el Tribunal Supremo que "cabe dentro

de la congruencia estimar la validez del contrato como simplemente generador de obligaciones y declararlo así incluso frente a doña Amanda (ajena al contrato), (…) siendo tal pronunciamiento además "necesario porque las especiales circunstancias del caso sin lugar a dudas plantearán problemas de accesión o de incremento del valor del caudal partible". Es meritorio destacar que, en el caso planteado, por la propia parte compradora renunció a su consideración como tercero hipotecario protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues entre la fecha del contrato privado de compraventa y su posterior elevación a público e inscripción registral, accedió al Registro de la Propiedad anotación de demanda por la coheredera perjudicada por la partición en su día realizada (circunstancia que, por otro lado, se advertía en el propio contrato de compraventa y sus complementarios), enervando con ello cualquier concurrencia de buena fe en el adquirente.

Podemos observar cómo tratándose de actos de disposición realizados por uno sólo de los coherederos sin concurso de los demás, se reproducen los mismos argumentos jurisprudenciales tanto para admitir como para negar validez a los mismos. La admisibilidad de la venta de cosa ajena se erige como *ratio decidendi* principal en estos casos, siendo plenamente extrapolables las consideraciones expuestas a propósito del acto de enajenación realizado por uno sólo de los copartícipes en comunidad ordinaria sin la anuencia del resto de copropietarios, sin duda, por los evidentes paralelismos entre comunidad ordinaria y comunidad hereditaria, que ante la ausencia de regulación legal de esta última, puede perfectamente encuadrarse como un subtipo de la primera.

Será, en consecuencia, válida a efectos obligaciones la venta celebrada por uno sólo de los coherederos y el comprador conocedor de tal circunstancia podrá exigir del transmitente la efectiva ejecución del contrato; por las mismas razones ya expuestas, consideramos que también podrá exigir el cumplimiento efectivo el comprador de buena fe, aquél que desconoce que la cosa vendida no es de la exclusiva propiedad del coheredero vendedor. Y será inoponible para el resto de partícipes de la comunidad hereditaria, ajenos al acto dispositivo, pues no podrán ser desposeídos por el acto de enajenación de su copartícipe con extralimitación de sus propias facultades dispositivas.

Reiteramos la argumentación antes expuesta sobre la norma que, a nuestro juicio, sirve para justificar en nuestro Derecho la validez del acto dispositivo así celebrado. Será el precepto contenido en el último inciso del artículo 399 del Código Civil la norma reguladora de tal situación, proclamando la admisibilidad de la venta así celebrada, pero quedando supeditada o limitada, dice el Código, a la parte que se le adjudique en la división.

Esta expresión se ha querido interpretar por alguna de las sentencias citadas como si de una venta sujeta a condición suspensiva se tratara. Sin embargo, ello no es enteramente cierto.

Como hemos visto, la venta debe reputarse válida y generadora de obligaciones. El coheredero, además de poder disponer de su cuota hereditaria, podrá realizar actos dispositivos respecto de bienes concretos que, si fueren adjudicados al coheredero disponente, desplegarán plena eficacia jurídico-real; en caso contrario, el vendedor (salvo que adquiera el bien del coheredero adjudicatario) no podrá dar cumplimiento al contrato, pudiendo el comprador instar la resolución del contrato y pedir la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. No se supedita a la realización de un hecho futuro e incierto la eficacia del contrato. Éste es válido y eficaz en el plano obligacional desde el momento de su celebración, sin perjuicio de que sí queda supeditada a que se adjudique el bien enajenado en la partición al coheredero vendedor la plena producción de efectos en el plano jurídico-real.

Ello no es óbice para que pueda celebrarse una compraventa bajo condición de que efectivamente uno sólo de los copropietarios adquiera el resto de participaciones de sus condueños, expresamente admitida por el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de febrero de 2009[109].

Podría plantearse si, en tales casos, estamos ante lo que se denomina una *emptio rei speratae* que, a juicio de BADENES GASSET[110] tendría por objeto aquellas cosas "que no tienen existencia real y positiva en el momento en que se presta el consentimiento para contratar sobre ellos, esto es, cosas corporales o incorporales (derechos, créditos) que todavía no existen, *in rerum natura*, en algún sujeto, pero que pueden nacer". Se trataría de un contrato consensual que, como tal sólo generaría obligaciones para el caso de que la cosa efectivamente llegue a existir, o en nuestro caso, si llega a ser de la propiedad exclusiva del coheredero enajenante.

Sin embargo, no podemos incardinar la venta así celebrada en esta modalidad contractual, pues sus presupuestos y efectos difieren sustancialmente. En efecto, en la venta de cosa futura, se desconoce si la cosa llegará efectivamente a existir; en la compraventa celebrada por uno solo de los coherederos, la cosa tiene existencia actual y física, sin perjuicio de que la incertidumbre reside en si llegará a ser del dominio exclusivo del vendedor por habérsela éste adjudicado en la partición. Por sus efectos, en la *emptio rei speratae*, si la cosa no llega efectivamente a existir o nacer, las partes no se deberán recíprocamente nada, pues el contrato se celebra atendiendo precisamente a esa posibilidad; en cambio, tratándose del caso objeto de estas líneas, hemos visto cómo la jurisprudencia reconoce plena eficacia obligacional al contrato de compraventa celebrado por un solo condueño con conocimiento por el comprador de tal circunstancia, lo que

nosotros también hacemos extensivo a aquél que lo es de buena fe, es decir, con desconocimiento de la ajenidad parcial de lo transmitido, sin perjuicio de la facultad de instar la resolución contractual en el caso de que el vendedor no pueda entregar aquello a lo que se había comprometido.

En realidad, el contrato de compraventa así celebrado no debe reducirse a una venta sujeta a condición suspensiva, ni buscar su encaje en otras figuras atípicas. Sus efectos son los propios que nuestro ordenamiento reconoce al contrato de compraventa, como contrato consensual y generador de obligaciones, que supedita la producción de eficacia jurídico-real a la entrega efectiva de lo transmitido por quien tenga pleno poder de disposición para ello; la especialidad debe encontrarse, por tanto, en la singularidad que ofrece la comunidad hereditaria, entendida como un tipo de comunidad ordinaria, si bien dotada de unas especiales características que, en lo que a nosotros afecta, viene determinada, según MURGA FERNÁNDEZ[111] porque durante la indivisión cada partícipe ostenta un derecho sobre la herencia que no se concreta sobres bienes específicos. Será en el momento de llevarse a cabo la partición cuando quedará concretado, sobre bienes determinados, el derecho que el heredero ostentaba sobre la universalidad de los bienes que integran la sucesión; en la medida en que el concreto bien transmitido se adjudique al mismo, gozará de pleno poder de disposición para efectuar el traspaso posesorio en que consiste la tradición que, junto con el contrato de compraventa (plenamente válido a efectos obligacionales), provocará la adquisición definitiva por el comprador de la cosa transmitida por el coheredero sin contar con el consentimiento o anuencia del resto de copartícipes de la comunidad.

VI. ACTOS DE DISPOSICIÓN REALIZADOS POR UN COPROPIETARIO ATRIBUYÉNDOSE LA REPRESENTACIÓN DEL RESTO.

VI.I Atribución falsa o errónea del poder de representación.

Supuesto radicalmente distinto de los anteriores es aquél en que uno de los copropietarios (o coherederos) de una cosa realiza un acto dispositivo respecto de la misma atribuyéndose, bien falsamente, o bien por error, la representación del resto de condueños.

Para ello, podemos empezar por perfilar el propio concepto de representación. Siguiendo a DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS[112], "hay representación cuando se celebra el negocio jurídico por medio de una persona, el representante, que actúa en nombre de otra, el representado, de manera que los efectos se producen siempre de un modo directo e inmediato en la esfera jurídica de este último y nunca en la del representante"; ahora bien, para que esta actuación produzca una eficacia directa en la esfera jurídica del representado se re-

quiere o bien la exteriorización formal de esa autorización para actuar en nombre ajeno, manifestada en un poder de representación, o bien la ratificación *ex post facto* por el representado de la actuación realizada en su nombre.

Nuestro Código Civil no contiene una regulación expresa del instituto de la representación voluntaria, por ello se ha acudido a la normativa dedicada al contrato de mandato para perfilar los contornos de esta figura, pese a las diferencias existentes entre ambas instituciones[113]; ello explica que el artículo 1.280.4º, incardinado en el Título II, bajo la rúbrica *De los contratos* exige la constancia en documento público del "poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y de cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero", de ahí la confusión existente entre mandato y poder[114], pues para nuestro Código el poder surge de la única relación jurídica que contempla esa facultad para actuar en nombre ajeno y que tal circunstancia sea conocida de todos.

Pues bien, partiendo de estas premisas básicas, se hace necesario plantear la cuestión de qué régimen de ineficacia es aplicable al acto dispositivo realizado por quien falsamente se atribuye el poder de representación del resto de condueños de la cosa transmitida. El artículo 1.259 del Código Civil se expresa con rotundidad, cuando señala que "ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante". De un modo terminante también se expresa el artículo 1.714 estableciendo que no podrá el mandatario (entiéndase apoderado) traspasar los límites del poder conferido.

Cabría plantearse si el contrato así celebrado pudiera estar sometido al régimen de la anulabilidad, dada la posibilidad de ratificación posterior y la prohibición de convalidación del acto o negocio nulo[115]. En nuestra opinión, el régimen de la anulabilidad no encaja bien con el negocio celebrado en las circunstancias que comentamos, por cuanto implicaría un plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad (el de cuatro años del artículo 1.301 del Código Civil) que compadece mal con la falta de poder de legitimación de quien celebra un contrato sin ostentar el poder de representación de aquél en cuyo nombre afirma actuar, de tal modo que transcurrido el mismo, no cabría el ejercicio de la misma. Tampoco concurren, a nuestro juicio, en el contrato así celebrado, los requisitos contenidos en el artículo 1.261 y, en concreto, el del consentimiento de la parte contratante que aparece representada por quien carece de poder o atribuyéndose falsamente la representación del mismo. Ciertamente, concurre el consentimiento de este último, pero el falso representante no es parte en el contrato celebrado.

La posibilidad de ratificación sana el defecto de falta de legitimación para actuar en la esfera jurídica del representado, pudiendo éste prestar su consentimiento al negocio celebrado también con posterioridad a su formalización[116], pues no hay exigencia legal que imponga, excluyendo la posibilidad de una ratificación posterior, que la actuación del representante venga amparada por una declaración de voluntad del representado en tal sentido que sea previa o simultánea a la celebración del contrato.

Este es el criterio que ha mantenido nuestro Tribunal Supremo, pudiéndose citar, por todas, la sentencia de 29 de enero de 1945[117], la cual señala que "que si bien el apartado segundo del art. 1.259 del Código Civil dice que el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su representación legal será nulo, y esta nulidad en principio es equiparable a la inexistencia, como ese mismo artículo y el 1.727 admiten que el negocio concluido a nombre del representado, sin poder de representación o con extralimitación, puede ser ratificado por la persona a cuyo nombre se otorgó, esta posibilidad de ratificación imprime, un carácter especial al negocio en que la representación interviene, naciendo de él un negocio jurídico en estado de suspensión subordinado a una *conditio iuris*, de tal modo que si la ratificación se da, se considerará el negocio como válido y surtirá efecto desde el principio a favor y en contra del representado".

Así pues, el contrato celebrado por un copropietario sin poder de representación del resto, o atribuyéndose errónea o falsamente la misma, debe reputarse nulo. En consecuencia, debe considerarse que, en tal caso, la acción de nulidad no estaría sometida a ningún plazo de ejercicio y debe entenderse como imprescriptible[118], sin perjuicio de su posible ratificación.

Esta sanción de nulidad no hace posible, a diferencia de los supuestos anteriores, la reconducción del supuesto al caso de la venta de cosa ajena. Así lo manifestó el Tribual Supremo en sentencia de 12 de septiembre de 1988[119], en la que se resolvía sobre la validez de una cesión de parte del capital de una mercantil a otra a través de los derechos de suscripción de acciones, mediando una ampliación de capital; el citado contrato de cesión, formalizado en documento privado, no contó con la intervención de la mercantil titular de las participaciones, ni los que intervinieron en dichos acuerdos contaban con su representación.

Cabe pues plantearse, entonces, cuál es el régimen de ineficacia al contrato celebrado por quien falsamente se atribuye la representación de otro o actúa sin poder de representación.

La sentencia de 25 de junio de 1946[120] se inclina por entender que, en tal caso, el contrato es inexistente, afirmando rotundamente en su Considerando Quinto que "no cabe confundir la figura de la ratificación del artículo 1.259 con la de la confirmación del artículo 1.310 del Código Civil, como pretende el recurrente: Primero. En el supuesto del artículo 1.259, que es de inexistencia como tiene

declarado esta Sala, no existe contrato, por falta del concurso del consentimiento, hasta tanto que la misma ratificación no aporta el de la persona a cuyo nombre se contrató, mientras que, en la confirmación, el contrato existe, conforme a lo preceptuado en el artículo 1.310, por darse en él todos los requisitos esenciales para su validez". También aboga por aplicar el régimen de la inexistencia la sentencia de 12 de junio de 1947[121].

Por su parte, la sentencia de 8 de octubre de 1962[122] entiende, ante un caso de poder testatorio que, habiendo caducado el mismo, desde la fecha de caducidad "no pudo la comisaria hacer uso dicho poder por la razón de que ya no lo ostentaba, requisito de la subsistencia del poder indispensable para actuar a nombre de otro sin estar por éste autorizado, tal contrato es nulo, a tenor del artículo 1.259 del Código Civil , nulidad equiparable a la inexistencia por falta de consentimiento, dado que la comisaria cuando dispuso del caudal matrimonial no tenía poder de su marido para ello, por haber caducado el que la confirió, por lo que la consecuencia natural y lógica de la caducidad del poder testatorio es la nulidad radical y de pleno derecho de las donaciones realizadas en virtud de dicho poder cuando ya no existía". En el mismo sentido, las sentencias de 29 de marzo de 1963[123] y 1 de octubre de 1990[124] que resuelve la cuestión planteada bajo la afirmación de que quien suscribió el contrato de compraventa "actuó como vendedor en el contrato, declarando estar, directamente, apoderado al efecto por los propietarios del inmueble", careciendo "de la representación que dijo ostentar, reseñando en el propio documento de venta un poder notarial con acabado detalle —notario autorizante, número del protocolo y fecha— que fácilmente permitía al comprador una verificación inexplicablemente omitida por éste, amén de la más elemental investigación en el Registro, tan usual en estos casos, y que, por consiguiente la relación jurídica de la que el comprador demandado pretende derivar su derecho, está incursa en la nulidad prevista en el artículo 1.259 del Código Civil, una vez que permanece también viva la aseveración del Juzgador de que, el propietario, supuestamente representado en el documento de venta, no llevó a cabo acto alguno que pueda ser calificado como de ratificación de lo convenido en aquel documento".

En esta línea jurisprudencial, citamos finalmente la sentencia de 9 de octubre de 2008[125]. En ella, se plantea la cuestión de la nulidad del negocio jurídico celebrado en representación sin poder. Señala que "El negocio jurídico precisa como elementos esenciales el consentimiento, objeto y causa, conforme al artículo 1261 del Código civil; en la representación sin poder, falta el elemento del consentimiento porque el falso representante no emite su declaración de voluntad sino que lo hace en nombre de otro, y éste, el seudorepresentado tampoco la emite porque nunca dio poder de representación: es, pues, un negocio jurídico inexistente, terminología o incluso concepto que se confunde con nulidad y tam-

bién se identifica una y otra o se incluye la primera en la segunda; así, cuando se da la ratificación, se completa con el consentimiento aquel negocio jurídico que, de inexistente (o nulo) pasa a ser existente, válido y eficaz".

Sin embargo, tal régimen no es uniforme en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, quien en sentencia de 10 de junio de 2002[126] se inclina por entender que el contrato así celebrado es anulable, dada la posibilidad de ratificación posterior.

La aplicación del régimen de la ineficacia o nulidad radical implicaría la imposibilidad de que el comprador adquiriera el dominio de la cosa por prescripción ordinaria; y en tanto no haya transcurrido el plazo para la adquisición por usucapión extraordinaria y se declare judicialmente el dominio del actor en tales supuestos, el dueño de la cosa cuya falsa representación otro se ha atribuido podrá ejercitar la acción de nulidad.

Poco probable será también la consolidación de una adquisición *a non domino*, partiendo del juicio de suficiencia que realiza el notario autorizante del título[127] y la calificación registral de la congruencia entre el poder invocado y el acto o negocio formalizado[128].

VI.II. El supuesto del representante aparente.

Todo lo señalado hasta ahora debe matizarse si nos encontráramos ante un supuesto de representación aparente. Al igual que ocurre en el supuesto anterior, la persona que actúa en nombre de otra lo hace sin poder de representación o incluso habiéndose este ya extinguido, pero bajo la apariencia externa de ostentar las facultades encomendadas que hacen razonablemente considerar a la otra parte contratante que el poder existe y subsiste en todos sus términos.

Entre las causas de extinción del contrato de mandato (aplicables al negocio de apoderamiento, habida cuenta la regulación que ofrece nuestro Código Civil, según hemos hecho referencia anteriormente) se encuentran las siguientes, conforme al artículo 1.732:

"1.º Por su revocación.
2.º Por renuncia del mandatario.
3.º Por muerte o por concurso del mandante o del mandatario.
4.º Por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición.
5.º Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos[129]".

Pese a esta enumeración de causas de extinción del poder conferido, el artículo 1.738 contiene una regla de salvaguarda de los terceros que hayan contratado con él de buena fe, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato; y no sólo de los terceros, sino también del propio mandatario que actúa confiando en la subsistencia del poder[130]. La invocación del precepto citado, para salvar el negocio celebrado amparado en la creencia de la subsistencia del poder, no será siempre fácil dadas las dificultades probatorias inherentes a la consecución de la certeza de que concurre un determinado estado subjetivo en la persona del apoderado o de aquél con quien éste contrate.

En efecto, compartimos la opinión de GUTIÉRREZ JEREZ[131] cuando afirma que "como elemento estructural, consideramos que es exigible tanto en el apoderado como en el tercero que contrata con él, ya que de otra forma otorgaríamos carta de naturaleza a negocios jurídicos afectados de nulidad por inexistencia de voluntad".

Esta concurrencia del requisito de la buena fe constituye la *ratio decidendi* en las distintas sentencias en las que nuestro Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de pronunciarse a este respecto. De manera incidental lo hace la sentencia de 25 de junio de 1990[132]; y analizando un supuesto en el que habiéndose constituido una hipoteca por un cónyuge en nombre y representación de su esposa, y pactándose además fianza personal, solidaria e ilimitada, en garantía de la deuda personal derivada del préstamo, se instó y se decretó la nulidad de la referida hipoteca, pero conservando validez el negocio de préstamo y la fianza personal solidaria. Recurrida en casación la sentencia de la Audiencia Provincial que confirmaba la del Juzgado de Instancia, declarada el Tribunal en sentencia de 24 de octubre de 2008[133] que "lo realizado por el mandatario tras las extinción del mandato es nulo (artículo 1259 CC) y como tal no vincula al mandante (artículo 1727 CC) y deja al mandatario como responsable frente al tercero (artículo 1725 CC). La excepción a la regla general viene dada por el citado artículo 1738 que exige, no obstante, la concurrencia de dos condiciones: en primer lugar, que el tercero con el que contrata haya actuado de buena fe; esto es, que desconociera la anterior extinción del mandato; y en segundo lugar, que el mandatario, en el momento de hacer uso del poder, ignorara la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato. Siendo necesaria la concurrencia de ambas condiciones para la validez del negocio, es claro que en el caso presente concurría la primera pero no la segunda, pues ni siquiera se ha discutido que el mandatario, en el momento de actuar como tal, conocía el anterior fallecimiento del mandante; de modo que la tesis sostenida en el recurso en aras a la ultra actividad del mandato por razón exclusivamente de la buena fe del tercero resulta incompatible con el propio texto de la norma".

En el mismo sentido que la anterior, la sentencia de 13 de febrero de 2014[134] desestimó el recurso de casación interpuesto por el que se solicitaba la declaración de nulidad de una venta y cancelación de las inscripciones registrales practicadas en contrato celebrado en virtud de poder notarial, el cual se hallaba extinguido por fallecimiento de los poderdantes, circunstancia conocida por el mandatario. También, para un caso en que el Juzgado de Instancia decretó la nulidad de una hipoteca cambiaria por haber sido otorgada la escritura con posterioridad a la revocación del poder; recurrida en apelación, la Audiencia estimó el recurso por entender que el artículo 1.738 es un precepto que otorga protección a los terceros de buena fe, sin necesidad de que concurra buena fe en la persona del mandatario, al haber actuado aquéllos confiados en la apariencia objetiva del mandante, la sentencia de 22 de enero de 2015[135] declara, en base a los antecedentes jurisprudenciales de la misma Sala, que " el artículo 1738 del Código Civil en el sentido de exigir para su aplicación la concurrencia de dos condiciones: en primer lugar, que el tercero con el que contrata el mandatario haya actuado de buena fe, o sea que desconociera la anterior extinción del mandato, condición que se da en el supuesto que enjuiciamos; y en segundo lugar, que dicho mandatario, en el momento de hacer uso del poder, ignorara la muerte del mandante o la concurrencia de cualquier otra de las causas que hacen cesar el mandato, condición esta que no concurre en el presente supuesto en el que el mandatario usó el poder cuando le había sido debidamente notificada su revocación. Por ello la tesis de la sentencia, en aras a la ultra actividad del mandato por razón exclusivamente de la buena fe del tercero resulta incomprensible con el propio texto de la norma y doctrina de la Sala que lo interpreta".

Finalmente, la sentencia de 19 de julio de 2018[136] parte del siguiente supuesto de hecho: se cuestiona la validez jurídica de una hipoteca constituida para garantizar un préstamo personal formalizado en virtud de poder otorgado diecisiete años del otorgamiento de la escritura de constitución, resultando que dicho apoderamiento trae origen de una relación sentimental entre poderdante y apoderado, la cual cesó varios años antes de la celebración del referido negocio, el cual no fue formalmente revocado. La sentencia de instancia entendió el poder tácitamente revocado y ordenó la cancelación de la inscripción de hipoteca en el Registro de la Propiedad. Formulado recurso de apelación, el mismo fue desestimado. El Tribunal Supremo, en la sentencia citada, estima tácitamente revocado el poder y, en cuanto a la pretensión de que el negocio así formalizado surta efectos respecto del tercero que ha contratado de buena fe, ignorando la extinción del mandato, vuelve a reiterar su doctrina anterior, dando especial relevancia al carácter sospechoso del poder, otorgado diecisiete años de la formalización de la escritura de constitución de hipoteca que, además, no se formalizaba para garan-

tizar la adquisición de la misma finca hipotecada, sino que lo hacía en garantía de una deuda personal del apoderado.

En realidad, estamos ante un supuesto de autocontratación que bien podría haberse salvado con el juicio notarial de suficiencia por el notario autorizante en caso de que el poder se extendiera también a negocios del representante consigo mismo, extremo inevitablemente sujeto a calificación registral, como resulta, entre otras, de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de junio de 2013[137].

El Centro Directivo también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este particular en varias ocasiones, constituyendo criterio determinante en la solución de los distintos recursos gubernativos resueltos la efectiva concurrencia del requisito de la buena en la subsistencia del poder y qué diligencia es exigible a este respecto.

La resolución de 8 de febrero de 2019[138] conoce del recurso planteado ante la nota de calificación que declara no inscribible la operación documentada por constar acreditado, a juicio del registrador, que el apoderado había sido notificado de la revocación del poder en cuya virtud actúa, dándose la circunstancia que la revocación tuvo entrada en el Registro con posterioridad a la fecha del asiento de presentación del título, por lo que no debió tenerse en cuenta por aplicación de las reglas de prioridad registral. En la escritura constaba la reseña por el notario de los datos del documento auténtico exhibido para acreditar la representación y el correspondiente juicio de suficiencia, pero se da la circunstancia de que la escritura de revocación de poder fue notificada en domicilio del apoderado en la persona de su madre, haciendo altamente probable que aquél tuviera conocimiento de la misma, pero ello, a juicio de la Dirección General no equivale a certeza absoluta de que el apoderado ha conocido el hecho de la revocación. Añade la resolución que "aquí los efectos de la notificación no se despliegan en perjuicio del propio apoderado, sino de un tercero. Se añade a ello la idea de que el poderdante, al emitir un poder cuya circulación le va a reportar unas ventajas en el tráfico, genera unos riesgos que debe asumir él, y no los terceros de buena fe con quienes se contratare. Y todo esto debe conducir a una forma diferente de ponderar los hechos y sus efectos en la esfera jurídica de los interesados. Porque, en la interpretación y aplicación del artículo 1738 del Código Civil, no parece razonable entender que el conocimiento por el apoderado de la revocación, que literalmente exige dicho artículo como fundamento de la eficacia de la misma en perjuicio del tercero de buena fe, pueda equipararse a la omisión de la diligencia exigible en general al notificado para conocer la notificación practicada. Más bien, parece que debe interpretarse que sea la buena fe subjetiva, es decir el hecho de que efectivamente el apoderado conociera la revocación, lo que determine

la ineficacia del poder y por tanto la nulidad del contrato formalizado en uso del mismo".

Pese al evidente riesgo de judicialización del caso planteado, la Dirección General opta por no exigir una diligencia especial al apoderado, bastando la concurrencia en el mismo de una buena fe subjetiva, que exigiría que el apoderado hubiera tenido cumplido y exacta conocimiento de la revocación del poder, criterio que reitera en resolución de 20 de septiembre de 2021[139]. Sin embargo, esa diligencia especial sí se exige al apoderado cuya revocación consta publicada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Entiende el Centro Directivo, en su resolución de 26 de julio de 2023[140], apoyándose en el artículo 1.219 del Código Civil, que constando publicado el hecho de la revocación, el contenido de la inscripción es oponible a la parte compradora en el título calificado. Añade que "Cuestión distinta es que, al no haber transcurrido el plazo de los quince días siguientes a la publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil», la revocación del poder inscrita y publicada no sea oponible a la compradora si prueba que no pudo conocerla (cfr. artículos 21, apartado 2, del Código de Comercio, y 9, apartado 2, del Reglamento del Registro Mercantil, antes transcritos), de modo que la ahora recurrente tiene abierta la vía jurisdiccional para la defensa de su posición jurídica".

Esta solución es plenamente acorde con los efectos de cognoscibilidad general que el ordenamiento anuda a la publicidad registral. Sería deseable y contribuiría a reducir sensiblemente la litigiosidad en este ámbito la constancia en el Registro Civil, como hechos y actos inscribibles, de los poderes concedidos por personas físicas y su revocación; sin embargo, no se encuentra ello incluido en la enumeración que de las operaciones susceptibles de provocar una inscripción en el Registro de personas hace el artículo 4 de la vigente Ley del Registro Civil.

Así pues, las consecuencias jurídicas derivadas de la existencia de un *falsus procurator* o de un supuesto de representación aparente difieren sustancialmente. En el primer caso, la jurisprudencia y doctrina niegan validez al contrato así celebrado, entendiéndose mayoritariamente que el contrato es nulo por aplicación del artículo 1.259 del Código Civil; en cambio, tratándose de un representante aparente, la buena fe de éste y del tercero que con él contrata es merecedora de protección y así se consagra en el artículo 1.738 al proclamar la validez del negocio así celebrado.

VI.iii. En la llamada representación indirecta.

Llegados a este punto, debemos volver sobre nuestros pasos y recordar cómo la sentencia de 28 de marzo de 2012 exigía el conocimiento por el comprador

de la ajenidad parcial de lo transmitido en orden a la aplicación del régimen de la venta de cosa ajena en aquellos supuestos en que un comunero vende, separadamente del resto, la cosa común. También nos planteábamos cuál pudiera ser el motivo que lleva a nuestro Tribunal Supremo a exigir este conocimiento por el comprador en los supuestos objeto de este comentario, separándose del régimen general que para la venta de cosa ajena fijó en su sentencia de 5 de marzo de 2007, admitiéndola con carácter general y con independencia del efectivo conocimiento de la situación de ajenidad, estableciendo como único límite para su validez el supuesto en que medie engaño por parte del vendedor, en cuyo caso cabría la anulabilidad por dolo, existiendo en otro caso la posibilidad de la correspondiente indemnización si la cosa no llegara a entregarse[141].

Pues bien, podríamos encontrar un paralelismo en la llamada "representación indirecta", en cuya virtud el representante actúa por cuenta de su mandante, pero en su propio nombre, con las consecuencias que el artículo 1.717 de nuestro Código Civil anuda a tal proceder y es que, "cuando el mandatario obra en su propio nombre el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo". En tales casos, como señalan DÍEZ PICAZO y GULLÓN[142], "frente al tercero, el asunto es como si fuera personal del mandatario y éste es el obligado por el contrato. Hay una ruptura aparentemente total entre las relaciones mandante-mandatario por una parte, y las relaciones mandatario-tercero por otra. El negocio celebrado entre estos últimos sería *res inter alios acta* respecto del mandante".

Pero el propio precepto complica lo que en su primera parte es consecuencia lógica de la actuación de una persona en su propio nombre, aunque gestione intereses ajenos, que no es otra que la de no poder vincular con sus actos el patrimonio de otro; así añade el precepto la excepción de que se trate de "cosas propias del mandante".

La interpretación de esta expresión también ha sido variada. DIÉGUEZ OLIVA[143] la resume señalando cómo para un sector doctrinal debe tratarse de cosas de propiedad del mandante; otros consideran que hay que limitar la excepción a los actos de disposición de bienes muebles, ya que para los bienes inmuebles se exige la identificación del titular de los mismos por aplicación del principio de tracto sucesivo; finalmente, la de quienes consideran que la referida expresión engloba los asuntos o negocios del principal, y ello porque las anteriores posturas únicamente admitirían la eficacia de la actuación del mandatario en caso de disponer de un bien del mandante, pero no cuando el negocio celebrado consiste precisamente en la adquisición por el mandatario para que lo adquirido ingrese en el patrimonio del *dominus negotii*.

Advierte BUSTOS PUECHE[144] que "lo decisivo no es la pertenencia de las cosas sino la situación fáctica que revela y de la cual el tercero puede inferir la legítima presunción que le permite aceptar la actuación del mandatario. Fiado en la apariencia que se ofrece a su vista, el tercero acepta contratar con el representante, aun cuando sabe que el obligado será el otro"; por eso, a su juicio, no puede reducirse el ámbito de la excepción a bienes materiales muebles o inmuebles, sino que "lo determinante es el estado fáctico que se ofrece ante terceros y sobre el que se monta la apariencia jurídica que, a la postre, permitirá la actuación eficaz de las partes contratantes. Lo decisivo es que todos conocen ese estado fáctico del que se puede inferir, sin abuso dialéctico, la regularidad de la actuación de unos y otros".

En efecto, la apariencia ha sido tenida en cuenta en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo para configurar la figura tratada. En sentencia de 8 de junio de 1966[145] señaló que "el párrafo segundo del articulo 1.717 de nuestro Código Civil abre la puerta a una excepción, porque aún cuando el mandatario actúe en nombre propio, como las cosas son del mandante, aparece *ipso facto* el mandato, puesto que el mandatario no puede disponer o actuar con relación a ellas sino con tal calidad, y tanto el mandante como el tercero no pueden tampoco menos de darse cuenta de que se trata de un acto de mandato, solo cuando las cosas sean notoriamente propias del mandante, no cabe titularidad del mandatario, porque se trata de representación directa, de *contemplatio domini ex facti circunstantiis sive ex re* o de poder por apariencia, mas cuando las cosas del *dominus* no tienen notoriedad suficiente para montar un poder por apariencia, sólo existirá una responsabilidad *adjectitia qualitatis*, una *actio de in rem verso* para reclamar no las obligaciones del contrato al *dominus*, sino sólo el enriquecimiento, supuesto que en general alcanzará aplicación cuando el tercero hubiere tenido conocimiento de que la cosa pertenecía al mandante después de haber contratado con el mandatario".

También las más recientes sentencias de 22 de abril de 2005[146] y 3 de enero de 2006[147] inciden en que, en estos supuestos se genera una *contemplatio domini tacita*, fundada en el hecho de que el tercero contratante efectivamente conozca tal situacíon.

Si tenemos en cuenta lo anterior, podemos distinguir ciertamente aquellos supuestos en que uno de los copropietarios o coherederos actúa en nombre del resto de condueños enajenando la cosa común atribuyéndose falsamente o por error su representación, de aquellos otros en que este condómino actúa efectivamente por cuenta del resto, pero en su propio nombre.

En tal caso, la línea de separación entre la aplicación del régimen de la venta de cosa ajena y el instituto de la representación indirecta no será fácil de fijar, dependiendo de las situaciones fácticas concurrentes en el concreto supuesto de

hecho. Tratándose de la venta de cosa ajena, el copropietario enajenante estará obligado a adquirir la cosa para entregarla al comprador en base a las obligaciones asumidas en el contrato, determinando el incumplimiento de la referida obligación la resolución del contrato con resarcimiento de daños y perjuicios, en su caso; en la llamada representación indirecta, por su parte, el negocio celebrado surtirá efectos en la esfera jurídica del mandante, siendo éste el obligado, y un eventual incumplimiento determinará las mismas consecuencias que en el supuesto anterior, con una fundamental diferencia por cuanto, en tal caso, si bien no existe un criterio uniforme en la jurisprudencia, como resulta de la citada sentencia de 22 de abril de 2005, debe aclararse cuál es la situación en que queda el mandatario con respecto a las personas con quien contrató, inclinándose por la vinculación de éste, con la posibilidad de que se ejerciten acciones contra el mismo.

Tanto en el supuesto de venta de cosa parcialmente ajena como para la aplicación de la excepción contemplada en el artículo 1.717.2 del Código Civil que permitiría la vinculación del *dominus* de lo hecho por el gestor que actúa en su propio nombre, hemos visto cómo la jurisprudencia exige el conocimiento de tal situación por el comprador, porque así lo revele la apariencia o por existir *contemplatio domini*. En el primer caso, el copropietario estará obligado a adquirir la cosa del resto de condueños para culminar el entero proceso traslativo; en el segundo, será el dueño del negocio (en nuestro caso, el resto de copropietarios distintos de aquél que contrató con el tercero en nombre propio) quien estará obligado a efectuar la entrega; pero en ambos casos se exige, como hemos dicho, ese conocimiento efectivo de la ajenidad de lo transmitido, si bien, ciertamente no se encuentra razón para su exigencia en los supuestos de venta de cosa parcialmente ajena, separándose así el propio Tribunal de su doctrina, como antes advertíamos.

Una vez más, la solución dependerá de las circunstancias de hecho, pero merece la pena detenerse en esa exigencia que hemos reiterado de conocimiento por el comprador del hecho de la ajenidad parcial y del paralelismo con el supuesto de la representación indirecta, que exige, como hemos visto, el conocimiento de esa situación por aquellos que contratan con el gestor, resultando que una de las características del instituto de la representación indirecta es la voluntad del dueño del negocio de permanecer oculto a aquéllos que contratan con el mandatario; de esta manera, será ciertamente complicado que éstos tengan conocimiento de su existencia y, en consecuencia, de la relación mandante-mandatario.

Será extremadamente difícil vislumbrar cuándo estamos efectivamente ante un caso de venta parcialmente ajena de aquellos otros en que un representante indirecto concierta la venta de una cosa poseída en común, pero en su propio nombre y que, posteriormente, el resto de copropietarios no estén de acuerdo con

las gestiones realizadas o se arrepientan de los acuerdos alcanzados. Ciertamente la similitud entre ambos supuestos es más que evidente. Puede argumentarse que el mandatario no puede traspasar los límites del mandato, pero determinar cuáles sean esos límites será ardua tarea cuando esa representación no esté documentada.

Y, como en una amplia proporción de casos la situación de comunidad traerá causa de lazos familiares o de vínculos afectivos, más o menos intensos, no debe reputarse en absoluto extraño que uno sólo de los copropietarios gestione los intereses del resto pero actuando en nombre propio, confiando no ya el tercero, sino él mismo de que lo actuado por él será aceptado por sus mandantes, que han depositado en aquél el encargo de celebrar la venta de la cosa común.

Incluso los efectos, para el caso de incumplimiento, serán similares en cuanto a la posición del comprador con respecto a la cosa adquirida, pues ya habíamos señalado anteriormente cómo la jurisprudencia se pronuncia con disfavor a que el comprador adquiera menos derechos en la cosa transmitida de aquéllos que inicialmente deseaba obtener e, igualmente, no se muestra partidaria de que éste ingrese en la comunidad, siendo un extraño que pudiera entorpecer o dificultar enormemente la realización de actos de administración sobre la cosa. En la representación indirecta, siendo el que actúa en nombre propio copropietario de la cosa transmitida y actuando en interés del resto de condueños, no encontramos razones para encontrar una solución distinta, pues es evidente que en caso de incumplimiento se habrá frustrado la finalidad perseguida por el contrato, que no es sino la adquisición de la cosa en su totalidad.

Cabe señalar, finalmente, que al tratarse de actos de enajenación, en estos supuestos de representación indirecta no existirán problemas para su constancia registral, toda vez que los bienes consten inscritos a nombre del dueño del negocio[148], dado que "no será necesaria la previa inscripción o anotación a favor de los mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes", conforme al artículo 20.4º de la Ley Hipotecaria.

VII. CONCLUSIONES.

I. El carácter consensual del contrato de compraventa, cuyos efectos, con independencia de la finalidad perseguida en el mismo, se limita a generar obligaciones para las partes ha servido de base para abrir paso a una corriente jurisprudencial que con acierto, a nuestro juicio, reconduce

los supuestos de venta por un copropietario o coheredero aisladamente al régimen de la venta de cosa ajena, siquiera sea parcialmente.

II. La jurisprudencia ha sido vacilante a este respecto y desde la declaración de nulidad bien por falta de objeto (al ser la cosa ajena), bien por falta de consentimiento, ha optado finalmente por aplicar el régimen de la venta de cosa ajena en estos supuestos, si bien vemos cómo en sentencias posteriores aún parece titubear sobre el concreto régimen de ineficacia al que, en su caso, pudiera estar sometido el negocio.

III. Pero la validez del contrato así celebrado dependerá de la postura que se acoja en cuanto a la naturaleza jurídica de estas situaciones de indivisión y de cómo la regulación de nuestro Código Civil ofrece soluciones tanto como para facilitar la consumación del contrato como para optar por su resolución en el caso de que el incumplimiento de éste sea imposible o no concurra la voluntad de todos los interesados.

IV. Y es que, afirmando el encaje del supuesto estudiado en los casos de venta de cosa ajena, ello no modifica el régimen que en materia de disposición de la cosa común previene el Código en su artículo 397. La unanimidad es exigida en estos casos, de conformidad con el citado precepto, debiendo interpretarse la norma contenida en el párrafo 2º del artículo 399 del Código Civil como la reguladora de aquellos supuestos de comunidad que podemos calificar de "universal", por recaer sobre un conjunto de bienes y derechos y para los que nuestro Código no establece una regulación específica, pues la remisión en su regulación a las normas de la comunidad de bienes, determina que por aplicación de este artículo 399.2 el efecto de la enajenación quede limitado a la parte que se le adjudique en la división al cesar la comunidad, esto es, al realizarse la división y adjudicación del haber partible, en el supuesto de que lo vendido por un único copropietario sea un bien integrante de la comunidad hereditaria.

V. Fuera de la regla de la unanimidad o si lo vendido no fuere definitivamente adjudicado al vendedor, lo que así se transmita entrará dentro del régimen de la venta de cosa ajena. Ahora bien, supeditando la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo este concreto régimen jurídico a la circunstancia de que el comprador conozca el hecho de la ajenidad parcial, separándose así del régimen que para la venta de cosa ajena tiene establecido en su propia doctrina.

VI. Ante un incumplimiento, el comprador podrá exigir desde luego del vendedor que realice todas las acciones conducentes a la consumación del contrato, esto es, que se produzca la tradición que conllevará la adquisición del dominio por efecto de la teoría del título y el modo;

en caso de incumplimiento, siempre podrá optar por la resolución del contrato con el abono de los daños y perjuicios causados. También entendemos que el resto de copropietarios que, en principio son ajenos al contrato celebrado, podrán usar de determinados remedios para evitar no ya la venta de la totalidad de la cosa, pues no puede vincularles lo hecho por uno sólo de los copropietarios, por efecto del principio de relatividad de los contratos, pero sí para evitar la entrada de un tercero extraño a la comunidad, siendo tal medio el ejercicio de una acción declarativa de dominio, además de la posibilidad de utilizar el retracto de comuneros.

VII. Tratándose de una venta realizada por un coheredero debe llegarse a la misma conclusión, si bien con la particularidad, ya indicada, de quedar limitado el efecto de la enajenación a la parte que se le adjudique en la división, por aplicación del artículo 399.2 del Código Civil, sin necesidad de recurrir a construcciones artificiales para justificar la admisibilidad de la compraventa así celebrada. No estamos ante una venta bajo condición suspensiva que haga valer su eficacia del resultado de una adjudicación hereditaria, ni tampoco en presencia de una *emptio rei speratae*. Es un contrato de compraventa, y como tal, únicamente generador de obligaciones, cuya eficacia jurídico-real quedará supeditada a la efectiva entrega de lo vendido al comprador, entrega que no supondrá obstáculos para el coheredero vendedor que se adjudique definitivamente el bien objeto del contrato.

VIII. Todos estos supuestos tendrán su mayor repercusión cuando se trate de bienes no inscribibles o bien no se solicite su inscripción, pues a efectos registrales, como es lógico la producción de efectos en el plano jurídico-real exigirá, por aplicación del principio de tracto sucesivo, consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que todos los condueños participen y consientan en el acto dispositivo, pues sólo a todos corresponde la plena disposición de la cosa, como hemos dicho.

IX. Supuesto distinto es aquél en que uno de los copropietarios, falsa o erróneamente se atribuye la representación del resto. En estos casos, la jurisprudencia es prácticamente uniforme. Se inclina por aplicar el régimen de la nulidad, derivado de la regla contenida en el artículo 1.259 del Código Civil. Esta solución, lógicamente, debe matizarse en aquellos supuestos de representación aparente, basados en la buena del apoderado y del tercero que con él contrato, que desconocen de la existencia de alguna de las causas que hacen extinguir la representación. Hay que reconocer la validez del contrato y el mismo producirá

los efectos que le son típicos, por reconocerlo expresamente el artículo 1.738.

X. Por último, nos hemos referido a aquellos casos en que el representado se muestra oculto, pues el representante actúa en nombre propio, pero gestionando negocios e intereses de aquél. Es la llamada representación indirecta. Su admisión exige un conocimiento efectivo por el tercero de que el *dominus* es el verdadero interesado en la celebración del contrato. Esta exigencia de *contemplatio domini* acerca estos supuestos a la exigencia jurisprudencial de conocimiento por el comprador del hecho de la ajenidad parcial para la aplicación del régimen de la venta de cosa ajena, planteando serios problemas probatorios deslindar cuándo estamos ante realmente ante un caso de venta parcialmente ajena o cuándo ante un supuesto de copropietario que, actuando en nombre propio, tiene encomendada la enajenación de la cosa común, existiendo entre los condueños desaveniencias posteriores a la celebración del contrato en orden a las condiciones pactadas en el mismo. El resultado práctico no diferirá de uno a otro supuesto y, en la mayoría de los casos, ocurrirá precisamente que el copropietario vendedor en realidad actúa gestionando, como dice el artículo 1.717, "cosas propias del mandante", o lo que es lo mismo, del resto de copropietarios o coherederos que, por distintas circunstancias, no estén conformes con lo actuado por aquél.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*. Tomo I. Ed. Bosch, Barcelona, 1979.

BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., "La tradición como modo de adquirir la propiedad", *Revista de Derecho Privado*, febrero 1967.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, "La comunidad de bienes en Derecho español", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1954.

BUSTOS PUECHE, J.E., "La llamada representación indirecta", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, noviembre-diciembre 2014.

CAMPOS PORRATA, A., "Mandato y representación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 85, 1932.

CHAMORRO PIÑERO, S., "Los derechos hereditarios", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 169, 1941.

CUENA CASAS, M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Bosch, Barcelona, 1996.

CUENA CASAS, M., "Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil). Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007. Alcance del ar-

tículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral", Dykinson, Boletín Oficial del Estado, Corpme, 2008.

DÍEGUEZ OLIVA, R., "Comentario al artículo 1.531" en *Código Civil comentado, Volumen IV*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

DÍEGUEZ OLIVA, R., "Comentario al artículo 1.717" en *Código Civil comentado, Volumen IV*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil, Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial, Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. Ed. Tecnos, Madrid, 1996.

DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. Ed. Tecnos, Madrid, 1998.

DÍEZ PICAZO, L., en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vól. I. Introducción. Teoría del Contrato*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

DÍEZ SOTO, C.M., "Comentario al artículo 1.051 del Código Civil" en *Código Civil comentado, Volumen II*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

ESTRUCH ESTRUCH, J., *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

FERNÁNDEZ CHACÓN, I., "La venta de bienes hereditarios por un coheredero aisladamente", en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, dirigida por GARCÍA SÁNCHEZ, J., vol. 8, BOE, Barcelona, 2017.

GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., "Cotitularidad y comunidad. Gesammte hand o comunidad en mano común", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 221, 1946.

GARCÍA VALDECASAS, G., "La comunidad hereditaria", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, VII, pág. 256, 1953.

GIMÉNEZ ROIG, E., *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa (Condicionada legalmente a la qdquisición por el comprador de la posesión en concepto de dueño de la cosa mediante la tradición por el vendedor o supletoriamente mediante la puesta en posesión por el juez, e incondicionada cuando el vendedor está desposeído)*, CORPME, Madrid, 1991.

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., "La comunidad hereditaria", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 75, 1931.

GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Universidad de Sevilla, 1.978.

GORDILLO CAÑAS, A., "Compra de cosa ajena cuyo precio no llegó a pagar el vendedor non dominus. Traditio sine causa. ¿Adquisición de buena fe? (Comentario a la Sentencia de 5 de mayo de 1983)", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, 1984.

GUTIÉRREZ JEREZ, L.J., "La necesaria concurrencia de la buena fe en relación a la libre disposición de bienes y en cuanto a la actuación mediante apoderado cuando el poder esté extinguido", *Revista de Derecho Civil*, Vol. VII, núm. 1.

KARRERA EGIALDE, M.M., "Comentario al artículo 597" en *Código Civil comentado, Volumen I*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

LARRONDO LIZARRAGA, J.M., *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*, CORPME, Madrid, 1994.

MÉNDEZ APENELA, E., "La venta de cosa común por el comunero aislado", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 2, 1992.

MÉNDEZ GONÁLEZ, F.P., *Evolución institucional de los sistemas de transmisión onerosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

MIQUEL GONZÁLEZ, "Comentarios a los artículos 397 y 399", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo V, vol. 2*, dirigido por M. ALBALADEJO, Madrid, Edersa, 1985.

MORENO MOCHOLÍ, M., "¿Es esencial a la compraventa la obligación de transmitir el dominio?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 205, junio 1945.

MURGA FERNÁNDEZ, J.P., *Comunidad hereditaria y Registro de la Propiedad*, Aranzadi, Las Rozas (Madrid), 2024.

PÉREZ GURREA, R., "Validez de la venta de la totalidad de una cosa común realizada por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás: aplicación de la venta de cosa ajena a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 734, noviembre-diciembre 2012.

RIVAS MARTÍNEZ, J.J., en *Derecho de sucesiones común y foral. Tomo II*, Dykinson, Madrid, 2009.

RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial. Tomo III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., "Comentario al artículo 1.464 del Código Civil" en *Código Civil comentado, Volumen IV*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

RUBIO GARRIDO, T., "Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad", *Publicaciones del Real Colegio de España*, Bolonia, 1993.

RUBIO GARRIDO, T., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2005", CCJC, núm 70, 2006.

RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., "Comentario al artículo 1.479" en *Código Civil comentado, Volumen IV*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

YZQUIERDO TOLSADA, M., "Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil). Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 28 de marzo de 2012 (2154/2012). La compraventa celebrada por un comunero aisladamente, conociendo el comprador que no todo lo vendido pertenecía al vendedor, es un contrato válido", Dykinson, Boletín Oficial del Estado, Corpme, 2008.

NOTAS

[1] Así la conceptúa el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:799), que al referirse a la acción de división regulada en el artículo 400 del Código Civil señala que "este reconocimiento tan explícito de la acción de división se presenta como aplicación de uno de los principios rectores que informan la comunidad de bienes conforme a su clara orientación romana".

[2] RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 72 y 73, considera que la comunidad hereditaria se inserta "muy claramente en el tronco común de la comunidad romana", basándose en que cada heredero podrá realizar actos de enajenación o gravamen de su derecho hereditario, que se concretarán, una vez se haga la partición, sobre la parte que corresponda al mismo, así como en la posibilidad de ejercitar una acción para obtener una declaración judicial que determine la cuota ideal de cada heredero en la comunidad (STS de 16 de diciembre de 1960, ECLI:ES:TS:1960:810).

[3] Sin terminar de decantarse sobre si nos encontramos ante una comunidad germánica o una *universitas*, el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de mayo de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:3716) señaló que "Antes de la partición, la comunidad hereditaria está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a los coherederos conjuntamente; es decir, éstos tienen un derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, sino recae sobre el total que integra el contenido de la herencia; es una sola comunidad sobre la universalidad de los bienes y derechos hereditarios. Los titulares, coherederos, lo son del todo considerado unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes y derechos".

[4] DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 570.

[5] El deslinde entre ambos tipos de comunidad se manifiesta cuando se atiende a las características esenciales de cada una de ellas. Siguiendo a MURGA FERNÁNDEZ, J.P., *Comunidad hereditaria y Registro de la Propiedad*, Aranzadi, Las Rozas (Madrid), 2024, pp. 41 y ss., señala como caracteres fundamentales de la comunidad romana los siguientes: "1º) El derecho sobre el que recae la comunidad se divide en cuotas ideales (expresadas en fracciones o tantos por ciento), que se atribuyen a cada uno de los comuneros. 2º) Los comuneros tienen posibilidad de disponer libremente de su cuota, y salir así de la comunidad (que, sin embargo, subsiste). 3º) Los comuneros tienen a su disposición en cualquier momento la acción de división, que pone fin a la situación de comunidad". En cambio, tratándose de la comunidad germánica, sus rasgos definidores y que la separan de la comunidad ordinaria los define del siguiente modo: "1º) Propiamente no existen las cuotas, sino que cada comunero tiene un derecho global sobre el bien, limitado por la presencia de otros derechos similares de los demás comuneros: en todo caso, podría hablarse de cuotas únicamente para expresar la participación que corresponde a cada uno en la comunidad (es decir, la diferente intensidad de su derecho global, en relación con el de los demás comuneros). 2º) No hay posibilidad de disponer —vender, donar, permutar— del propio derecho, y salir así de la comunidad. 3º) No existe acción de división".

[6] DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Patrimonial, Tomo I. Introducción. Teoría del Contrato*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 98.

[7] Artículo 1.445 del Código Civil.

[8] (ECLI:ES:TS:1997:4219).

[9] Un estudio detenido sobre el particular se encuentra en la obra de RUBIO GARRIDO, T., "Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad", Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993.

[10] DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial, Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 285.

[11] MORENO MOCHOLÍ, M., "¿Es esencial a la compraventa la obligación de transmitir el dominio?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 205, junio 1945, p. 382.

[12] (ECLI:ES:TS:1928:136).

[13] (ECLI:ES:TS:1936:126).

[14] GIMÉNEZ ROIG, E., *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa (Condicionada legalmente a la qdquisición por el comprador de la posesión en concepto de dueño de la cosa mediante la tradición por el vendedor o supletoriamente mediante la puesta en posesión por el juez, e incondicionada cuando el vendedor está desposeído)*, CORPME, Madrid, 1991, pp. 417 y ss.

[15] Como afirmó BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., "La tradición como modo de adquirir la propiedad*"*, *Revista de Derecho Privado*, febrero 1967, pp. 104 y ss., "la tradición, en sí, es paso de posesión, pero no es modo de adquirir la posesión, ni como hecho ni como derecho, sino transmisión de la posesión, en cuanto señorío efectivo sobre la cosa, en función de adquisición del dominio de la cosa entregada. En el total mecanismo del sistema de adquisición de la propiedad "por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición", ésta desempeña una función específica que no es transmitir la propiedad ni la posesión en cuanto titularidades jurídicas, sino transmitir el señorío de hecho sobre la cosa y mediante él la posibilidad de ejercitar el derecho real que se transmite en virtud de una justa causa (…). No otra cosa quiere decir nuestro Código Civil en el artículo 1.462 al decir "que se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador"; artículo que hay que poner en relación con los artículos 1.445 y 1.450, en los que se establece el efecto obligatorio consensual del contrato de compraventa. A la misma conclusión se llega poniendo en relación el artículo 609 con el 1.095"

[16] CUENA CASAS, M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 231.

[17] MÉNDEZ GONÁLEZ, F.P., *Evolución institucional de los sistemas de transmisión onerosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 473.

[18] Regulada en los artículos 464 del Código Civil, 34 de la Ley Hipotecaria y 85 del Código de Comercio.

[19] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, "La comunidad de bienes en Derecho español*"*, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1954, p. 171. El autor realiza un pormenorizado estudio sobre la comunidad de bienes y sobre su naturaleza jurídica, subdividiendo las doctrinas más importantes en torno al problema en tres grupos principales: aquéllas que reputa como "teorías de la interinidad", las que denomina "teorías de la unificación del derecho de propiedad" y finalmente las llamadas "teorías de la división", subdividiéndolas además entre sí. De este modo, las teorías de la interinidad parten de la premisa de que "la propiedad, durante el tiempo de la comunidad, deja de existir, presentándose en una situación interina que dura hasta que se produce el momento de la división".

En cuanto al segundo grupo de teorías, distingue: a) teoría de la propiedad única total: en la que entiende que existe una propiedad única sobre toda la cosa, atribuida a cada uno de los copropietarios, esto es, una sola propiedad con varios sujetos; b) teoría de la propiedad de

la colectividad o unanimidad: que afirma también la existencia de una única propiedad total, pero que corresponde a una colectividad que, sin embargo, no llega a constituir una persona jurídica; c) la copropiedad como persona jurídica: según ella, "la colectividad de los copropietarios constituye una persona jurídica distinta de los copartícipes, que es el verdadero sujeto del condominio".

Finalmente, dentro del tercer grupo de teorías nacidas para explicar la naturaleza jurídica de la figura, nos encontramos con las siguientes: a) teoría de la división de la cosa: o "teoría de la propiedad plúrima parcial", que entiende que unidad en el objeto y pluralidad en el sujeto son sus rasgos definidores, pero aquél permanece en su integridad física, sin distribución material en partes; b) teoría de la división del derecho: existe un derecho de propiedad único, que está dividido entre varios titulares, sobre un mismo objeto, la cual puede subdividirse además en: i) teoría de la división del derecho de propiedad en partes ideales, como una división ideal o espiritual del mismo; ii) teoría de la división real derecho de propiedad: esta división del derecho de propiedad es una división real, teniendo cada una de las partes atribuidas a los copartícipes la misma naturaleza que el derecho dividido; iii) teoría de la división del contenido del derecho, que entiende que la coexistencia de varios derechos de propiedad viene impuesta por la existencia de determinadas facultades del derecho común que no se pueden ejercitar conjuntamente; iv) teoría de la división del derecho, en su extensión: según ella, existen varios derechos sobre la misma cosa, idénticos en cuanto a su objeto y contenido, sin embargo, está dividido en su extensión, habiendo sido sustituido el derecho único por varios derechos iguales entre sí e iguales al que sustituyen, del tal manera que la cuota representa la medida de la extensión de cada uno de estos derechos; c) teoría de la división del valor: que considera que lo que está divido no es la cosa, ni el derecho, sino el valor que éstos representan.

[20] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit., p. 279.

[21] Estas alteraciones de índole material, entendidas como aquéllas que alteran la sustancia de la cosa común, requieren, como se ha dicho, la unanimidad de los copropietarios, tal como manifiesta de modo reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por citar sólo algunas de las más recientes, tratándose de un supuesto de subdivisión de un local integrado en un edificio dividido horizontalmente, propiedad de varios copropietarios, se exigió el consentimiento de la totalidad de los mismos, por imperativo del artículo 397 del Código Civil (RDGRN de 6 de septiembre de 2002, B.O.E. núm. 270, de 11 de octubre de 2002). En materia de declaración de obra nueva, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en Resolución de 6 de junio de 2022 (B.O.E. núm. 155, de 29 de junio de 2022), desestimó el recurso interpuesto ante la negativa del registrador a la práctica de una inscripción de obra nueva declarada por uno de los copropietarios, en base al artículo 397 del Código Civil, sin que pueda entenderse que la cuota indivisa perteneciente a uno de los otorgantes conlleve el uso individualizado de una parte de la finca; en los mismos términos, la resolución de 11 de julio de 2022 (B.O.E. núm. 184, de 2 de agosto de 2022).

[22] MIQUEL GONZÁLEZ, "Comentarios a los artículos 397 y 399", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *Tomo V, vol. 2*, dirigido por M. ALBALADEJO, Madrid, Edersa, 1985, pp. 383 a 387 y 422 a 427.

[23] ESTRUCH ESTRUCH, J., *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 230 y ss.

[24] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit., pp. 80 y 84.

[25] Aunque es cierto que pueden ser integrantes de la comunidad hereditaria personas extrañas entre sí, la realidad es que en la mayoría de los casos, tal comunidad está integrada por el cónyuge sobreviviente y los descendientes comunes. Tratándose de sucesión intestada, los

lazos de parentesco resultan del propio llamamiento a la herencia efectuado por la ley (artículos 912 y ss. del Código Civil).

[26] Con MURGA FERNÁNDEZ, J.P., op. cit., p. 70, "la comunidad hereditaria se caracteriza, ante todo, por reunir a un conjunto de sujetos que comparten la titularidad sobre un mismo objeto. Al definir lo que se entiende por comunidad hereditaria se comprobó que la clave para la determinación de los sujetos que integran la comunidad es la llamada a una parte alícuota e indeterminada del patrimonio hereditario. De ahí que formen parte de la comunidad hereditaria indudablemente los coherederos, los legatarios de parte alícuota y los legitimarios (también el cónyuge viudo)". Igualmente, DÍEZ SOTO, C.M., "Comentario al artículo 1.051 del Código Civil" en *Código Civil comentado, Volumen II*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1697 y ss., señala que "el complejo entramado de intereses que se forma en torno a la situación transitoria de indivisión de la herencia dificulta extraordinariamente la formulación de unos criterios claros que permitan determinar cuáles, de entre los sujetos que ostentan derechos o intereses respecto a la herencia indivisa (herederos, legatarios de parte alícuota, legitimarios, cónyuge viudo, cesionarios de cuota, acreedores, etc.), deben ser considerados, en sentido propio, como miembros o partícipes de la comunidad hereditaria", destacando el papel protagonista del heredero en el Código Civil y la negación del carácter de participe en la comunidad hereditaria de aquéllos que, aun pudiendo instar el juicio de testamentaría, evidentemente no pueden considerarse miembros de la misma, como es el caso de los acreedores. De tal modo que tal condición ha de limitarse "a aquellos supuestos a quienes corresponde la titularidad sobre una parte alícuota no concretada —total o parcialmente— del caudal relicto, de tal manera que su posición jurídica respecto a los bienes y derechos integrados en éste sea equivalente, desde un punto de vista cualitativo, a la que tenía el causante".

[27] KARRERA EGIALDE, M.M., "Comentario al artículo 597" en *Código Civil comentado, Volumen I*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 2.318. El autor afirma que la constitución de una servidumbre voluntaria, en cuanto perjudica el interés de la comunidad y altera el propio objeto en condominio, demanda el acuerdo unánime de todos los copartícipes, añadiendo que este necesario consentimiento común no tiene por qué ser simultáneo, sino que puede ser sucesivo, en la expectativa de que se alcance la unanimidad; pero la concesión otorgada por cada comunero adquiere eficacia obligatoria en la relación entre el comunero en cuestión y el adquirente del derecho.

[28] RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., "Comentario al artículo 1.464 del Código Civil" en *Código Civil comentado, Volumen IV*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 88.

[29] Así también lo exige el artículo 552-7 del Libro V del Código Civil de Cataluña.

[30] No obstante lo anterior, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de diciembre de 2004 (B.O.E. núm.2, de 3 de enero de 2005), admitió la inscribilidad de una cláusula estatutaria que permite la atribución de facultades de enajenación o gravamen a los partícipes que representen el 75% de las cuotas de participación, afirmando que tanto notario como registrador no dudan de la licitud de la misma; aducido por el registrador que la inscripción de tal cláusula podría plantear problemas en caso de que al mismo tiempo un copartícipe enajenara su cuota de participación que consiste en un 25% y el resto vendieran la totalidad de la finca, entiende la Dirección que "el hecho de que puedan hipotéticamente plantearse —los problemas señalados— no puede hacer llegar a la conclusión de que la cláusula no

es inscribible, pues, partiendo de que la disposición aislada de la cuota de cada partícipe es un derecho esencial, dichos problemas siempre pueden plantearse si se reconoce una disposición de la finca que no sea por unanimidad, y este tipo de disposición es lícita pues se trata con ella de proteger intereses lícitos y perfectamente justificados".

[31] (ECLI:ES:TS:1988:5328). Es de destacar que el Alto Tribunal ni siquiera admite la validez parcial del contrato, por entender que, viniendo la venta referida a la totalidad de la finca, reducir el alcance de la misma a las participaciones de que era titular el vendedor sería contrario a la causa del contrato.

[32] STS de 23 de octubre de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:7547), STS de 30 de junio de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:4735) o STS de 13 de noviembre de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:8845).

[33] (ECLI:ES:TS:2008:5222).

[34] (ECLI:ES:TS:1948:1509).

[35] (ECLI:ES:TS:1972:3258).

[36] (ECLI:ES:TS:1992:3152).

[37] PÉREZ GURREA, R., *"*Validez de la venta de la totalidad de una cosa común realizada por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás: aplicación de la venta de cosa ajena a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012*"*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 734, noviembre-diciembre 2012, p. 3.572.

[38] (ECLI:ES:TS:1971:146).

[39] (ECLI:ES:TS:1977:67).

[40] (ECLI:ES:TS:1992:17612).

[41] (ECLI:ES:TS:1991:10369).

[42] (ECLI:ES:TS:2008:1553).

[43] (ECLI:ES:TS:2009:154).

[44] (ECLI:ES:TS:2012:2154).

[45] YZQUIERDO TOLSADA, M., "Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil). Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 28 de marzo de 2012 (2154/2012). La compraventa celebrada por un comunero aisladamente, conociendo el comprador que no todo lo vendido pertenecía al vendedor, es un contrato válido", Dykinson, Boletín Oficial del Estado, Corpme, 2008, p. 132.

[46] Artículo 1.950 del Código Civil.

[47] CUENA CASAS, M., "Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil). Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007. Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral*"*, Dykinson, Boletín Oficial del Estado, Corpme, 2008, p. 366.

[48] Como dice RIVAS MARTÍNEZ, J.J., en *Derecho de sucesiones común y foral. Tomo II*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 1961, "en esta clase de legado no se trata de que el testador disponga directamente de la cosa de otro, sino que simplemente impone una obligación al heredero de adquirir una cosa ajena y señala como acreedor de esta obligación al legatario favorecido. El heredero, al aceptar la herencia, asume tal obligación".

[49] RUBIO GARRIDO, T., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2005*"*, *CCJC*, núm 70, 2006, pp. 463 y 464, de modo sintético señaló cómo "bajo un supuesto de hecho tan ampliamente descrito, caben muchísimas diversificaciones fácticas ulteriores, que motivarían la aplicación de regímenes jurídicos muy diferentes (condicional en sentido estricto, por ejemplo, si se sometió, expresa o tácitamente, la eficacia del contrato a la aprobación del *verus dominus*, —arts. 1.120 y 1122 CC—; nulidad por causa torpe —arts. 1.305 y 1.360 CC—, o, en general ilícita —ex art. 1.275 CC; validez por *ratihabitio* ex art.

1.259, II CC; régimen de saneamiento por evicción —arts. 1.474 y ss. CC-: resolución por incumplimiento ex art. 1.124 CC; suspensión del pago del precio ex art. 1.502 CC; adquisición posterior por el vendedor de manos del *verus dominus*, lo que sana (o "sanea") todo, etc.). Precisamente en mi opinión una de tales posibles disciplinas aplicables a una venta de cosa ajena es la que contiene, en alguno de sus mandatos diferentes, el art. 1.473 CC. De ese modo, para mí, en absoluto se excluyen "venta de cosa ajena" y "doble venta", sino que, antes al contrario, a menudo se co-implican necesariamente (el art. 1.473 CC en no pocas ocasiones presupone, justamente, que una de las compraventas que entran en conflicto sea de cosa ajena)"; orientación que posteriormente acogió el propio Tribunal Supremo a propósito de las relaciones entre venta de cosa ajena y doble venta en sus sentencias de 5 de marzo (ECLI:ES:TS:2007:1192) y 7 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:5823).

[50] (ECLI:ES:TS:1912:338).

[51] (ECLI:ES:TS:1929:33).

[52] (ECLI:ES:TS:1951:770).

[53] (ECLI:ES:TS:1958:176).

[54] (ECLI:ES:TS:1976:1577).

[55] (ECLI:ES:TS:2010:4215).

[56] (ECLI:ES:TS:2013:2617).

[57] (ECLI:ES:TS:2016:1202).

[58] (ECLI:ES:TS:1983:1484).

[59] GORDILLO CAÑAS, A., "Compra de cosa ajena cuyo precio no llegó a pagar el vendedor non dominus. Traditio sine causa. ¿Adquisición de buena fe? (Comentario a la Sentencia de 5 de mayo de 1983)", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, 1984, p. 58 y ss.

[60] (ECLI:ES:TS:1981:241), en un supuesto de un derecho de opción de compra concedida sólo por la usufructuaria de la cosa, sin el concurso de los nudo propietarios, que reclamaron la nulidad del contrato así celebrado.

[61] Entendido como "una equivocada o inexacta creencia o representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico", según lo define DÍEZ PICAZO, L., op. cit., p. 221.

[62] STS de 27 de octubre de 1964 (ECLI:ES:TS:1964:145), que resuelve una controversia surgida con ocasión de la venta de unos terrenos que el comprador creía erróneamente edificables. El Tribunal considera que "cuando la cosa objeto de un contrato no tiene alguna de las condiciones que se le atribuyeron y, la de que carece de la que principalmente motivó su celebración, el consentimiento prestado ha de reputarse nulo, ya que lo fue en atención al equivocado supuesto de que concurrían en el objeto sobre el que se pactó otras características, cuya importancia, así como si la convicción de su existencia era la motivadora de la convención". Igualmente, la STS de 28 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8994), toma en consideración el error padecido en la persona de la entidad compradora, error que vino determinado por la actuación de la entidad vendedora, que conocedora de que las fincas transmitidas habían agotado su edificabilidad, suscribió el contrato afirmando lo contrario.

[63] MÉNDEZ APENELA, E., "La venta de cosa común por el comunero aislado", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 2, 1992, pp. 180 y 181.

[64] (ECLI:ES:TS:1944:92).

[65] STS de 9 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:1147).

[66] VÁZQUEZ DE CASTRO, E., "Comentario al artículo 1.479" en *Código Civil comentado, Volumen IV*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 175.

[67] ESTRUCH ESTRUCH, J., op. cit., p. 305.

[68] (ECLI:ES:TS:1990:4914).

[69] (ECLI:ES:TS:1990:7547).

[70] (ECLI:ES:TS:2001:8845).

[71] El artículo 400 del Código Civil faculta a cualquier copropietario a pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común, no estando obligado a permanecer en la comunidad, y el artículo 401 del propio Código fija un marco temporal al pacto de indivisión, fijándolo en diez años, salvo prórroga del mismo por acuerdo de los condóminos.

[72] (ECLI:ES:TS:2018:2091).

[73] Un extenso, detenido y brillante estudio de la cuestión se realiza por LARRONDO LIZARRAGA, J.M., *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*, CORPME, Madrid, 1994.

[74] FERNÁNDEZ CHACÓN, I., "La venta de bienes hereditarios por un coheredero aisladamente", en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, dirigida por GARCÍA SÁNCHEZ, J., vol. 8, BOE, Barcelona, 2017, pp. 2850 y ss.

[75] Cfr. STS de 21 de marzo de 1968 (ECLI:ES:TS:1968:2161).

[76] (ECLI:ES:TS:1982:1394).

[77] (ECLI:ES:TS:1995:11058).

[78] (ECLI:ES:TS:2004:7148).

[79] (ECLI:ES:TS:2023:1176), que a propósito de la situación de cotitularidad sobre unas participaciones sociales con ocasión del fallecimiento del titular de las mismas, declara que la comunidad hereditaria "implica que cada sucesor, miembro de la misma, tiene derecho al conjunto que integra el contenido de la herencia, pero no sobre los bienes hereditarios concretos; es decir, en el presente caso, cada coheredero, como el demandante, no es titular de acciones, sino titular junto con los demás coherederos, del patrimonio del que forma parte el conjunto de acciones; así, el accionista no es el coheredero, sino la comunidad. Cuya comunidad no da lugar a una copropiedad de cada una de las cosas, sino que éstas forman parte de la misma, de la que sus miembros tienen derechos indeterminados y cuya naturaleza es de comunidad germánica", remitiendo, ante la falta de previsión normativa en la regulación de la comunidad hereditaria a las normas que rigen la comunidad de bienes u ordinaria.

[80] (ECLI:ES:TS:2008:3264).

[81] (ECLI:ES:TS:2015:5688).

[82] GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., "La comunidad hereditaria*"*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 75, 1931, pp. 174 a 179.

[83] GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., "Cotitularidad y comunidad. Gesammte hand o comunidad en mano común*"*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 221, 1946, pp. 616 a 618.

[84] CHAMORRO PIÑERO, S., "Los derechos hereditarios*"*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 169, 1941, págs. 330 y sigs.

[85] GARCÍA VALDECASAS, G., "La comunidad hereditaria*"*, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, VII, pág. 256, 1953, y *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, t. 191, pág. 395.

[86] RUBIO GARRIDO, T., op. cit., pp. 73 y 74. También MURGA FERNÁNDEZ, J.P., op. cit., p. 67.

[87] RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial. Tomo III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2.819.

[88] (BOE núm. 189, de 9 de agosto de 2005).

[89] (BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2013).

[90] (BOE núm. 227, de 22 de septiembre de 2015).

[91] (BOE núm. 60, de 8 de marzo de 2024).

[92] (BOE núm. 258, de 27 de octubre de 2022).

[93] (ECLI:ES:TS:1961:567).

[94] (ECLI:ES:TS:1992:8242).

[95] (ECLI:ES:TS:2012:286).

[96] A él se refiere la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 18 de octubre de 2023 (B.O.E., núm. 279, de 21 de noviembre de 2013), afirmando que mediante la aceptación, se atribuye a los coherederos "un derecho en abstracto al conjunto de bienes que integran la herencia y no un derecho concreto sobre bienes determinados, en tanto no se lleve a efecto la partición. Por eso el Código Civil reconoce al titular de una cuota o porción de herencia el derecho a promover la división de la comunidad hereditaria (artículo 1051); y dispone que los herederos pueden verificar la partición del modo que tuvieren por conveniente (cfr. artículo 1058), sin que ninguno de ellos pueda imponer al otro la atribución por participaciones indivisas de todos y cada uno de los bienes resultantes (vid. artículos 1059, 1061 y 1062), de modo que, ultimada la liquidación, tanto puede ocurrir que a un heredero no le corresponda ningún derecho sobre determinado bien —o sobre el único existente— como que se le adjudique éste en su integridad (cfr., asimismo, los artículos 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria)". De modo ilustrativo, DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, *Vol. 4 (Derecho de familia. Derecho de sucesiones)*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 570, señalan que "sobre la herencia concebida como unidad el heredero no tiene más que una titularidad, y si existe una pluralidad de ellos, esa misma titularidad pertenece a tales herederos en función de las cuotas que tengan en la sucesión. Las cuotas, por tanto, se proyectan en la titularidad de la masa hereditaria conceptuada como unidad, y no sobre todos y cada uno de los bienes o derechos que la componen. El coheredero no será titular, por ejemplo, por su cuota de un inmueble que haya en la herencia como un comunero en una comunidad ordinaria. En cambio, sí es titular de una cuota en la titularidad del patrimonio hereditario, y en este concepto la podrá gravar o enajenar y susceptible de embargo".

[97] DÍEGUEZ OLIVA, R., "Comentario al artículo 1.531" en *Código Civil comentado*, Volumen IV, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 318.

[98] Reafirma el carácter transmisible del derecho hereditario el artículo 46.3 de la Ley Hipotecaria, cuando afirma que "El derecho hereditario anotado podrá transmitirse, gravarse y ser objeto de otra anotación".

[99] (ECLI:ES:TS:1954:1438).

[100] Resoluciones de 9 de mayo de 1988 (B.O.E. núm 144, de 16 de junio de 1988), 10 de diciembre de 1998 (B.O.E. núm. 12, de 14 de enero de 1999), 11 de diciembre de 1999 (B.O.E. núm. 9, de 11 de enero de 2000), 12 de marzo de 2010 (B.O.E. núm. 99, de 24 de abril de 2010), 16 de noviembre de 2011 (B.O.E. núm. 16, de 19 de enero de 2012), a modo de *obiter dicta* la resolución de 12 de noviembre de 2020 (B.O.E. núm. 309, de 25 de noviembre de 2020) ó 11 de enero de 2023 (B.O.E. núm. 34, de 9 de febrero de 2023).

[101] STS de 18 de marzo de 1980 (ECLI:ES:TS:1980:10).

[102] (ECLI:ES:TS:1983:27).

[103] (ECLI:ES:TS:1986:8191).

[104] (ECLI:ES:TS:1988:2204).

[105] (ECLI:ES:TS:1989:15730).

[106] (ECLI:ES:TS:1958:176).

[107] (ECLI:ES:TS:1982:10).

[108] (ECLI:ES:TS:1994:14889).

[109] (ECLI:ES:TS:2009:154), en la que se desestima el recurso de casación interpuesto con motivo de la celebración de un contrato de compraventa por quien era titular de una participación indivisa de la finca transmitida, comprometiéndose a adquirir de su cotitular su respectiva participación, momento a partir del cual se otorgaría la correspondiente escritura pública y se pagaría la parte de precio pendiente. Solicitada la nulidad por la vendedora, entiende el Tribunal que la solución en este caso debe obtenerse a partir de la situación de hecho consistente en que las partes establecieron sus obligaciones sobre la base de la inexistencia de consentimiento por el resto de los partícipes.

[110] BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa. Tomo I*. Ed. Bosch, Barcelona, 1979, p. 142.

[111] MURGA FERNÁNDEZ, J.P., op. cit., p. 70.

[112] DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil, Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 579.

[113] Nuevamente, DÍEZ PICADO y GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., p. 580, nos ayudan a delimitar la materia tratada. Mientras que el mandato es un contrato que genera la obligación para el mandatario de cumplir el encargo recibido del mandante, la representación deriva de una autorización o poder que se otorga al apoderado para actuar en el tráfico por cuenta del poderdante. Supone la exteriorización de esa autorización para actuar en nombre ajeno, constituyendo una declaración de voluntad emitida por el poderdante, que no precisa ni de la aceptación ni del conocimiento del apoderado, según afirma CAMPOS PORRATA, A., "Mandato y representación*"*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 85, 1932, p. 28.

[114] CAMPOS PORRATA, A., op. cit., p. 27.

[115] Por aplicación de la llamada regla catoniana. Opinión contraria sostiene DÍEZ PICAZO, L., en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vól. I. Introducción. Teoría del Contrato,* Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 629, quien reserva la denominación de convalidación a aquellos supuestos excepcionales en los que, pese a la nulidad radical del contrato nulo, se admite rectificación o regularización. Dice el autor citado que "en principio parecen actos convalidables, pese a su inicial nulidad, aquellos respecto de los cuales su autor carecía del poder de legitimación necesario para afectar a la esfera de intereses contemplada por el contrato. La posterior aceptación del negocio por el titular de dicha esfera de intereses (ratificación) permite convalidar el contrato".

[116] Ratificación que, además, como declaró la RDGRN de 25 de mayo de 2007 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2007, "produce, en general, efectos *ex tunc* entre las partes contratantes, que antes de ella no estuvieron unidas por vínculo obligatorio y constituye por si misma una declaración unilateral de voluntad recepticia, referida al negocio jurídico que no es propiamente inexistente, sino que se halla en estado de suspensión, sometido a una *conditio iuris*; y que tales efectos, si bien no hay precepto expreso que los determine, deben inferirse del contexto del artículo 1259 del citado Código, como ha puesto de relieve la jurisprudencia"; y ello, sin perjuicio de los derechos adquiridos en el ínterin por terceros. En los mismos términos, la RDGRN de 2 de noviembre de 2016 (BOE núm. 282, de 22 de noviembre de 2016) declara que " Frente a la regla general de eficacia «ex nunc» de los actos o negocios jurídicos, la ratificación produce efectos *ex tunc*. Los efectos de la ratificación se retrotraen al momento de realización del acto o del negocio jurídico estipulado. En tanto tiene lugar la ratificación, el

acto o el negocio se halla en estado de suspensión o, si se prefiere, está sometido a una *conditio iuris* de eficacia, que es el hecho de la ratificación. Como ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1965 (ECLI:ES:TS:1965:884), interpretando el artículo 1259 del Código Civil, una vez ratificado el contrato celebrado sin representación, se subsana la falta y el contrato se considera válido y eficaz. Mediante este mecanismo jurídico se concluye el ciclo negocial, perfeccionando y completando el negocio que deviene, así, a través de ella, plenamente eficaz".

[117] STS de 29 de enero de 1945 (ECLI:ES:TS:1945:38).

[118] DÍEZ PICAZO, L., op. cit., p. 618. Distingue el autor citado entre el plazo de prescripción de la acción de nulidad del contrato, que como hemos dicho debe considerarse imprescriptible, y los efectos restitutorios derivados del mismo, que estarán sometidos al plazo ordinario de prescripción de las acciones personales contenido en el artículo 1.964 del Código Civil.

[119] STS de 12 de septiembre de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:9428). En ella, el Alto Tribunal desdeño en el caso debatido la aplicabilidad de la venta de cosa ajena a la venta celebrada sin poder de representación, entendiendo que, pese a la admisibilidad del régimen de la venta de cosa ajena, "esta conclusión afecta únicamente a la consumación del contrato y presupone un contrato en que están perfectamente definidos sus elementos personales y reales, pero no puede referirse a aquellos supuestos, como el debatido, en que: a) se trata de una venta efectuada por personas que no representan a todos los vendedores, adoleciendo, por tanto, esta intervención de defecto de representación (art. 1.259, p. l, del propio Código), y no sólo ello sino que ni siquiera se mencionan quiénes son todos los vendedores, b) No se indica el objeto del contrato, es decir cuáles son con precisión las acciones vendidas, ni se expresa la cuantía del 51 por 100 del capital que había de ser objeto propio de la venta correspondiente a un determinado número de títulos, c) Se trata de comprador que en la fecha del contrato no acreditó representar a la entidad compradora, sino que esta acreditación por delegación se hizo casi dos meses después, d) Se hace figurar como entidad vendedora, al "Banco de la Exportación" que no intervino en el contrato. Con todas estas circunstancias es de toda evidencia que no sólo hubo una venta de cosa ajena, sino sobre todo hubo en contrato que adoleció de defecto de consentimiento, de objeto y de causa, y sin la concurrencia de estos tres elementos, según declara expresamente el art. 1.261 del Código civil , "no hay contrato".

[120] STS de 25 de junio de 1946 (ECLI:ES:TS:1946:605).

[121] STS de 12 de junio de 1947 (ECLI:ES:TS:1947:1630), en la que se resolvía sobre validez de una escritura de promesa de venta celebrada en 1938, sujetando el otorgamiento de la escritura de compraventa definitiva al momento en que desapareciera la prohibición de enajenar contenida en el Decreto de 14 de agosto de 1936. En la citada escritura, la promitente otorgó poder especial a un tercero quien, en 1939, después de entrar en vigor la Ley de 1 de abril de 1939, formalizó la escritura de venta con la parte compradora, la cual fue inscrita en el Registro de la Propiedad.

[122] STS de 8 de octubre de 1962 (ECLI:ES:TS:1962:2459).

[123] STS de 29 de marzo de 1963 (ECLI:ES:TS:1963:95), en la que se discutía sobre la validez de la venta de un bien parafernal realizada por el marido sin autorización de su mujer ni posterior ratificación, concluyendo que "el artículo 1.259 del Código Civil declara la nulidad del contrato concluido por el que invade la esfera jurídica ajena, con nulidad absoluta, por falta del requisito esencial del consentimiento, y si bien éste puede prestarse a posteriori mediante la ratificación, la que confiere al contrato, inexistente al principio, plena eficacia, como la misma no existió, según declara expresamente la sentencia impugnada, y tal declaración de hecho no se combate, es obligada la desestimación de este motivo".

[124] STS de 1 de octubre de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:6763).

[125] STS de 9 de octubre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:5222).

[126] STS de 10 de junio de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:4221), que resolvía sobre la eficacia de una escritura de reconocimiento de deuda. Señala el Tribunal que el contrato "celebrado a nombre de otro sin su autorización o representación, ni es existente, ni es radicalmente nulo, ya que, la posibilidad de su eficacia "ex post" merced a la ratificación, es una consecuencia propia de la anulabilidad, pues, jamás la nulidad radical puede sanarse, "nunquam potest tractu o ex post convalescere".

[127] Conforme al artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, "1. En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera.

2. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación 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.

3. Deberán ser unidos a la matriz, original o por testimonio, los documentos complementarios de la misma cuando así lo exija la ley y podrán serlo aquéllos que el Notario autorizante juzgue conveniente. En los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, el Notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita".

[128] Al referirse acto o negocio formalizado y respecto del cuál se emite el juicio de suficiencia por el notario autorizante, tiene declarado la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que no puede emplear expresiones genéricas, ambiguas o imprecisas (resolución de 14 de julio de 2015, B.O.E. núm. 228 de 23 de septiembre de 2015), extendiéndose el ámbito de la calificación registral a la congruencia entre el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas acreditadas y el contenido del negocio formalizado en la escritura cuya inscripción se pretende, entendiendo el Centro Directivo (resolución de 7 de junio de 2021, B.O.E. núm. 154, de 29 de junio de 2021) que "se entiende que hay falta de congruencia si el citado juicio notarial es erróneo, bien por resultar así de la existencia de alguna norma que exija algún requisito añadido como, por ejemplo, un poder expreso y concreto en cuanto a su objeto, bien por inferirse el error de los datos contenidos en la misma escritura que se califica, u obrantes en el propio Registro de la Propiedad o en otros registros públicos que el notario y el registrador de la Propiedad pueden consultar".

[129] No todas las medidas de apoyo conllevarán funciones representativas, pues nuestro Código, a partir de la reforma operada por 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, prevé en el artículo 249 que "En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas". En cuanto a los mandatos preventivos, regulados en los artículos 256 y 257, el propio artículo 258 prevé su subsistencia incluso en el caso de que se constituyan medidas de apoyo en favor del poderdante, ya sean éstas voluntarias o judiciales.

[130] GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Universidad de Sevilla, 1.978, p. 251 y 252. Conforme al autor citado, "el artículo 1.738, en lo que de más específico tiene su ratio, nos aparece, en consecuencia, como una norma de protección de la confianza del mandatario (también representante) que, indirectamente, y como de rebote, opera un resultado protector también del tercero mientras no obste de su parte de mala fe. A través, pues, de la protección del representante comprobamos la existencia de un nuevo modo de protección del tercero, distinto del normal y ordinario en que consiste el expediente de la representación aparente. La tutela del tercero transcurre normalmente por los cauces de la protección de la apariencia; excepcional e indirectamente se obtiene —no como fin, sino como resultado— mediante la protección de la confianza del representante. Se trata, quizá, de una peculiaridad debida al desdoblamiento que la representación supone. La protección de la confianza del representante implica la eficacia frente a terceros y contra el dominus de la actuación representativa".

[131] GUTIÉRREZ JEREZ, L.J., "La necesaria concurrencia de la buena fe en relación a la libre disposición de bienes y en cuanto a la actuación mediante apoderado cuando el poder esté extinguido*"*, *Revista de Derecho Civil*, Vol. VII, núm. 1, p. 45.

[132] ECLI:ES:TS:1990:4914, resolviendo sobre un supuesto en que se discutía sobre la validez de la constitución del régimen de propiedad horizontal y enajenación de elementos independientes resultantes por parte de un agente inmobiliario que contaba con nota de encargo de sólo alguno de los copropietarios del inmueble; señala el Tribunal que "aparte que algunos de los que tenían otorgado poder para ello habían fallecido previamente, con la conjunta extinción del mandato según previene el número tercero del artículo 1.732 del Código Civil y en cuanto no viene acreditado no fuese conocido por el mandatario don Juan Enrique a los efectos prevenidos en orden a tercero en el artículo 1.738 de citado Cuerpo legal sustantivo (…)".

[133] ECLI:ES:TS:2008:5535.

[134] ECLI:ES:TS:2014:640, que con cita en la anterior de 24 de octubre de 2008 reproduce los razonamientos incluidos en esta en orden a la exigencia de buena fe tanto en la persona del apoderado como de aquél con quien éste celebra el negocio.

[135] ECLI:ES:TS:2015:114.

[136] ECLI:ES:TS:2018:2856. Vuelve a insistir el Alto Tribunal en la exigencia de buena fe en el tercero que contrata con el representante de buena fe, que es aquél que en el momento de hacer uso del poder ignora la concurrencia de cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato y añade que "En el presente caso, la sentencia recurrida no es contraria a la doctrina de la sala porque considera probado, como ya se ha explicado, que el representante conocía que no podía hacer uso del poder, lo que excluye la posibilidad de encaje en el supuesto de hecho del art. 1738 CC. Pero además, y esto es verdaderamente relevante a juicio de esta sala, de los hechos probados, tampoco se infiere que la diligencia del recurrente fuera la suficiente para desplegar la protección que dispensa el precepto, pues sería precisa una confianza razonable en la aparente subsistencia del poder que, en el caso, no se da.

Basta recordar a estos efectos, como dice la sentencia recurrida, que estamos ante el uso de un poder cuanto menos sospechoso por su antigüedad (1991) y que el recurrente, pese a acudir a ver por fuera la finca, no intentó comprobar la realidad de la autorización para la constitución de la hipoteca de una vivienda a nombre de persona distinta de quien era el prestatario, a quien conoció en la notaría. Frente a ello, no es suficiente el argumento del recurrente, mantenido en todas las instancias y reiterado ahora en casación, de que si el notario dio por válido el poder y el registrador de la propiedad lo calificó, él no tenía por qué dudar. En cualquier caso, el carácter sospechoso del poder otorgado en 1991 para hipotecar una vivienda comprada por

la poderdante ese mismo año, en garantía de un préstamo a la propia poderdante, era más que evidente en 2008 para hipotecar esa misma vivienda, no ya en garantía de otro préstamo a la propietaria, la poderdante, sino de un préstamo personal a quien solo formalmente, dado lo muy perjudicial de la operación para la poderdante, podía seguir considerársele su apoderado".

[137] B.OE. núm. 183, de 1 de agosto de 2013. Dice la citada resolución que "la autocontratación, si hay riesgo de conflicto de intereses, debe entrar siempre en el ámbito de la calificación registral, ya que, según el artículo 18.1.º de la Ley Hipotecaria, comprende, junto a otros supuestos, la validez de los actos dispositivos por lo que resulte de las escrituras públicas…», y lo cierto es, en cualquier caso, que la autocontratación si hay conflicto de intereses, teniendo en cuenta la falta de imparcialidad del autocontratante (por cuanto ocupa una posición de juez y parte que le habilita para la autotutela del propio derecho) y el potencial perjuicio para el representante, produce la nulidad del negocio salvo que se acredite la licencia o autorización del «dominus». Razón por la cual el registrador, antes de practicar el asiento, deberá calificar, conforme a dicho precepto, si se da, según el contenido del título, el supuesto de autocontratación con conflicto de intereses y en caso afirmativo, si existe la licencia, autorización o ratificación del «dominus negotii» que permita salvar dicha autocontratación. En efecto, la autocontratación, si hay conflicto de intereses, a falta de la aportación de esa prueba, excluye automáticamente la representación y contradice directamente el juicio que afirme su existencia. Todo ello en concordancia con los principios hipotecarios por los que se rige nuestro sistema registral; en concreto, a parte el principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria cuando el transmitente sea el perjudicado, muy especialmente el de salvaguarda judicial de los asientos del párrafo 3.º del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria y el de fe pública registral del artículo 34 de la misma, cuyo sustento no es otro que la confianza que el mercado deposita en la legalidad de los asientos registrales, lo que, en este caso, en defensa de los derechos del representado o poderdante, exige se extreme el control de legalidad, ante el riesgo de que pueda perder la acción de nulidad, que de la auto-contratación deriva, si surge un tercero protegido por la fe pública registral.

Conclusión a la que hay que llegar también cuando se parte de la congruencia que se exige del juicio notarial de suficiencia (apartado 2 del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de 2001, en la redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre). Todo ello con independencia de que se entienda que la voluntad del representado, que permite dicha autocontratación, constituye una particular forma de poder de representación (poder para autocontratar); una modalización del genérico poder de representación; o una autorización o licencia distinta del mero negocio de apoderamiento, pues, a efectos de la calificación de la congruencia, siempre será necesario que, en caso de resultar conflicto de intereses del contenido del título, conste la expresión, por parte del notario, de la existencia de la licencia, autorización o ratificación del «dominus negotii», salvo que la calificación sea impugnada y el recurso verse sobre la existencia misma de la autocontratación o del conflicto de intereses.

[138] B.O.E. núm. 57, de 7 de marzo de 2019.

[139] B.O.E. núm. 249, de 18 de octubre de 2021.

[140] B.O.E. núm. 232, de 28 de septiembre de 2023.

[141] STS de 17 de enero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:93).

[142] DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., p. 610.

[143] DÍEGUEZ OLIVA, R., "Comentario al artículo 1.717" en *Código Civil comentado, Volumen IV*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 779 y 780.

[144] BUSTOS PUECHE, J.E., "La llamada representación indirecta*"*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, noviembre-diciembre 2014, pp. 2.738 y ss.

[145] ECLI:ES:TS:1966:46.

[146] ECLI:ES:TS:2005:2494. En ella se afirma que "ciertamente, en el caso de actuación por el mandatario en nombre propio sobre cosas propias del mandante, el conocimiento de esta situación por los que contratan con el mandatario determina una "contemplatio in re" que hace desaparecer la "denegatio actionis" (típica del mandato puro —no representativo—) entre el mandante y aquellos contratantes. Es decir se produce, en tal perspectiva, los mismos efectos de la representación directa (mandato representativo). No obstante, el precepto —"exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante"—, (por cierto sin precedente legislativo, a salvo el art. 287 del Código de Comercio, ni siquiera prelegislativo pues fue añadido al Código Civil a última hora) no aclara cual es la situación en que queda el mandatario respecto de las personas con quien contrató, pudiéndose llegar a diversas conclusiones, según que se le ponga en relación con el inciso que le precede, o con el conjunto del precepto (art. 1.717). El criterio que parece más seguro es el de entender que el mandatario no queda desvinculado respecto de quienes celebraron el contrato".

[147] ECLI:ES:TS:2006:52 que, además, precisa el ámbito objetivo de la expresión "cosas propias del mandante" identificándolo con asuntos o negocios de éste.

[148] Se muestra contraria a la admisibilidad de la figura la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 2 de septiembre de 2004 (B.O.E. núm. 266, de 4 de noviembre de 2004), entendiendo que existía un negocio fiduciario que precisaría para su inscripción el consentimiento de todos los interesados o resolución judicial, pero en el caso resuelto por ello se trataba de un acto de adquisición y no de enajenación. Sin embargo, en la posterior de 6 de julio de 2006 (B.O.E. núm. 202, de 24 de agosto de 2006) se muestra favorable a su admisibilidad sobre la base que "no puede en absoluto ser obviada la incidencia de lo dispuesto en el inciso segundo del párrafo segundo del artículo 1.717 del Código Civil, que excepciona la regla general de obligación exclusiva del representante el caso de que se trate de «cosas propias del mandante». La interpretación del ámbito de aplicación y de las consecuencias de la excepción, ante la falta de claridad del precepto, resulta de la máxima dificultad, como así lo acredita la multitud de interpretaciones que la doctrina ha elaborado sobre este extremo. Ahora bien, sin que sea preciso pronunciarse ahora sobre el alcance de la excepción sobre la relación contractual, parece incuestionable que cuando las partes ligadas por la relación de representación reconocen en escritura pública la titularidad del representado sobre los bienes adquiridos en ejercicio de la facultad de representación hasta entonces reservada, la excepción resulta aplicable —incluso se puede llegar a entender que en tal caso se produce un supuesto de representación directa, como puso de relieve la Resolución de 28 de enero de 1987—, lo que confirma la relación directa que entonces se produce entre representado y tercero de conformidad con lo dispuesto en la norma. Las consecuencias anteriores no quedan desvirtuadas por la necesidad de proteger a los terceros de buena fe que confiaron en la situación de titularidad formal o aparente del representante indirecto —por ejemplo, en caso de realizar un acto dispositivo faltando a la confianza en él depositada—. La escritura que documenta el negocio adquisitivo del representante indirecto reflejará un acto otorgado por una persona en su propio nombre y, por tanto, formalmente, la titularidad le corresponderá a él, lo que obligará a proteger a los terceros de buena fe que confiaron en su titularidad aparente. Se trata de un caso de protección a la apariencia jurídica que no puede considerarse en absoluto excepcional: además de los casos de protección al tráfico mobiliario (artículo 464 del Código Civil, y 85 y 86 del Código de Comercio), deben citarse aquellos otros supuestos propios de la representación directa en que el

poder se encuentra de hecho revocado o existe abuso en la actuación del apoderado (artículos 1.725, 1.734, 1.738 del Código Civil) o, incluso, desde la perspectiva hipotecaria, los supuestos en que prevalece la protección del tercero —obsérvese que la situación que se produce es coincidente en ambos casos, si se sustituye la titularidad que deriva de la inscripción por la que está reflejada en la escritura pública—. En cualquier caso, este es un riesgo que debe asumir quien autorizó al representante a actuar en su propio nombre".

Trabajo recibido el 26 de julio de 2024 y aceptado para su publicación el 7 de octubre de 2024

DICTÁMENES Y NOTAS

Integración de la prestación de servicios médicos. Cuestiones relevantes al hilo de las nuevas normas deontológicas*

Integration of medical service delivery. Relevant issues in the context of the new deontological rules.

por
MARTA PÉREZ ESCOLAR
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

RESUMEN: La publicación de un nuevo *Código de Deontología Médica* en marzo de 2023 requiere realizar un replanteamiento a propósito del valor de las normas deontológicas para la integración de la prestación de este tipo de servicios profesionales, particularmente en lo que se refiere a su conformidad con la Ley.

Ello resulta de especial relevancia con relación a las cuestiones cuyo análisis se asume en este trabajo, bien por ser de posible aplicación a la totalidad de servicios médicos (protocolos sanitarios), bien por requerirse para la realización de cualquier acto médico (consentimiento informado) o bien por haber alcanzado una actualidad significativa al tiempo que cuestionada (prestaciones no presenciales).

* Trabajo dedicado a la memoria de mi padre, Aurelio Tomás Pérez Ramos, fallecido durante el transcurso de su redacción, grandísimo padre y mejor persona, que tuvo que dejar este mundo viendo precisamente la violación flagrante de algunas de las normas que se estudian en esta publicación.

https://doi.org/10.36151/rcdi.2024.805.04

En todas ellas está directamente implicada la diligencia exigible al profesional médico, que pivota sobre la clásica *lex artis ad hoc* del artículo 1104 párrafo primero del Código civil, a la que necesariamente ha de ajustarse cualquier normativa deontológica para poder tener valor integrativo de la prestación de servicios.

ABSTRACT: The publication of a new Code of Medical Deontology in March 2023 requires a rethinking of the value of deontological rules for the integration of the provision of this type of professional services, particularly with regard to their compliance with the Law.

This is of special relevance in relation to the issues whose analysis is assumed in this work, either because they are possible to be applied to all medical services (health protocols), or because they are required for the performance of any medical act (informed consent) or because they have reached a significant relevance and questioned at the same time (non-face-to-face services).

All of them directly involve the diligence required of the medical professional, which hinges on the classic lex artis ad hoc of Article 1104, first paragraph, of the Civil Code, to which any deontological regulation must necessarily conform in order to have an integrative value for the provision of services.

PALABRAS CLAVE: servicios médicos, integración contractual, normas deontológicas, diligencia profesional, *lex artis ad hoc*, protocolos médicos, consentimiento informado, servicios médicos a distancia.

KEYWORDS: medical services, contractual integration, deontological rules, professional diligence, lex artis ad hoc, medical protocols, informed consent, remote medical services.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL VALOR JURÍDICO DE LOS CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES. 1. Qué son los códigos deontológicos. 2. Su valor jurídico *ex* artículo 1258 del código civil.—III. EL CÓDIGO DE DEONTOLOGÍA MÉDICA DE 2022. CUESTIONES RELEVANTES A EFECTOS DE LA INTEGRACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS. 1. Los protocolos médicos. A. *Caso concreto y autonomía profesional*. a). Del artículo 1104 párrafo primero del Código civil al Marco Común de Referencia. a'). El artículo 4.7.b) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. B. *El Código de Deontología Médica de 2022*. 2. El consentimiento informado. A. *Información previa, diligencia profesional y derecho fundamental a la integridad física*. B. *El Código de Deontología Médica de 2022*. a). La información sobre riesgos de la actuación médica. a'). Comprensibilidad de la información. a'').

Consentimiento informado y estado de necesidad. La consulta a los familiares del paciente. 3. La prestación de servicios médicos a distancia.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. FUENTES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO.

La aprobación en diciembre de 2022 de un nuevo *Código de Deontología Médica*, publicado el 23 de marzo de 2023[1], conlleva la necesidad de reconsiderar el valor integrativo de tales normas deontológicas con relación a la prestación de servicios médicos. Se hace por ello preciso recordar el alcance jurídico atribuible a este tipo de normas conforme al artículo 1258 del Código civil para, a partir de ahí, analizar el valor de normas deontológicas especialmente relevantes para la prestación de servicios médicos cuya concordancia con la ley pudiera no estar siempre presente.

Con este punto de partida, tenemos en cuenta, en primer lugar, las normas deontológicas que se refieren a la observancia de los protocolos médicos y su relación con la autonomía del profesional para decidir en función de su competencia o pericia respecto al diagnóstico y tratamiento de cada paciente concreto, autonomía que deriva tanto de la clásica *lex artis ad hoc* del artículo 1104 párrafo primero del Código civil como de leyes específicas pertenecientes al ámbito de la prestación de servicios sanitarios.

En segundo lugar, valoramos el alcance de determinadas normas deontológicas relativas al consentimiento informado, vinculado con el derecho fundamental a la integridad física de la persona y consecuentemente necesario para llevar a cabo cualquier actuación, diligente, en el ámbito de su salud. En concreto, nos referimos a las normas que se refieren a la información sobre riesgos de la prestación médica, a la comprensibilidad de la información suministrada y a la consulta de los familiares del paciente en situaciones de estado de necesidad. La virtualidad jurídica atribuible a las normas deontológicas relativas a estas cuestiones como instrumento de integración del contrato requiere también analizar su necesaria concordancia con las normas legales referidas a las mismas.

Finalmente, realizamos una consideración específica de las normas deontológicas destinadas a regular la actuación del profesional médico a distancia, sin contacto presencial entre éste y el paciente, objeto de una regulación novedosa respecto a la contenida en el anterior *Código de Deontología Médica* de julio de 2011 que ha de valorarse tomando por fundamento los mismos parámetros de diligencia profesional marcados por la ley.

II. EL VALOR JURÍDICO DE LOS CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES.

1. Qué son los códigos deontológicos.

Los denominados códigos deontológicos son normas emanadas de los colegios profesionales con la finalidad de regular las particularidades del ejercicio de la profesión correspondiente en el marco de lo dispuesto por la ley. Esta subordinación legal del régimen jurídico y actuaciones de los entes de los que emanan este tipo de normas se recoge en el propio artículo 36 de la *Constitución Española* (en adelante, CE): "*la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas*".

Es interesante por ello destacar el artículo 1.1 de la *Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales* (en adelante, LCF)[2], que los define como "*corporaciones de derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines*", fines entre los que figura en primer lugar, según el artículo 1.3 LCF, "*la ordenación del ejercicio de las profesiones*", que se desarrolla a su vez en el artículo 5.i) LCF en el sentido de que les corresponde "*ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial*".

La conceptuación de las normas deontológicas supone por tanto comprender que los colegios profesionales son personas jurídicas de Derecho público por tener legalmente atribuido el ejercicio de potestades públicas relacionadas con el desempeño de la actividad profesional de los colegiados, potestades que en última instancia pueden ser de carácter disciplinario o sancionador[3]. Por otro lado, la ordenación del ejercicio de las profesiones atribuida a los colegios profesionales se somete a un primer mandato legal genérico pero al tiempo revelador de la esencia de lo que deben perseguir los códigos deontológicos: la ética y dignidad profesional así como el respeto a los derechos de los particulares.

2. Su valor jurídico *ex* artículo 1258 del código civil

El valor jurídico de las normas deontológicas para los contratos de prestación de servicios profesionales se relaciona habitualmente con el "*uso*" a que se refiere el artículo 1258 del Código civil como criterio de integración del contrato a tener en cuenta en defecto de ley aplicable. Se trata, por tanto, de un uso al que se remite expresamente la ley y que por ello carece de la consideración de norma jurídica consuetudinaria en sentido estricto[4]. Manteniendo el mismo tenor literal, el artículo 1231 de la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia*

de Obligaciones y Contratos de 2023 dice que "*los contratos obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*"[5].

Pues bien, este "*uso*" del artículo 1258 del Código civil es comúnmente referido a los usos del tráfico o usos de los negocios, que implican un modo o práctica habitual de proceder en los contratos de un mismo tipo, pero con la importante matización que supone entenderlos como procedentes de ambas partes contratantes; en palabras del profesor Luis DÍEZ-PICAZO (2007, 431), "*no es legítimo, por ello, definir el uso a partir de uno sólo de los contratantes y hablar del uso de un gremio, de una clase o de una categoría*". Ello nos lleva a una primera conclusión importante: las normas deontológicas, que en definitiva se identifican en muchos casos con los usos de un gremio, no pueden considerarse sin más criterio de integración del contrato si suponen una actuación unilateral del prestador del servicio injustificadamente ajena a la voluntad del acreedor.

Por otro lado, el mismo profesor Luis DÍEZ-PICAZO (2007, 431) subrayó que la habitualidad de la práctica que caracteriza al uso integrativo del artículo 1258 del Código civil no tiene que ver con la frecuencia estadística con la que se utilice un determinado tipo de cláusula contractual, de modo que la configuración de estas cláusulas como excepcionales impide de suyo su utilización como uso integrativo en los contratos del mismo tipo, con independencia de la frecuencia de su utilización, siendo ejemplo de ello el relativo a las cláusulas de estabilización en los contratos de arrendamiento[6]. En consecuencia, el uso frecuente de normas deontológicas como cláusulas contractuales no permite utilizarlas sin más en otros contratos con carácter integrativo, pues el uso del artículo 1258 del Código civil implica en sí mismo una manera habitual de proceder que no suponga especialidad o excepcionalidad[7].

En síntesis, las normas deontológicas de los colegios profesionales integran el contenido del contrato de prestación de servicios *ex* artículo 1258 del Código civil siempre que no impliquen una exclusión injustificada de la voluntad del acreedor del servicio ni una generalización de cláusulas contractuales utilizadas de modo habitual pero de carácter especial o excepcional.

Ahora bien, hay que subrayar que esta funcionalidad de las normas deontológicas está subordinada lógicamente a su no contradicción con la ley aplicable, general o específica de un determinado sector profesional, a la que el mismo artículo 1258 del Código civil sitúa en primer lugar como criterio de integración de los vacíos contractuales en obvia consonancia con el principio de jerarquía normativa (arts. 9.3 CE y 1.2 CC): sólo en defecto de ley aplicable es posible acudir al uso o práctica generalizados para los contratos del mismo tipo. Y esta ley aplicable es tanto la de carácter imperativo, a interpretar extensiva o restrictivamente conforme su espíritu y finalidad, como la de carácter dispositivo, cuyo valor va mucho más allá de su supletoriedad elevándose a "*modelo de or-*

denación" del contrato "*en el que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes*"[8].

Pese a ello, el *Código de Deontología Médica* de 2022 comienza con unas declaraciones cuya redacción podría no situar al profesional sanitario, ajeno en principio al ámbito jurídico, en un contexto adecuado, correcto, respecto al alcance de dichas normas para el ejercicio de su profesión: "*los deberes que impone este código, en tanto que sancionados por una Corporación de Derecho Público, obligan a su conocimiento y a su cumplimiento a todos los médicos en el ejercicio de la profesión, cualquiera que sea la modalidad en la que la practiquen*" (art. 1.1), de forma que "*el incumplimiento de las normas de este código puede suponer la incursión en falta disciplinaria tipificada en los Estatutos Colegiales*" (art. 1.2)[9].

Estas referencias a la obligatoriedad de las normas deontológicas y a la correspondiente posibilidad de sanción disciplinaria en caso de incumplimiento no se acompañan de ninguna mención a la prevalencia jerárquica de la legislación sanitaria aplicable, que precisamente en este sector de servicios profesionales es abundante y por ello conformadora de lo que se ha venido a llamar Derecho sanitario, siendo de cita ineludible, por su importancia, la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* (en adelante, LBAP).

Ello podría llevar a la consideración errónea de que las normas deontológicas son totalmente vinculantes para el ejercicio de la profesión sanitaria, sin consideración de hipotéticas contradicciones con normas de rango legal o, incluso, constitucional[10]. De forma significativa, sin embargo, ha de recordarse el artículo 5.t) LCF, que atribuye a los colegios profesionales la función de "*cumplir y hacer cumplir a los colegiados las Leyes generales y especiales*", así como el artículo 8.3 LCF, que declara nulos de pleno derecho los actos de los órganos colegiales que sean "*manifiestamente contrarios a la Ley*" y anulables los actos "*que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico*".

III. EL CÓDIGO DE DEONTOLOGÍA MÉDICA DE 2022. CUESTIONES RELEVANTES A EFECTOS DE LA INTEGRACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

1. LOS PROTOCOLOS MÉDICOS

A. Caso concreto y autonomía profesional

a) Del artículo 1104 párrafo primero del Código civil al Marco Común de Referencia

Como es sabido, el cumplimiento de la prestación de servicios profesionales requiere que la diligencia del deudor se adecúe a la denominada *lex artis ad hoc*,

pericia o competencia profesional aplicada al caso concreto y correlato de lo que el artículo 1104 párrafo primero del Código civil formula más genéricamente como la "*diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*".

En el ámbito de los servicios médicos, la primera cuestión que se plantea en torno a dicha actuación diligente tiene que ver con el alcance atribuible a los denominados protocolos o guías de actuación médica, pues la decisión de qué acciones son posibles y adecuadas con cada paciente concreto constituye la actuación médica inicial, previa a su información sobre las mismas.

Los protocolos médicos provienen fundamentalmente de los colegios profesionales. Sin perjuicio de que en ocasiones tengan su origen en asociaciones de carácter científico o sanitario, el origen marcadamente colegial de los protocolos unido a lo establecido sobre ellos en las normas deontológicas de los mismos colegios profesionales han determinado su seguimiento generalizado con base en una creencia no cierta: la vinculación entre su observancia y la exoneración de responsabilidad civil por implicar en sí mismos una buena *praxis* profesional.

Ello contradice abiertamente la necesidad de que la prestación de servicios se adecúe a lo requerido por el caso concreto como fundamento de la diligencia profesional determinante del cumplimiento de la obligación. Esta adecuación al caso concreto conlleva, por un lado, que la competencia o pericia del profesional ha de ser suficiente, de modo que se inhiba en caso de carecerla, y, de otra parte, que las circunstancias únicas de cada paciente excluyen la aplicación sin más de una pauta genérica, cuya validez además puede estar cuestionada.

Por tanto, el médico competente para tratar a un paciente concreto es también autónomo para decidir cómo hacerlo, y ello forma parte de su obligación de actuar diligentemente. En otras palabras, la culpa "*in concreto*" del citado artículo 1104 párrafo primero del Código civil no puede desplazarse por la aplicación de criterios generales no justificados en el caso particular dando así lugar a un abandono de las necesidades del paciente concreto, reconducibles a "*las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*"[11].

A este respecto, es interesante la mención de algunas normas del *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, *DCFR*), texto académico moderno de importancia conocida para el ámbito europeo que, en sede de servicios sanitarios (arts. IV.C.-8:101 a IV.C.-8:111 *DCFR*), recogió las ideas clásicas anteriores con una explicitación importante y por ello significativa.

Así, el artículo IV.C.-8:102 *DCFR* establece, como "*valoración preliminar*" a las reglas sobre este tipo de prestación de servicios, que "*el profesional sanitario, si puede considerarse razonablemente necesario para la prestación del servicio, debe: (a) interrogar al paciente acerca de su estado de salud, síntomas, enfermedades previas, alergias, tratamiento pasado u otros tratamientos actua-*

les y preferencias y prioridades del paciente en lo que respecta al tratamiento; (b) realizar los exámenes necesarios para diagnosticar el estado de salud del paciente; y (c) consultar con otros profesionales que intervengan en el tratamiento del paciente"[12]. Se refleja con ello el mismo principio de que el profesional sanitario debe centrar su actuación en cada paciente concreto, al que interrogará sobre todo lo que sea razonable en función del caso particular, incluso sobre sus preferencias personales en torno al tratamiento, sin referencia a la observancia de guías de actuación genéricas y en el marco, por tanto, de una práctica clínica variable.

Y, casi seguidamente, el artículo IV.C.-8:104 *DCFR* plasma la "*obligación de competencia y diligencia*" del profesional sanitario incidiendo en la necesidad de que "*actúe con la competencia y diligencia que un profesional razonable y competente demostraría en las circunstancias de que se trate*" (1), de forma que, en caso de no poseer tal competencia, debe derivar al paciente a otro profesional (2)[13]. En síntesis, esta norma aporta a mayores el criterio de la razonabilidad para la valoración de la diligencia profesional, derivación del principio de buena fe, lo cual supone de nuevo que la actuación del médico ha de ser conforme a su pericia, conocimiento y criterio, y, por tanto, especialización, experiencia y obligación de formación continuada, que excluye la aplicación de pautas obsoletas[14].

a') El artículo 4.7.b) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

De forma específica para los protocolos sanitarios, el artículo 4.7.b) de la *Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias* (en adelante, LOPS), dice que "*se tenderá a la unificación de criterios de actuación, que estarán basados en la evidencia científica y en los medios disponibles y soportados en guías y protocolos de práctica clínica y asistencial*", de modo que "*los protocolos deberán ser utilizados de forma orientativa, como guía de decisión para todos los profesionales de un equipo, y serán regularmente actualizados con la participación de aquellos que los deben aplicar*".

Esta norma constituye la plasmación legal en nuestro ordenamiento jurídico del carácter orientativo de los protocolos y guías de actuación médica, que deben ser tenidos en cuenta pero con esta función orientativa y sometidos a una obligación de actualización regular. A este respecto, se plantea una cuestión interesante cuando el mismo precepto se refiere previamente a la tendencia que se debe seguir hacia la unificación de criterios de actuación que estén basados en la "*evidencia científica*" y en dichos protocolos médicos, a los que, como vemos, se atribuye sin embargo de forma expresa un carácter orientativo.

Por un lado, el concepto de "*evidencia científica*", que no aparece concretado en la norma, suele relacionarse comúnmente con los estudios científicos que se publican en el ámbito correspondiente; sin embargo, en muchas ocasiones estos estudios muestran conclusiones dudosas o incluso contradictorias, lo cual es intrínseco a la naturaleza evolutiva de la ciencia. Por ello, no existiendo tales conclusiones indubitadas, la "*evidencia científica*" del artículo 4.7.b) LOPS, que está referida a los actos médicos, debe relacionarse con la evidencia clínica, es decir, con las actuaciones cuyo beneficio para el paciente es demostrable, sin más, conforme a la experiencia clínica del profesional. Consecuentemente, los colegios de médicos o cualquier otra institución u organización no pueden establecer qué actuaciones cumplen con ese carácter científicamente evidente, en los términos antedichos, excluyendo otras que respondan a la evidencia clínica profesional[15].

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 5 de julio de 2023 ha declarado expresamente con relación a dos sanciones disciplinarias impuestas por el colegio de médicos de Guipuzcoa que "*a la corporación colegial en modo alguno le corresponde definir, tutelar ni imponer*" dicha "*verdad científica*", que no se puede intentar legitimar "*desde un prisma deontológico*", por lo que se da prevalencia al derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20 CE) de los médicos expedientados (Fundamento Jurídico Tercero)[16]. Aun tratándose de un caso en el que lo que está en juego es la libertad de expresión y no la actuación médica, la resolución es importante para esclarecer el significado de la "*evidencia científica*" y su independencia respecto a los criterios de los colegios de médicos.

De otra parte, la obligación de tender hacia la unificación de criterios de actuación recogida por el artículo 4.7.b) LOPS con base en las guías y protocolos médicos sólo puede interpretarse en sentido restrictivo, determinado por la propia norma al decir que los mismos "*deberán ser utilizados de forma orientativa, como guía de decisión*", orientación y guía que puede no necesitar el profesional si su competencia particular le permite sustentar un criterio de actuación distinto.

En definitiva, la competencia o pericia profesional conlleva autonomía para decidir sobre la forma de actuación médica dirigida al diagnóstico y tratamiento de cada paciente; presupone conocimiento, experiencia y consecuentes criterios, que no tienen por qué ser los mismos en todos los profesionales de una especialidad ni mucho menos aplicables a todos los pacientes que en su caso pudieran catalogarse como pertenecientes a un mismo tipo. Si el profesional no pudiera actuar con autonomía perdería valor su propia competencia y derivaría en una contradicción con la *lex artis ad hoc* del artículo 1104 párrafo primero del Código civil y, específicamente, con el artículo 4.7 LOPS, que en sus declaraciones iniciales dice además que "*el ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará*

a cabo con plena autonomía técnica y científica, sin más limitaciones que las establecidas en esta ley y por los demás principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico".

B. El Código de Deontología Médica de 2022

El valor jurídico no vinculante sino meramente orientativo para el profesional de los protocolos médicos ha sido objeto de estudio por parte del profesor SOLÉ FELIU con carácter reciente y de forma exhaustiva, con análisis pormenorizado incluso de Derecho comparado, poniéndose de manifiesto que, efectivamente, "*que el estándar de conducta profesional sea objetivo no debe impedir adaptarlo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto*" (2022, 15)[17]. Por ello, entendemos que, más allá de lo aportado en los epígrafes anteriores, corresponde centrarnos en la valoración de las normas contenidas al respecto en el *Código de Deontología Médica* de 2022.

Concretamente, el artículo 42.1 de dicho código deontológico declara que "*a fin de procurar la seguridad del paciente, el médico debe procurar que todas sus actuaciones estén enmarcadas dentro de las guías de práctica clínica o protocolos aceptados por la comunidad científica en cada momento, salvo que las circunstancias del paciente o caso concreto exijan no actuar dentro de ellas*", en cuyo caso el médico ha de recabar el consentimiento del paciente y "*dejar constancia en la historia clínica de este hecho y de sus motivaciones*". En la misma línea, los artículos 20.1 y 20.2 del *Código de Deontología Médica* se refieren a la "*libertad de prescripción*" del médico y a su responsabilidad al respecto pero "*respetando la evidencia científica, las indicaciones autorizadas y la eficiencia*"[18].

Estas normas deontológicas van sin duda más allá del carácter orientativo, no vinculante, de los protocolos médicos y de la autonomía con la que el profesional puede y debe prestar sus servicios, cuestiones ambas que se deducen de normas con rango legal conforme a lo explicado en el apartado anterior.

Y ello porque, en primer lugar, el artículo 42.1 sólo permite al médico no actuar conforme a los "*protocolos aceptados por la comunidad científica*" si las circunstancias del caso concreto "*exigen*" una actuación distinta, lo cual presupone erróneamente la existencia de una pauta o criterio general, aplicable indistintamente a la inmensa mayoría de pacientes, supuestamente semejantes, de la que el médico no puede apartarse conforme a su criterio profesional salvo que concurran unas exigencias en el caso concreto cuyo carácter legitimador para la actuación del médico de forma distinta respecto a lo establecido en el protocolo son además de imposible concreción.

A mayores, se intenta legitimar la validez de tales protocolos con base en su aceptación por la comunidad científica: si entendemos por tal la formada por los investigadores pertenecientes a un área o especialidad determinada, que realizan las correspondientes publicaciones científicas, hay que partir del hecho de que las conclusiones correspondientes a cualquier campo están en constante evolución y muchas de ellas sometidas a discusión, como corresponde a la esencia y naturaleza de la ciencia.

En consecuencia, este intento de vincular la prestación de servicios del médico a criterios o pautas de actuación predeterminados sólo puede ser válida con relación a cuestiones básicas y/o indiscutidas que conlleven en sí mismas una actuación diligente, pero no con relación a cualquier otra que pueda someterse a debate científico en cada una de las especialidades y actos médicos. El profesional está legitimado, en definitiva, para actuar conforme a su *lex artis*, que implica la diligencia debida por contar en su experiencia con una evidencia clínica sustentable que justifique la aplicación de su propio criterio al caso concreto.

Como hemos visto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 5 de julio de 2023 declaró expresamente que la determinación de lo que deba entenderse por "*verdad científica*" no corresponde a los colegios de médicos ni puede establecerse por ello a través de normas deontológicas, a lo que cabe añadir que tampoco es válida la remisión de estas últimas a lo aceptado por la comunidad científica, en los términos inmediatamente antedichos.

Todo ello se enmarca además en este art. 42.1 del *Código de Deontología Médica* en un objetivo de "*seguridad del paciente*" que presupone también errónea e injustificadamente que una actuación médica distinta a lo marcado por los protocolos médicos va en contra de su salud, aun cuando dicha actuación esté corroborada por la experiencia del profesional y consecuente evidencia clínica.

Razones semejantes pueden esgrimirse con relación a los artículos 20.1 y 20.2 del *Código de Deontología Médica*, que parten de la "*libertad de prescripción*" del médico pero subordinan posteriormente esta libertad a que la prescripción sea conforme con la "*evidencia científica*", concepto que hemos de entender de nuevo limitado a lo que en su caso sea efectivamente evidente por no estar sometido a discusión en el ámbito científico.

Finalmente, hay que destacar que estas normas resultan contradictorias con otras contenidas en el mismo *Código de Deontología Médica*, particularmente con el artículo 6.5, sobre el derecho y deber del médico de ejercer su profesión con "*autonomía profesional e independencia clínica*" así como con "*la libertad de explicar su opinión profesional respecto a la atención y el tratamiento de sus pacientes sin influencia de partes o personas externas*"[19].

Y, de forma indirecta, también resultan contradichas las normas deontológicas que presuponen y fomentan la competencia profesional del médico para

la realización de las actuaciones oportunas en cada supuesto concreto. En este sentido hemos de citar el artículo 19.1, que declara que "*el médico debe abstenerse de las actuaciones que sobrepasen su competencia y capacidad*", en cuyo caso "*debe proponer al paciente que recurra a otro compañero competente en la materia*"; el artículo 21.1, que reserva la realización de los "*actos médicos especializados*" a los "*médicos que posean la titulación o la formación y competencia adecuadas*", y el artículo 77.1, que dice que "*la formación médica continuada es un deber deontológico, un derecho y una responsabilidad de todos los médicos a lo largo de su vida profesional*": si el médico tiene la obligación de formarse de forma continuada, ¿qué sentido tiene no poder apartarse conforme a tal formación de protocolos de actuación genéricos?[20].

Por todo ello, los artículos 42.1 y 20.1, en relación con el 20.2, del *Código de Deontología Médica*, carecen de valor jurídico para integrar el contenido de la prestación de servicios del médico, que viene legalmente caracterizada (CC y LOPS) por la autonomía en la toma de decisiones y el repetido carácter orientativo de los protocolos sanitarios. La propia disposición final.1 del *Código de Deontología Médica* declara que, como corresponde con el principio de jerarquía normativa (arts. 9.3 CE y 1.2 CC), "*el médico que actúa amparado por las leyes del Estado no puede ser sancionado deontológicamente*"[21].

2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

A. Información previa, diligencia profesional y derecho fundamental a la integridad física.

La información al paciente sobre la prestación sanitaria que el médico se proponga realizar se materializa, como manifestación concreta de los deberes de información previa exigibles al prestador de servicios[22], en la obligación de recabar el denominado consentimiento informado conforme a lo previsto en los artículos 8, 9 y 10 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* (en adelante, LBAP), normas que vienen encabezadas por el significativo título del Capítulo IV de dicha LBAP: "*El respeto a la autonomía del paciente*".

Este consentimiento informado se configura previamente como uno de los derechos básicos del paciente para "*toda actuación en el ámbito de la sanidad*" (art. 2, "*principios básicos*", número 2, LBAP) y se define como "*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*" (art. 3 LBAP).

Se pretende, por tanto, que la persona preste correctamente el consentimiento contractual, de forma libre y consciente, con fundamento en los parámetros clásicos de autonomía de la voluntad y vicios del consentimiento que, en este ámbito concreto, requieren específicamente conocimiento y voluntad sobre la naturaleza, características y riesgos de la prestación sanitaria. Para ello, la persona ha de disponer de un plazo de reflexión razonable en función de las circunstancias del caso, pues, como dijo GUERRERO ZAPLANA (2004, 96), "*facilitar la información sin tiempo para prestar el consentimiento es tanto como privar de la información*"[23], plazo de reflexión que el art. 13.1 del *Código de Deontología Médica* de 2022 ha reflejado en el deber del médico de comprobar que el consentimiento se ha otorgado con la "*antelación suficiente*"[24].

Con ello, y dado que el médico es "*responsable*" de recabar tal consentimiento informado en lo relativo a su ámbito de actuación (art. 4.3, primer inciso, LBAP[25]), la omisión o actuación incorrecta en torno al mismo son constitutivas de una actuación no diligente y, además, determinante en sí misma de responsabilidad civil, es decir, con independencia o autonomía respecto de la causación de daños físicos derivados del acto médico no correctamente informado. En estos casos, lo que se produce es una limitación de la capacidad del paciente para decidir con fundamento sobre la actuación sanitaria y, por tanto, un daño moral que entronca directamente con el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) y, en último término, con la inviolabilidad y la dignidad de la persona (art. 10 CE).

Así lo puso de manifiesto la importante Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo: la vulneración del derecho fundamental a la integridad física se produce siempre que exista un "*riesgo relevante*" de que se materialice su lesión, sin necesidad de que el daño físico se haya producido (Fundamento Jurídico 3)[26]; "*el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho a la integridad física*"; "*para que esa facultad de consentir… pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada…, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento*", de forma que "*el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro*" (Fundamento Jurídico 5)[27].

La ausencia de consentimiento informado afecta, por tanto, no sólo al derecho a la autonomía decisoria del paciente sino también al derecho fundamental a la integridad física y moral, de modo que ambos derechos se relacionan actuando el primero como garantía del segundo[28]. Por esta razón, la misma Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011 subrayó que sólo puede prescindirse de dicho consentimiento informado en casos de verdadera urgencia, inmediata y grave, en

la que estén en juego otros derechos fundamentales y con una justificación constitucional y cobertura legal suficiente, de manera proporcional y sin posibilidad de interpretación extensiva de las situaciones de falta de capacidad y estado de necesidad terapéutica (Fundamentos Jurídicos 4, 6 y 7)[29].

La relevancia, en definitiva, del derecho al consentimiento informado del paciente que pretendemos poner de manifiesto en este momento y la correlativa obligación del médico responsable de recabarlo correctamente justifica el análisis de las normas deontológicas contenidas al respecto en el *Código de Deontología Médica* de 2022 con la finalidad de determinar hasta qué punto integran el contenido de la prestación de servicios médicos por complementar la LBAP o, en su caso, no pueden valorarse con esta finalidad por no ser conformes con las normas legales.

B. El Código de Deontología Médica de 2022

a) La información sobre riesgos de la actuación médica.

El consentimiento informado, necesario para llevar a cabo cualquier actuación en el ámbito de la salud (arts. 2.2, 4.1 y 8.1 LBAP), conlleva el conocimiento previo de todos los aspectos relativos a la misma que en cada caso sean necesarios para que la persona pueda tomar efectivamente una decisión consciente y libre; por ello, la información sobre riesgos de la actuación médica tiene una importancia preponderante.

El *Código de Deontología Médica* de 2022 dedica su Capítulo III a las "*Relaciones del médico con sus pacientes*, *Información y consentimiento*" (arts. 7.1 a 13.2), ubicando con ello las normas sobre consentimiento informado junto a otras precedentes relativas en su mayoría a la necesidad de que la relación médico-paciente se fundamente en el respeto y la confianza (art. 7.1: "*la asistencia médica exige una relación médico-paciente basada en el respeto y la confianza*"[30]), pilares de la actuación sanitaria que lo son también de la información que se ha de proporcionar al paciente.

Con carácter previo, es interesante destacar también que, de forma bastante asistemática, el artículo 13.1 del *Código de Deontología Médica* se remite en materia de consentimiento informado a la "*normativa legal*" y a las "*recomendaciones*" de este código deontológico referidas al aporte de "*información adecuada y su comprensión por parte del enfermo*"[31]. Esta última declaración referida al carácter recomendatorio de las normas deontológicas puede ser de nuevo confusa para el profesional, pues no pueden siquiera revestir dicho carácter cuando no sean estrictamente conformes con las normas legales.

Según el artículo 4.1 LBAP, "*los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma*"; información que "*comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias*"[32]. La ley pone de manifiesto, por tanto, como es lógico, la importancia de la información sobre riesgos de la actuación médica, que, junto a su finalidad y naturaleza, forma parte del mínimo informativo que se ha de suministrar al paciente. En ello incide el *Código de Deontología Médica* al declarar que "*es deber del médico respetar el derecho del paciente a estar informado adecuadamente en todas y cada una de las fases del proceso asistencial*" (art. 10.1, segundo inciso), de forma que, "*como regla general, la información será la suficiente y necesaria, donde se incluyan los riesgos inherentes a la intervención sanitaria propuesta*" (art. 10.4, segundo inciso)[33].

Con más relevancia, la norma deontológica contenida en el artículo 10.3 se refiere a la necesidad de informar sobre la posibilidad de efectos secundarios de las intervenciones médicas, los cuales hay que entender referidos tanto a las actuaciones consideradas en sí mismas como a los medicamentos que se prescriban derivados de su realización: "*la información incluirá los riesgos derivados de la propia enfermedad y de los efectos secundarios propios de las intervenciones*"[34]. Es por ello interesante la cita del artículo IV.C.-8:105 *DCFR*, "*obligación de información*" en la prestación de servicios médicos, dada su incidencia y detalle en la necesidad de informar sobre la relación beneficio-riesgo de las actuaciones médicas[35].

La doctrina ha incidido también en la importancia de la información sobre riesgos, subrayando la necesidad de informar sobre los que revisten cierta importancia con carácter independiente a su frecuencia o probabilidad, que puede variar en el tiempo[36]; con el mismo fundamento, se ha destacado que la información ha de ser especialmente cuidadosa cuando se trate de la denominada medicina voluntaria[37], o de procedimientos o medicamentos carentes de suficiente experienciación clínica, con alta probabilidad de efectos adversos desconocidos[38]. A estos efectos, es significativa la norma contenida en el artículo IV.C.-8:106 *DCFR*, "*obligación de informar en caso de tratamiento médico innecesario o experimental*", número (2): "*si el tratamiento es experimental, el profesional sanitario deberá proporcionar toda la información relativa a los objetivos del estudio, la naturaleza del tratamiento, sus ventajas y riesgos y las alternativas, aunque sólo sean potenciales*", debiendo en este caso prestarse el consentimiento "*de forma expresa y específica*" [art. IV.C.-8:108 (6) *DCFR*][39].

Respecto a la forma en que ha de suministrarse la información sobre riesgos, el artículo 8.2 LBAP establece como excepciones al consentimiento verbal los supuestos, entre otros, de "*procedimientos que suponen riesgos*" o, incluso,

"*inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente*", requiriéndose en todo caso para intervenciones quirúrgicas y procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores; ello se reitera en el artículo 8.3 LBAP incidiendo en la necesidad de que el paciente disponga de información "*suficiente*" sobre el procedimiento de aplicación y sus riesgos, sin más concreción relativa a los mismos.

El artículo 10.1 LBAP clarifica la "*información básica*" que se debe facilitar a efectos de la prestación del consentimiento informado de forma escrita refiriéndose a "*los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente*" [b)]; "*los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención*" [c)], y "*las contraindicaciones*" [d)]. Además, según el artículo 10.2 LBAP, "*el médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención, más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente*".

Sin embargo, el artículo 13.2, segundo inciso, del *Código de Deontología Médica* dice que "*cuando las medidas propuestas suponen para el paciente, a criterio del médico, un riesgo significativo, se debe obtener el consentimiento por escrito*"[40]. Es decir, vincula la forma escrita del consentimiento informado con la existencia de un "*riesgo significativo*" "*a criterio del médico*", lo cual no parece conforme con las citadas normas legales, que requieren forma escrita ante la existencia de riesgos relacionados con las circunstancias del paciente o probables en condiciones normales, pero no a criterio particular del médico sino porque objetivamente lo sean. Existe un riesgo probable a considerar, por ejemplo, que excluye el criterio particular del médico, cuando se trata de aplicar técnicas o medicamentos que carecen de suficiente experienciación clínica[41].

Por último, la dificultad que puede revestir la delimitación del alcance de la información a suministrar en el caso concreto ha de resolverse tomando como referencia un criterio de razonabilidad, correlato de la buena fe contractual, que lleve a facilitar al paciente la información que una persona razonable consideraría suficiente para poder tomar decisiones conscientes y libres sobre la actuación médica, con especial atención a los riesgos probables que conlleve derivados de su naturaleza y características, objetivamente considerados, y de su aplicación a las circunstancias particulares de la persona[42]. En definitiva, el paciente o, en su caso, familiares o representantes, han de tener la posibilidad real de tomar y asumir la decisión relativa a una actuación médica determinada sobre la base de información suficiente, razonable en función de las circunstancias, facilitada con carácter previo.

a') Comprensibilidad de la información.

El consentimiento informado del paciente sólo puede existir si comprende la información suministrada; por esta razón, pasamos a referirnos a algunas normas deontológicas relativas a la comprensibilidad de la información que en este caso sí se puede considerar que complementan en cierta medida a las normas legales y que por ello tienen valor integrativo de la prestación de servicios médicos.

El artículo 4.2 LBAP parte de un requisito de comprensibilidad de la información previa suministrada al paciente cuya estimación depende lógicamente de su propia capacidad para llegar a dicha comprensión en el caso concreto: "*la información clínica …, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad*", comprensibilidad de la información en función de sus "*posibilidades de comprensión*" y "*capacidad para entender*" a la que se vuelven a referir los arts. 5.2 y 5.3 LBAP, respectivamente[43].

En el mismo sentido pero de forma más detallada, el *Código de Deontología Médica* de 2022 declara que "*el médico tiene el deber de evaluar la capacidad del paciente para comprender la información*", poniendo "*especial atención para que los pacientes con dificultad de comprensión participen en el proceso asistencial*" (art. 10.2); "*el médico debe informar al paciente de manera comprensible, con veracidad, ponderación y prudencia*" (art. 10.4, primer inciso); además, "*de esta información se debe dejar constancia en la historia clínica, así como del hecho de haber comprobado la comprensión del contenido de la información por parte del paciente*" (art. 10.4, último inciso), debiendo el médico "*respetar el derecho del paciente a decidir libremente sobre las opciones clínicas indicadas y disponibles, después de recibir la información adecuada y haber comprendido el sentido y alcance de la misma*" (art. 10.8)[44].

En definitiva, la necesidad de comprensión de la información suministrada deriva en el hecho de que el consentimiento informado vaya mucho más allá de la firma de formularios generales, desvinculados del caso concreto, que constituyen un indicio de dicho consentimiento pero no son concluyentes respecto de que el paciente haya recibido una información suficiente y comprensible, adecuada a sus necesidades y circunstancias[45]. Por ello, resulta también especialmente destacable entre las normas deontológicas el artículo 10.1, primer inciso, del *Código de Deontología Médica*, que, corroborando lo anterior, afirma que "*la información al paciente no es un acto burocrático, sino una parte del acto médico cuyo deber corresponde al médico que lo realiza*"[46].

a'') Consentimiento informado y estado de necesidad. La consulta a los familiares del paciente.

El *Código de Deontología Médica* de 2022 merece también atención en lo relativo a cómo debe ser la actuación del médico cuando el paciente se encuentra en situación de riesgo inmediato y grave para su salud (estado de necesidad) y no puede consecuentemente prestar el consentimiento informado, y ello por la divergencia que se observa entre la LBAP y las normas deontológicas correspondientes.

Así, el artículo 9.2.b) LBAP dice que "*los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: b). Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él*". Por tanto, en este tipo de situaciones es obligación del médico consultar, cuando las circunstancias lo permitan, a las personas cercanas al paciente sobre las actuaciones a realizar que, además, sean indispensables para su salud.

En caso de que el estado de necesidad no exista, nos ubicaríamos en uno de los supuestos de otorgamiento del consentimiento informado "*por representación*" [art. 9.3.a) LBAP: "*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*", de forma que, "*si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho*"]. Concurriendo estado de necesidad, es claro que la ley exige consultar a las personas cercanas al paciente siempre que las circunstancias lo permitan.

Por esta razón, sorprende que el artículo 11.2 del *Código de Deontología Médica* no se refiera a dicha consulta sino a una simple información sobre la actuación médica a las personas cercanas al paciente: "*cuando el paciente no pueda tomar decisiones y se encuentre en una situación de riesgo grave e inmediato para su integridad física o psíquica, el médico, en su posición de garante, tomará las decisiones asistenciales que considere más favorables para el bien del paciente, amparado en el estado de necesidad, debiendo consultar en la medida que la situación se lo permita el documento de instrucciones previas. De no existir, el médico deberá informar al responsable legal, los familiares o los allegados*"[47].

No es lo mismo, desde luego, "consultar" que "informar" a las personas cercanas al paciente: "consultar" es una actuación previa, requerida por la LBAP, que se debe realizar siempre que las circunstancias lo permitan con la finalidad

de que tales personas cercanas puedan valorar las opciones disponibles. Piénsese, por ejemplo, en la importancia que ello tiene en el tratamiento de pacientes que se encuentran en sus últimos días; la consulta a sus familiares es preceptiva, por lo que no se puede sustituir por una simple información posterior a la actuación médica, que supondría un "desplazamiento" de dichos familiares contrario a la ley.

La norma deontológica en cuestión podría parecer una pretensión de situar a la persona que no puede decidir y que carece de documento de instrucciones previas únicamente bajo el criterio del médico al que corresponda en un momento dado la actuación asistencial. En definitiva, esta falta de conformidad con la LBAP lleva a la conclusión de que se trata de una norma que carece de virtualidad jurídica para integrar la prestación de servicios médicos[48].

3. La prestación de servicios médicos a distancia

La prestación de servicios médicos a distancia, de forma no presencial, representa otra cuestión relevante a tener en cuenta no sólo por razones de actualidad sino también porque incide de forma directa en el tema de la diligencia exigible al profesional en orden al cumplimiento de su obligación. A mayores, las normas deontológicas de 2022 contienen reglas novedosas con relación a sus precedentes de 2011 que merece la pena analizar.

En concreto, el actual *Código de Deontología Médica* dedica su Capítulo 23 (arts. 80.1 a 84.2) a lo que denomina "*Telemedicina y tecnologías de la información y comunicación (TIC)*"; en él se establecen un conjunto de normas en las que se incide en aspectos relacionados con la confidencialidad y privacidad del paciente pero no se establecen criterios claros de actuación médica cuando la prestación de servicios se realiza a distancia.

Así, el artículo 80.1 inicia dicho capítulo declarando que "*el uso de los medios telemáticos u otros sistemas de comunicación no presenciales destinados a la ayuda en la toma de decisiones dentro del ámbito profesional es conforme a la Deontología Médica, siempre que sea inequívoca la identificación de quienes intervienen, se asegure la confidencialidad y se usen vías de comunicación que garanticen la máxima seguridad disponible*"[49].

Con ello, se vincula el uso de medios no presenciales en la prestación de servicios médicos a la "*ayuda en la toma de decisiones*", si bien llama la atención que seguidamente esta práctica se considere conforme a la deontología médica únicamente si se asegura la identificación de las partes intervinientes y la confidencialidad y seguridad, las cuales entendemos referidas, pues no se especifica, a la actuación médica, con especial consideración del paciente. No se hace, por

tanto, ninguna referencia ni al tipo de actos médicos que se pueden realizar de forma no presencial ni a criterios de actuación del profesional que garanticen una prestación sanitaria diligente cuando no tiene contacto directo con el paciente.

El artículo 81.1 del *Código de Deontología Médica* recuerda que rigen, para estas modalidades de atención no presencial, "*los preceptos deontológicos de este Código acerca de la relación médico paciente, la defensa de los derechos y la seguridad del paciente, así como el respeto y autonomía de los profesionales sanitarios*"[50]. Esta declaración, sin aportar nada específico, sí que viene a confirmar que sólo actuaciones médicas que podríamos calificar como secundarias, en el sentido de no requerir la presencialidad del paciente por suponer una simple "*ayuda en la toma de decisiones*", pueden prestarse a distancia, pues sólo de esta manera es posible la garantía de los derechos y seguridad de la persona que recibe la prestación.

En la misma línea garantista al tiempo que genérica, el artículo 81.2 dice que el médico "*debe ser responsable de sus actos y de los daños directos e indirectos que de su actuación se puedan derivar*", y, por su parte, el artículo 81.3 declara que "*sus intervenciones deben estar presididas por base científica, profesionalidad, veracidad y prudencia, y siempre serán conformes al contenido de este Código*"[51].

El resto de normas deontológicas que conforman el aludido Capítulo 23 y que se refieren a la prestación asistencial a distancia siguen girando en torno a temas de confidencialidad y seguridad, mereciendo destacarse el artículo 80.2, que obliga a registrar en la historia clínica "*el medio de telemedicina por el que se ha realizado la consulta*" así como el tratamiento médico y las recomendaciones dadas al paciente, en este último caso de forma innecesaria por ser algo inherente a cualquier actuación médica[52]. Por último, el artículo 82.1 incide en que el médico debe en estos casos "*extremar las medidas destinadas a proteger la seguridad y la confidencialidad del paciente, poniendo especial atención en la configuración de la privacidad de dichos medios*"[53].

El mismo Capítulo 23 del *Código de Deontología Médica*, bajo la rúbrica como hemos visto de "*Telemedicina y tecnologías de la información y comunicación (TIC)*", contiene también normas que permiten relacionar la atención médica no presencial con la Inteligencia Artificial, a la que seguidamente se dedica específicamente el Capítulo 24, "*Inteligencia Artificial (IA) y bases de datos sanitarios*". Así, el artículo 82.2 dice que la investigación "*y otras actividades*" que tengan relación con la Inteligencia Artificial y bases de datos de salud "*deben ser en beneficio de la sociedad y de los objetivos de salud pública*". Ello lleva a considerar la posibilidad de que se utilice la robótica en las prestaciones médicas a distancia, que estarían incluidas en estas "*otras actividades*", cuya legitimación vendría por tanto a través de lo que se denomina "*beneficio de la sociedad*" y "*objetivos de salud pública*", sin más concreciones que, de nuevo, las relaciona-

das con la confidencialidad y seguridad de los datos del paciente a que se refiere el siguiente artículo 82.3[54].

Acudiendo al Capítulo 24, compuesto únicamente por tres normas para la regulación de la Inteligencia Artificial en el ámbito médico (arts. 85, 86.1 y 86.2), es necesario destacar el artículo 86.1: "*los sistemas robóticos pueden servir de ayuda en la toma de decisiones clínicas y sanitarias, pero no sustituyen a la obligación que el médico tiene de utilizar los métodos necesarios para la buena práctica profesional*"[55]. Esta mención es importante en la medida en que recuerda los fundamentos básicos del cumplimiento de la obligación del médico conforme a la *lex artis ad hoc* ante cualquier tipo de actuación, presencial o no presencial y con utilización o no de sistemas de Inteligencia Artificial, a los que se atribuye también un carácter auxiliar para la "*ayuda en la toma de decisiones*".

Finalmente, el Capítulo 23 del *Código de Deontología Médica* recoge normas referidas al uso de las tecnologías de la información y comunicación para la realización de actividades de divulgación de conocimiento por parte del médico, introduciéndose como límite a las mismas y, por tanto, al derecho fundamental a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE], el concepto de "*evidencia científica*" (art. 81.5 en relación con los arts. 83.1 y 83.2)[56], cuya determinación no corresponde, según hemos visto con ocasión del tema de los protocolos médicos, a los colegios profesionales[57].

El tratamiento de las actividades divulgativas junto a la prestación de servicios médicos a distancia aparece justificado formalmente a través de la citada rúbrica del Capítulo 23, si bien son actividades sustancialmente distintas, prestación de servicios médicos y divulgación, que merecerían por ello normas deontológicas sistemáticamente separadas. Únicamente el artículo 81.4, referido a que el médico debe cuidar su actitud, imagen y lenguaje en los "*sistemas de comunicación social*", podría considerarse de forma un tanto forzada común a ambas cuestiones, aunque su espíritu parece más bien referido a las actividades de divulgación.

Con independencia de todo ello, las normas relativas a la prestación de servicios médicos a distancia introducidas por el *Código de Deontología Médica* de 2022 resultan insuficientes a efectos de determinar los límites de esta actuación médica, sobre todo en consideración de la propia naturaleza de un código deontológico, que está destinado a establecer normas concretas que faciliten el ejercicio de la profesión de conformidad con el marco legal correspondiente. El concepto clave a tener en cuenta es, sin duda, el de "*ayuda en la toma de decisiones*" del artículo 80.1: sólo cuando la atención médica tenga esta finalidad puede evitarse el contacto directo entre médico y paciente y, por tanto, prestarse un servicio a distancia que sea acorde con los parámetros de diligencia profesional marcados por la aplicación de la *lex artis ad hoc*.

En este sentido, llama la atención el hecho de que las normas contenidas al respecto en el precedente *Código de Deontología Médica* de 2011 se referían a

las posibilidades de actuación médica a distancia de forma más concreta y coherente con dichas pautas relativas a la diligencia profesional así como con un criterio de razonabilidad, aplicable tanto a la prestación del médico como a las expectativas, razonables, del paciente acreedor del servicio.

Aludimos por ello en primer lugar al derogado artículo 26.3 de dicho código de 2011, que determinaba taxativamente que, como regla general, "*el ejercicio clínico de la medicina mediante consultas exclusivamente por carta, teléfono, radio, prensa o internet, es contrario a las normas deontológicas*", pues "*la actuación correcta implica ineludiblemente el contacto personal y directo entre el médico y el paciente*". Como excepción, el artículo 26.4 declaraba "*éticamente aceptable*", sólo "*en caso de una segunda opinión y de revisiones médicas*", "*el uso del correo electrónico u otros medios de comunicación no presencial y de la telemedicina, siempre que sea clara la identificación mutua y se asegure la intimidad*". Finalmente, el artículo 26.5 abundaba en lo anterior diciendo que "*los sistemas de orientación de pacientes, mediante consulta telefónica o telemedicina, son acordes a la deontología médica cuando se usan exclusivamente como una ayuda en la toma de decisiones*"[58].

El punto en común entre ambas normativas deontológicas es, por tanto, el concepto de "*ayuda en la toma de decisiones*", que, siendo fundamental para determinar el alcance de la prestación de servicios médicos a distancia, se queda sin embargo sin ningún tipo de concreción en el actual *Código de Deontología Médica*. Pese a ello, entendemos que la prestación médica a distancia está legitimada como actuación médica diligente cuando se limita estrictamente a orientar al paciente en dicha toma de decisiones que no requieren de valoración presencial, bien porque lo que se solicite sea únicamente una segunda opinión sobre la base de pruebas ya realizadas o bien porque se trate de una actuación que por cualquier otra razón no precise de la presencialidad del paciente, como pudiera ser la dispensación periódica de recetas[59].

IV. CONCLUSIONES

I.— Con carácter general, el valor jurídico integrativo como usos *ex* artículo 1258 del Código civil de las normas deontológicas para los contratos de prestación de servicios profesionales conlleva tener en cuenta que no pueden suponer actuaciones unilaterales del prestador del servicio injustificadamente contrarias a la voluntad del acreedor ni una generalización de cláusulas contractuales habituales pero de carácter especial o excepcional.

II.— Las normas deontológicas han de ser estrictamente conformes con las normas de rango legal (de carácter general o de aplicación específica a cada sec-

tor profesional, imperativas y también de derecho dispositivo), que constituyen el primer criterio de integración del contrato recogido por el artículo 1258 del Código civil en concordancia con el principio de jerarquía normativa.

Por esta razón, la redacción de los arts. 1.1 y 1.2 del *Código de Deontología Médica* de 2022, que subraya la obligatoriedad de cumplimiento de las normas deontológicas bajo amenaza de sanción pero sin referencia alguna a la existencia y superioridad jerárquica de la ley, puede inducir a error en los profesionales médicos respecto al alcance jurídico de tales normas deontológicas.

III.— Los protocolos médicos tienen un valor orientativo para el ejercicio de la profesión cuyo fundamento se encuentra tanto en la diligencia exigible al prestador de servicios conforme al artículo 1104 párrafo primero del Código civil, adecuada a las circunstancias del caso concreto, como, específicamente, en el art. 4.7.b) LOPS, que les atribuye de forma expresa dicho carácter orientativo presuponiendo con ello la competencia y autonomía del profesional. La referencia contenida en esta última norma a la "*evidencia científica*" ha de entenderse, en la línea marcada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 5 de julio de 2023, en el sentido de que la determinación de este concepto no corresponde a los colegios de médicos ni a ninguna otra institución o asociación de carácter sanitario.

Por ello, las normas deontológicas que contradicen lo anterior carecen de valor jurídico para integrar el contenido de la prestación de servicios médicos, particularmente, el artículo 42.1 del *Código de Deontología Médica*, que otorga a los protocolos un valor claramente superior al orientativo, acercándose a una atribución de carácter vinculante que no permite al médico actuar de forma distinta respecto a lo establecido en dichos protocolos, con base en su competencia y experiencia clínica, salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo exijan y que tampoco se delimitan.

Además, la misma norma deontológica relaciona los protocolos médicos con su aceptación "*por la comunidad científica*", lo cual no los legitima dada la misma esencia y naturaleza de la ciencia, cuyas conclusiones están en constante evolución y muchas de ellas sometidas a discusión, por lo que sólo cuestiones básicas y/o indiscutidas en el ámbito científico determinan la actuación diligente del médico. En el mismo sentido, los artículos 20.1 y 2 del *Código de Deontología Médica* condicionan la libertad de prescripción del médico a la "*evidencia científica*", concepto respecto del que hay que reiterar las consideraciones anteriores.

IV.— La prestación del consentimiento informado por parte del paciente tiene una importancia trascendental en los servicios sanitarios, pues afecta no sólo a la autonomía decisoria de la persona sino también a su derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE).

A estos efectos, los artículos 8.2 y 3 en relación con el artículo 10.1.b) y c) LBAP requieren que la información sobre los riesgos probables de la actuación

médica y/o relacionados con las circunstancias del paciente se suministre en todo caso, se consienta por escrito y sea suficiente, suficiencia que debe interpretarse en el sentido de razonable conforme a las circunstancias del caso para que la persona pueda tomar una decisión verdaderamente consciente y libre.

Por ello, el art. 13.2, segundo inciso, del *Código de Deontología Médica*, que se refiere a la obligación de recabar el consentimiento por escrito cuando se trate de un "*riesgo significativo*" "*a criterio del médico*" carece de valor jurídico para integrar el contenido del contrato. Una cosa es que el médico deba actuar conforme a la *lex artis ad hoc*, valorando específicamente la historia clínica del paciente, y otra distinta que pueda decidir cuándo un riesgo es significativo; si el riesgo existe objetivamente en el sentido expuesto, la LBAP requiere que sea informado y consentido por escrito.

Por otro lado, sin embargo, la comprensibilidad de la información suministrada al paciente, necesaria para que exista consentimiento informado (arts. 4.2, 5.2 y 3 LBAP), aparece más detallada por las normas deontológicas (arts. 10.1, 2, 4 y 8), que integran por ello en este punto la prestación de servicios médicos.

Finalmente, el artículo 11.2 del *Código de Deontología Médica*, relativo a la situación de estado de necesidad del paciente a efectos de la prestación del consentimiento informado, no resulta conforme con el artículo 9.2.b) LBAP, que requiere consulta a sus familiares si las circunstancias lo permitan y no una simple información posterior a la actuación médica, como recoge la norma deontológica, por lo que carece de virtualidad jurídica para integrar el contrato.

V.— La prestación de servicios médicos a distancia de forma diligente sólo es posible cuando tenga por objetivo una actuación que, por su naturaleza, no requiera de contacto presencial entre médico y paciente. En este sentido debe ser interpretado el art. 80.1 del *Código de Deontología Médica*, que legitima este tipo de prestaciones si están dirigidas a la "*ayuda en la toma de decisiones*", para cuya concreción eran más explícitas las normas deontológicas precedentes de 2011.

V. RESOLUCIONES CITADAS.

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2011, Sala Segunda, Ponente: Excma. Sra. Dña. Elisa PÉREZ VERA (nº 37/2011, *BOE* de 28 de abril).
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de febrero de 2021 (nº 23922/19, caso *Gawlik versus Liechenstein*), [en línea, https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-208280].

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 5 de julio de 2023, Sala de lo Contencioso Administrativo (nº 273/2023, *RJA* nº 400169).
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de abril de 2023, Pleno, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Carlos CAMPO MORENO (nº 38/2023, *BOE* de 22 de mayo).
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de noviembre de 2023, Pleno, Ponente: Excma. Sra. Dña. Inmaculada MONTALBÁN HUERTAS (nº 148/2023, *BOE* de 18 de diciembre).

VI. FUENTES.

- *Propuesta de la Comisión General de Codificación* (Sección Civil) *de 13 de abril de 2011 relativa a la regulación del contrato de servicios*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 2011 [en línea, https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803174-Contrato_de_servicios.PDF].
- *Código de Deontología Médica, Guía de ética médica*, Organización Médica Colegial de España — Consejo General de Colegios oficiales de Médicos, julio de 2011 [en línea, https://www.cgcom.es/sites/main/files/files/2022-03/codigo_deontologia_medica.pdf].
- *Código de Deontología Médica*, *Guía de ética médica*, Organización Médica Colegial de España — Consejo General de Colegios oficiales de Médicos, diciembre de 2022, publicado el 23 de marzo de 2023 [en línea, https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica].
- *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 2023, prólogo de Antonio PAU, Presidente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación [en línea, https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Propuesta%20de%20modernizaci%C3%B3n%20del%20C%C3%B3digo%20Civil%20en%20materia%20de%20obligaciones%20y%20contratos.pdf].

VII. BIBLIOGRAFÍA

DELGADO-SÁEZ, J. (2023). "Consentimiento informado y personas con discapacidad. A propósito de la experiencia vivida a través de la vacunación". *Revista de Derecho Privado*, nº 2, 3-26.

DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2011). "El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral, Comentario a la STC 37/2011, de 28 de marzo (RTC 2011, 37)". *Aranzadi Civil-Mercantil*, *Revista doctrinal*, nº 5, 25-35.

DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Introducción, Teoría del contrato. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2007). *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, *Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*. Valladolid: Lex Nova.

GARCÍA RUBIO, Mª P. (2006). "Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica". En Llamas Pombo, E. (coord.). *Estudios de Derecho de Obligaciones, Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Tomo I. Madrid: La Ley (pp. 801-827).

GUERRERO ZAPLANA, J. (2004). *El consentimiento informado*, *Su valoración en la jurisprudencia*, *Ley básica 41/2002 y leyes autonómicas*. Valladolid: Lex Nova.

GONZÁLEZ CARRASCO, Mª C. (2021). "La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad". *Derecho Privado y Constitución*, nº 39, 213-247.

HERNÁNDEZ MANZANARES, A. (2024). "Análisis de la reciente doctrina jurisprudencial sobre negligencias médicas". *Diario La Ley*, nº 10449, 1-7.

JEREZ DELGADO, C. (2015). "*Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*". (Coord. de la versión española). Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

LACRUZ BERDEJO, J. L. / SANCHO REBULLIDA, F. DE A. / LUNA SERRANO, A. / DELGADO ECHEVERRÍA, J. / RIVERO HERNÁNDEZ, F. / RAMS ALBESA, J. (2010). *Elementos de Derecho civil*. I. Parte General. Volumen Segundo. Personas. Madrid: Dykinson.

LÓPEZ GARCÍA, P. (2022). "Duración del plazo de reflexión entre que se informa al paciente para prestar el consentimiento informado y se realiza el acto médico". *Actualidad Civil*, nº 2, 1-8.

LLAMAS POMBO, E. (2023). "El daño derivado de la falta de consentimiento informado y su reparación". *Actualidad Civil*, nº 11, 1-14.

MACÍA MORILLO, A. (2020). "El daño derivado de la falta de información médica". En Herrador Guardia, M. J. (director). *Derecho de Daños (cuestiones actuales), 2020*. Madrid: Francis Lefebvre (pp. 531-622).

PÉREZ ESCOLAR, M. (2023-1). "Razonabilidad y Contrato de Servicios, Una aproximación a su utilidad como criterio de valoración del comportamiento contractual". *Anuario de Derecho Civil*, fascículo I, 127-163.

PÉREZ ESCOLAR, M. (2023-2). "Servicios sanitarios e información al paciente, Reflexiones en torno al proceso de administración de las "vacunas Covid-19"". *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 61, 27-60.

PLAZA PENADÉS, J. (2002). *El nuevo Marco de la Responsabilidad Médica y Hospitalaria*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

RAMOS GONZÁLEZ, S. (2012). "Libro IV, Parte contrato de servicios, Capítulo 8: Servicios médicos". En Vaquer Aloy, A. / Bosch Capdevila, E. / Sánchez González, M.

P. (coords.). *Derecho Europeo de Contratos*, *Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Tomo II. Barcelona: Atelier (pp. 1321-1379).

SIERRA GABARDA, R. (2021). "Derecho al honor y personas jurídicas en el CEDH: jurisprudencia reciente". *Diario La Ley*, nº 9911, 1-5.

SOLÉ FELIU, J. (2022). "Estándar de diligencia médica y valor de los protocolos y guías de práctica clínica en la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios". *Revista de Derecho Civil*, nº 3, 1-52.

TORRELLES TORREA, E. (2022). "La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el "mayor beneficio para la vida y salud del paciente" en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario". *InDret,* nº 3/2022, 76-113.

TORRES COSTAS, E. (2021), "La vacunación contra el Covid-19 de personas mayores residentes en centros de mayores: ¿Derecho o imposición? El consentimiento informado por representación, Primeras resoluciones judiciales". *Diario La Ley*, nº 9797, 1-24.

NOTAS

[1] Disponible en https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica.

[2] Reformada de forma importante, entre otras, por la conocida *Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*.

[3] *Vid.* LACRUZ BERDEJO (2010), 273-274. De ahí también su sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 8.1 LCP).

[4] *Vid.* DÍEZ-PICAZO (2007), 430: "*las costumbres o normas jurídicas consuetudinarias son normas jurídicas independientes de la ley, mientras que los usos son criterios a los que la ley se remite especialmente*". No obstante, como señala el mismo autor, se trata de una conclusión "*oscurecida*" a la luz del artículo 1.3 párrafo segundo del Código civil, conforme al que tienen también la consideración de costumbre "*los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad*". Con ello, este tipo de usos (sin *opinio iuris*) con valor integrador (no interpretativo) de la voluntad contractual *ex* artículo 1258 del Código civil tendrían la consideración de costumbre, si bien es cierto que a partir del valor normativo que les otorga la citada norma.

[5] Seguramente buscando mantener en este punto la claridad del texto originario. Cfr. https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Propuesta%20de%20modernizaci%C3%B3n%20del%20C%C3%B3digo%20Civil%20en%20materia%20de%20obligaciones%20y%20contratos.pdf, 16 (prólogo de Antonio PAU, Presidente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación), 101.

[6] *Vid.* DÍEZ-PICAZO (2007), 431.

[7] En el mismo sentido hay que entender el artículo 1287 del Código civil cuando se refiere, en sede de interpretación del contrato, a la utilización del "*uso*" con la finalidad de suplir "*la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse*", cláusulas, por tanto, que han de ser habituales, no excepcionales.

[8] *Vid.* DÍEZ-PICAZO (2007), 430: la "*función ordenadora*" del contrato atribuida al Derecho dispositivo lleva incluso a cuestionar la validez de las desviaciones extraordinarias e injustificadas de las partes contratantes respecto a dichas normas dispositivas, a examinar en el caso concreto.

[9] Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 17.

[10] La confusión puede ser mayor en ámbitos profesionales menos regulados que el sanitario, pues la extraña situación normativa que caracteriza al contrato de servicios, carente de una regulación básica general adecuada, lleva a incrementar la importancia del valor integrativo de las normas deontológicas. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR (2023-1), 128 y ss.

[11] En este sentido, PLAZA PENADÉS (2002) se refirió al "*extremado deber de cuidado*" exigible al médico en su actuación (61 y ss, 63).

[12] Cfr. JEREZ DELGADO (2015), 234.

[13] Cfr. JEREZ DELGADO (2015), 234-235.

[14] Al tiempo, la concordancia de esta norma con el artículo IV.C.-2:106 *DCFR*, relativo a la necesidad de que el prestador de cualquier tipología de servicios obtenga un resultado razonablemente esperado por el acreedor, conlleva que la actuación del médico ha de tener también en cuenta las expectativas u objetivos razonables del paciente, que lo serán si su consecución está bajo la órbita de control del profesional. Cfr. JEREZ DELGADO (2015), 211. Sobre el tema, *vid.* PÉREZ ESCOLAR (2023-1), 141 y ss, 145 y ss.

[15] *Vid.* SOLÉ FELIU (2022), 37 y ss, en lo que denomina "*argumentos de carácter técnico*" para defender el "*necesario valor orientativo*" de los protocolos sanitarios: "*no existe en la comunidad científica un acuerdo plenamente compartido sobre el proceso que debe seguirse para elaborar y aprobar guías de práctica clínica, incorporar en ellas una u otra directriz, o bien sobre la estructura, la terminología o las características que deban reunir, lo que desaconseja reconocerles carácter prescriptivo. Por otro lado, el hecho de que el ejercicio de la medicina dependa de factores diversos y complejos, ajenos algunos al control del propio profesional de la medicina, así como la evolución incierta de determinadas patologías o de las características particulares de cada paciente, convierte la toma de decisiones en un proceso abierto, en el que, más que una opción vinculante para el profesional, requiere ofrecerle un marco más general, con un abanico flexible de alternativas posibles*".

Por el contrario, con criterio que no compartimos, HERNÁNDEZ MANZANARES (2024), 6: "*El protocolo médico o reglas de la "lex artis" deben estar claras de forma preconstituida. Si no fuera así no podría exigirse el cumplimiento de una diligencia debida si no se conoce con carácter previo cuál es el marco por el que se debe discurrir profesionalmente para actuar*".

[16] Sentencia nº 273/2023, de 5 de julio, Sala de lo Contencioso Administrativo, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* (en adelante, *RJA*), nº 400169.

En la misma línea, es también destacable, el Fundamento Jurídico Cuarto de la resolución: "*lo que carece de todo fundamento y legitimidad es que los Colegios Profesionales, universalizando su control y fiscalización, censuren y desacrediten éticamente las manifestaciones y opiniones de carácter técnico, científico o, en su caso docente, que, fuera de él, pueda realizar quienes son colegiados, y las repriman con muy graves medidas coercitivas de privación del ejercicio, lo que, para entenderlo en toda su dimensión bastará considerar que, desde el mismo axiomático principio de la "verdad científica" cualquier colegio profesional podría derivar en una organización paraestatal que censurarse y sancionase a productores y divulgadores científicos de su ámbito de conocimiento aun dotados de las garantías constitucionales de la libertad de cátedra, y ello sin que principio constitucional u regla legal lo autorice ni les otorgue tamaña prerrogativa, de la que, por definición ningún poder público goza en un estado democrático*".

[17] *Vid.* SOLÉ FELIU (2022), especialmente, 15 y ss, 25 y ss, 37 y ss.

[18] Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 72 y 44, respectivamente.

[19] Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 23.

[20] Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 43, 46 y 125, respectivamente.

Con relación al artículo 21.1, el artículo 24 del derogado *Código de Deontología Médica* de 2011 era significativamente más explícito en lo relativo a esta valoración de la competencia profesional, pues, partiendo también de que los actos médicos especializados corresponden a los facultativos que posean el título correspondiente, ello se entendía "*sin perjuicio de que cualquier titulado en medicina pueda, ocasionalmente, realizarlos*", pues "*a ningún médico, si posee la destreza y los conocimientos necesarios adecuados al nivel de uso que precise, se le puede impedir que los aplique en beneficio de sus pacientes*", aun cuando no se le pudiera atribuir la condición de especialista en la técnica o materia concreta.

En la misma línea, el artículo 46.1 de dicho *Código de Deontología Médica* de 2011 incidía más que el actual art. 77.1 en la necesidad de formación continuada, pues establecía que, "*además de realizar las tareas asistenciales, el médico debe disponer de tiempo en su jornada laboral para la actualización de conocimientos, así como para la docencia e investigación*".

Cfr. https://www.cgcom.es/sites/main/files/files/2022-03/codigo_deontologia_medica.pdf, 22 y 38, respectivamente.

[21] Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 155.

[22] Sobre la relevancia de los deberes de información previa en las prestaciones de servicios, es interesante el art. IV.C.-2:102 *DCFR*, "*deberes precontractuales de advertir*", que recogió específicamente la necesidad de informar sobre el riesgo de que el servicio no alcance el resultado previsto o perjudique otros intereses de su destinatario [art. IV.C.-2:102 (1) (a) y (b) *DCFR*]. Cfr. JEREZ DELGADO (2015), 207 y 208. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR (2023-2), 29 y 30. Y, en la misma línea, el art. 1583, "*deber precontractual de información del prestador del servicio*", de la *Propuesta de la Comisión General de Codificación* (Sección Civil) *de 13 de abril de 2011 relativa a la regulación del contrato de servicios* (en adelante, *Propuesta de la CGC*), inspirada en buena parte en el *DCFR*. Cfr. https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803174-Contrato_de_servicios.PDF, 2-3.

[23] Sobre el tema, recientemente, *vid.* LÓPEZ GARCÍA (2022), 1 y ss.

[24] Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 34.

[25] La figura del "*médico responsable*" se define como el "*profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales*" (art. 3 LBAP).

El artículo 4.3, segundo inciso, LBAP, extiende la responsabilidad de recabar el consentimiento informado del paciente a "*los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto*", que "*también serán responsables de informarle*", lo cual incluye por tanto al personal de enfermería. Asimismo lo reproduce el artículo 10.3 párrafo segundo del *Código de Deontología Médica*. Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 30.

[26] Cfr. BOE de 28 de abril de 2011, 51.

[27] Cfr. BOE de 28 de abril de 2011, 53-54.

[28] *Vid.* DÍAZ MARTÍNEZ (2011), 27, 29 y ss, 33 y ss: "*el paso cualitativamente relevante que da esta sentencia (...) es configurar como lesión de tal derecho fundamental (...) una intervención en el ámbito sanitario, con finalidad curativa, realizada sin su consentimiento*".

Con anterioridad, argumentando el vínculo entre falta de información/negligencia profesional, autonomía de la voluntad y responsabilidad civil, *vid.* GARCÍA RUBIO (2006), 805, 810-811, 823 y ss: "*el daño debe ser asignado al médico por no haber dado al paciente la oportunidad de decidir de modo consciente y libre*", pues, incluso en ausencia de daño corporal, la información incorrecta supone una lesión de la autonomía decisoria del paciente indemnizable como tal (827).

Posteriormente, *vid.* MACÍA MORILLO (2020), 561 y ss, 578 y ss, con análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre falta de información médica, y LLAMAS POMBO (2023), 4 y ss, específicamente sobre la configuración del daño por ausencia de consentimiento informado como daño moral autónomo, vinculado con el derecho fundamental a la integridad física de la persona, con la posición más clara y reciente sobre el tema así como también con el correspondiente análisis de la evolución jurisprudencial.

[29] *Vid.* BOE de 28 de abril de 2011, 51 y ss, 54-55, 56.

[30] Los artículos 7.2 a 8.4 ahondan en la necesidad de respeto y confianza entre médico y paciente con relación a cuestiones concretas. Destacan entre ellos los artículos 7.2, "*las quejas de un paciente no deben afectar negativamente a la calidad de la asistencia que se le preste*";

7.4, relativo al derecho a cambio de médico o centro sanitario; 7.6, sobre la obligación del médico de velar por que el lugar en el que presta asistencia "*sea acorde con la dignidad y el respeto que merece el paciente*", y 8.1, "*el médico debe actuar con corrección y delicadeza, respetando la intimidad del paciente*".

Más adelante, entre las normas relativas al consentimiento informado, el artículo 10.7 declara que "*el médico debe respetar las convicciones del paciente y abstenerse de imponerle las propias*", y, en el mismo sentido, el artículo 10.9 incide en el deber del médico de respetar el rechazo del paciente a pruebas diagnósticas o tratamientos. Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 27-28, 31.

[31] Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 34.

[32] Sobre la necesidad de consentimiento informado en el proceso de administración masiva que fue llevado a cabo con relación a las "vacunas Covid-19", con valoración del "*riesgo para la salud pública*" del art. 9.2.a) LBAP, *vid.* PÉREZ ESCOLAR (2023-2), 32-33.

[33] Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 29-30.

[34] Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 29-30, partiendo de la identificación del médico responsable como "*elemento esencial en la relación médico-paciente*" (art. 9).

[35] *Vid.* JEREZ DELGADO (2015), 235.

[36] *Vid.* GARCÍA RUBIO (2006), 807 y ss.

[37] *Vid.* GARCÍA RUBIO (2006), 808: cuanto menos necesario sea el acto médico, "*más exhaustiva ha de ser la información*".

[38] *Vid.* DOMÍNGUEZ LUELMO (2007), 301, 405 y 406.

[39] Cfr. JEREZ DELGADO (2015), 235 y 237.

[40] Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 34.

[41] Específicamente con relación a la información sobre riesgos en los procesos de administración de las "vacunas Covid-19", *vid.* PÉREZ ESCOLAR (2023-2), 36 y ss.

[42] Así, sobre la aplicación de criterios de razonabilidad a los servicios médicos, *vid.* RAMOS GONZÁLEZ (2012), 1350 y ss; 1354; PÉREZ ESCOLAR (2023-1), 145 y ss.

[43] Para las situaciones concretas de discapacidad, *vid.* GONZÁLEZ CARRASCO (2021), 223 y ss; TORRELLES TORREA (2022), 84-85.

[44] Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 29-31.

[45] *Vid.* DOMÍNGUEZ LUELMO (2007), 302 y ss, 309-310.

[46] Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 29.

[47] Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 32.

[48] Al margen del estado de necesidad pero en la misma línea, otorgando en este caso el poder de decisión a la autoridad judicial, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 38/2023, de 20 de abril, ante un caso de persona con discapacidad, afectada de Alzheimer, cuyo hijo tutor no prestó consentimiento por representación para la administración de la "vacuna Covid-19" y partiendo del hecho de que, según dice la resolución, el estado evolutivo de la enfermedad y la ausencia de instrucciones previas impidieron conocer la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

La resolución desestima el recurso de amparo interpuesto por posible vulneración, entre otros, del derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE) y ratifica la autorización judicial otorgada para dicha actuación médica no consentida por el representante legal sobre la base del "*mayor beneficio para la vida o salud del paciente*" que debe sustentar la decisión conforme al artículo 9.6 LBAP, norma que considera "*habilitante de la injerencia*" en dicho derecho fundamental a la integridad física de la persona (Fundamento Jurídico 5).

En estos términos, el "*mayor beneficio para la vida o salud del paciente*", que la misma sentencia dice que ha de valorarse conforme a "*criterios puramente objetivos, plenamente fiscalizables por el juez civil*" (Fundamento Jurídico 6), resulta cuestionable ante la inexistencia de experienciación clínica suficiente sobre el medicamento como, precisamente, dato objetivo. Podría incluso valorarse la aportación de documentación médica al procedimiento desaconsejando su administración, que demuestra como mínimo la ausencia de un criterio indubitado al respecto en el ámbito sanitario. *Vid. BOE* de 22 de mayo de 2023, 70750 y ss, especialmente, con los Fundamentos Jurídicos 5, 6 y 7, 70765 y ss.

Por ello, parece que "*al final es el juez el que vacuna creyendo atender a lo que supone un mayor beneficio y protección para la persona con discapacidad*". Así, con anterioridad a esta resolución del TC, DELGADO-SÁEZ (2023), 25. Cabe traer también a colación el trabajo de TORRES COSTAS (2021), 10 y ss, incidiendo en la reconstrucción de la voluntad hipotética de la persona como prioridad del actual sistema de apoyos a la discapacidad, que no se deduce sin embargo de este procedimiento.

En el mismo sentido también pero ante un caso de desacuerdo de los padres con relación a la vacunación de la hija menor de edad, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 148/2023, de 6 de noviembre, considerando como norma habilitante para la injerencia en el derecho fundamental a la integridad física de la menor, de 11 años, el art. 9.3.c) LBAP, presumiendo su falta de capacidad para comprender intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención, sin trámite de audiencia en el procedimiento, y considerando que la autorización judicial de la vacunación tuvo por fundamento el "*interés superior*" de dicha menor, físico y mental, en este último caso para evitar que lo contrario afectara a sus "*relaciones interpersonales*" e incluso la produjera un "*aislamiento social*". *Vid. BOE* de 18 de diciembre de 2023, 167042 y ss, especialmente, con el Fundamento Jurídico 4, remisión a la anterior Sentencia del Tribunal Constitucional nº 38/2023, y Fundamento Jurídico 5, 167052 y ss, 167057 y ss.

[49] Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 133.

[50] Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 133.

[51] Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 133-134.

[52] Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 133.

[53] Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 134.

[54] Artículo 82.3: "*En la Inteligencia Artificial es fundamental que el médico se comprometa en la protección de la confidencialidad, control y propiedad de los datos del paciente y en desarrollar modelos que incluyan el consentimiento y la gestión de los datos*". Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 134-135.

[55] Cfr. https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 139.

[56] *Vid.* https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica, 134-135, con ubicación también en los artículos 84.1 y 84.2 de las precauciones a adoptar en relación con la publicidad utilizada por el médico y los posibles patrocinios/conflictos de intereses que pudieran afectarle en la actividad de divulgación por medios tecnológicos.

[57] Respecto al derecho fundamental a la libertad de expresión del médico, es interesante la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de febrero de 2021 (nº 23922/19, caso *Gawlik versus Liechenstein*) (disponible en https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-208280), en la que se justifica la medida sancionatoria impuesta al médico (despido) con base en la que se considera prevalencia en el caso concreto del derecho al honor del hospital y del supervisor del médico sancionado. Acertadamente, sobre la peligrosa extensión de la titularidad del derecho al honor a las personas jurídicas, *vid.* SIERRA GABARDA (2021), 5: "*en la génesis de los*

derechos fundamentales (y humanos) se encuentra la necesidad de reaccionar frente al poder público ante el cual los ciudadanos siempre se encuentran en situación de desequilibrio".

[58] Cfr. https://www.cgcom.es/sites/main/files/files/2022-03/codigo_deontologia_medica.pdf, 40 y 41.

[59] Aplicando el criterio de la razonabilidad y con base en las normas deontológicas de 2011, *vid.* PÉREZ ESCOLAR (2023), 147-148.

Trabajo recibido el 11 de abril de 2024 y aceptado para su publicación el 20 de mayo 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 5-6-2024
BOE 2-7-2024
Registro de la Propiedad de Aguilar de la Frontera.

OBRA NUEVA: ALCANCE DE LA DECLARACIÓN RESPONSABLE.

Entiende la DG que la declaración responsable no permite practicar la inscripción de una declaración de obra nueva.

El sistema tradicional de intervención administrativa en el ámbito urbanístico se ha basado en la exigencia de la obtención previa de la licencia urbanística para legitimar cualquier acto de construcción, edificación e instalación y de uso del suelo, el subsuelo y el vuelo. La Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, modificó el texto refundido de la Ley de suelo de 2008, admitiendo la posibilidad de que legislación de ordenación territorial y urbanística aplicable sujete la primera ocupación o utilización de las edificaciones a un régimen de comunicación previa o de declaración responsable (actual artículo 11.5 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre). Finalmente, este planteamiento ha sido incorporado a la vigente legislación urbanística andaluza conformada por la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, y el Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía.

En el caso de las obras de edificación, como se ha expuesto, se trata de uno de los supuestos que, con carácter básico, el legislador estatal determina sujetos necesariamente a un acto expreso de autorización, conformidad o aprobación administrativa siendo la respectiva legislación autonómica a la que corresponde concretar esa forma de intervención que será tramitada y resuelta por los órganos municipales competentes. La actuación del registrador, por tanto, queda limitada a

https://doi.org/10.36151/rcdi.2024.805.05

cumplir el mandato del legislador estatal en cuanto a la exigencia de la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como la certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo.

Atendidos los principales rasgos de la función calificadora resulta que lo que en ningún caso compete al registrador es analizar la legalidad de las disposiciones que ha de aplicar en el ejercicio de su función de control de legalidad. Obviamente, y respecto de las normas con rango o fuerza de ley aprobadas tras la entrada en vigor de la Constitución, tal función sólo compete al Tribunal Constitucional (artículo 161.1.a) de la Constitución Española). Por lo que, de acuerdo con este planteamiento, puede afirmarse que no corresponde al registrador decidir el tipo de intervención administrativa requerida por la norma estatal cuando ésta se remite a la norma autonómica, pues tal decisión ciertamente corresponde a los órganos municipales competentes encargados de la aplicación del planeamiento sobre la base de dicha legislación propia. Como afirma la reciente Resolución de 25 de marzo de 2024 estos preceptos legales confirman la necesidad, a efectos registrales, del cumplimiento de los dos requisitos que se vienen repitiendo, y de los que se infiere, respecto del primer requisito, que la realización de estos actos urbanísticos necesita, como título habilitante, la correspondiente declaración responsable urbanística junto con el acto de conformidad expreso del Ayuntamiento que corresponda.

El legislador andaluz contempla la posibilidad de que, para ciertas obras, las que conforme a la Ley estén sujetas a declaración responsable, baste la acreditación de que se ha presentado esta declaración para autorizar e inscribir la escritura de declaración de obra nueva. Ciertamente no cabe cuestionar aquí la legalidad de este precepto autonómico de alcance registral, pero no cabe duda de que el mismo y su relación con el artículo 138 de la Ley 7/2021, ha de ser interpretado conforme a los antecedentes jurisprudenciales antes citados sobre el alcance de la norma estatal del citado artículo 11 en relación con el artículo 28 de la Ley de Suelo y la competencia estatal en materia registral —cfr. la disposición adicional décima de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, introducida por el Decreto-ley 11/2022, de 29 de noviembre, por razones de seguridad jurídica, y el artículo 314 del Decreto 550/2022, de 29 de noviembre—. Es decir, la declaración de obra nueva a que se refiere la disposición adicional novena de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, que según la ley esté solo sujeta a declaración responsable, no puede tener nunca el carácter de obra de edificación, puesto que la misma se encuentra sometida a autorización o conformidad administrativa expresa.

Dicho de otro modo, difícilmente puede provocar un cambio en la descripción registral de la finca, en cuanto al número de plantas, la superficie de parcela ocupada, el total de los metros cuadrados edificados o el número de viviendas, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente —cfr. artículo 45 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio—, un acto de trascendencia urbanística que no corresponda a la definición legal de acto de edificación y que, por imperativo de la legislación estatal, cuya competencia ha ratificado el Tribunal Constitucional, debe quedar sometido a algún tipo de inter-

vención administrativa de control, en los términos que determine la legislación urbanística autonómica.

En el presente expediente se plantea la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva por la que la titular registral de una finca urbana, descrita como edificio de uso comercial, declara que ha reformado la citada edificación para adaptarla a su uso como tanatorio. A tenor de lo expuesto, teniendo presente el objetivo de la legislación autonómica de reducir los supuestos de exigencia de licencia previa así como el marco normativo estatal antes descrito, esta Dirección General dado el reducido marco del recurso contra la calificación no puede sino compartir la exigencia del registrador en cuanto a la necesidad de un acto expreso de conformidad por parte del Ayuntamiento respecto a la actuación que pretende acceder al Registro mediante la declaración de obra nueva. Por lo expuesto, en el presente caso es preciso acreditar la licencia urbanística o el acto expreso de conformidad administrativa con la actuación declarada, como previenen los artículos 11.3 y 28.1 de la Ley de Suelo.

Respecto al segundo de los defectos objeto de recurso, relacionado con el anterior, se refiere a la exigencia de aportar certificado descriptivo expedido por técnico competente, del que resulte la coincidencia de la obra declarada en el título con la que se encuentre amparada en la autorización administrativa correspondiente. Este defecto debe ser asimismo confirmado.

Resolución de 6-6-2024
BOE 2-7-2024
Registro de la Propiedad de Palafrugell.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

La rectificación del Registro requiere el consentimiento del titular registral o resolución judicial firme.

En el presente supuesto, existe una divergencia entre lo que se solicita en la instancia presentada en el Registro, que es la anotación preventiva de un legado sobre una finca registral procedente de la herencia del causante, y, por otro lado, lo que ahora se pide en el escrito de interposición del recurso, que es la inscripción de «un derecho real» de uso. No puede por tanto pronunciarse este Centro Directivo sobre si fue o no correcta la calificación del registrador que dio lugar a la inscripción de la adjudicación hereditaria cuya nulidad se pretende. Extendido el asiento de inscripción, la situación registral queda bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley (artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria); no basta para la rectificación cualquier mandamiento judicial ni una simple declaración recaída en expediente, sino que ha de acudirse a los medios señalados en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y de las Resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del Registro parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efec-

tos en tanto no se declare su inexactitud (artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). La rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

En consecuencia, tal y como ha declarado este Centro Directivo de modo reiterado, será necesario que conste el consentimiento de todos los titulares de derechos inscritos o anotados que puedan verse perjudicados o, en su defecto, deberá acudirse a un procedimiento judicial entablado contra aquéllos (artículos 40 y 214 de la Ley Hipotecaria y 322 y siguientes de su Reglamento), debiendo entretanto rechazarse la solicitud formulada por el recurrente. El error de la inscripción, si fuera imputable a la inscripción misma y no a la documentación en su día presentada, será fácilmente subsanable comprobando la documentación que dio lugar a dicha inscripción como bien indica el recurrente; en otro caso, esto es, que el error partiera de la documentación que dio lugar a la inscripción, para la rectificación se precisará el consentimiento del titular registral o de sus causahabientes o, en su defecto, resolución judicial.

Resolución de 6-6-2024
BOE 2-7-2024
Registro de la Propiedad de A Coruña, número 5.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN.

No cabe a inscripción de una escritura rezagada si la finca ha quedado sin superficie suficiente.

En relación a uno de los aspectos que menciona la recurrente sobre la no presentación de la escritura de fecha 10 de enero de 1986, conviene recordar que el principio de tracto sucesivo, consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, impone que para inscribir actos declarativos, constitutivos, modificativos o extintivos del dominio o de los derechos constituidos sobre el mismo, dichos actos deberán estar otorgados por los titulares registrales, ya sea por su participación voluntaria en ellos, ya por decidirse en una resolución judicial dictada contra los mencionados titulares registrales. En consecuencia, estando la finca transmitida, inscrita en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral, que resulte de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada (cfr. artículos 2 y 17 de la Ley Hipotecaria).

En el presente caso, según resulta del historial registral de la finca, la vendedora no ostenta la titularidad registral de la finca referida, si bien se menciona en el título, que adquirió por escritura de compraventa el día 10 de enero de 1986 a doña E. O. M., actual titular registral de la finca 11.498. Es decir, para inscribir

la escritura de fecha 30 de octubre de 1990, por la que doña M. D. C. E. adquiere una parcela de 30 áreas de doña M. L. B. R., es requisito previo indispensable que se inscriba la escritura de fecha 10 de enero de 1986 por la que la vendedora doña M. L. B. R. adquiere la propiedad de la finca 11.498 de 1 hectárea 44 áreas y 33 centiáreas.

Si como consecuencia del acceso al Registro de la Propiedad de segregaciones posteriores la superficie de la finca matriz ha quedado agotada o disminuida de modo que la superficie resultante sea inferior a la que ahora se pretende inscribir, es evidente que no procede la inscripción sin que previa o simultáneamente se rectifique la superficie de dicha finca (artículo 40 de la Ley Hipotecaria en relación a los artículos 47 y 50 de su Reglamento). No existiendo superficie suficiente en el Registro de la finca sobre la que se solicita la segregación, no es posible la inscripción.

Resolución de 6-6-2024
BOE 2-7-2024
Registro de la Propiedad de Tolosa, número 2.

HERENCIA. CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO.

Se abordan las cuestiones sujetas a calificación en la inscripción de la herencia de un matrimonio por medio de certificado sucesorio europeo.

Como cuestión previa, debe tenerse en cuenta que, como tiene declarado el Tribunal Supremo, Sala Tercera, en Sentencia de 22 de mayo de 2000, 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. El hecho de que sea el acto de calificación el que constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo del 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, pues, de no ser así, y estimarse otros defectos no incluidos en la misma supondría indefensión para el recurrente (vid., entre otras muchas, las Resoluciones de 24 de marzo de 2004, 13 de diciembre de 2010 y 6 de noviembre de 2017). Por lo tanto, habida cuenta de que esta Dirección General debe ceñirse a la calificación realizada, el recurso tiene como único punto de discusión si los certificados sucesorios aportados bastan para causar la inscripción de las sucesiones causadas por los esposos doña G. V. G y don R. H. S.

Conforme al artículo 69, apartado 5, del citado Reglamento, el certificado será un título válido para la inscripción de la adquisición hereditaria en el registro competente de un Estado miembro, «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, letras k) y l)». Esta puntualización se refiere, por una parte, a la exclusión de «la naturaleza de los derechos reales» [letra k)] —sin perjuicio de la adaptación que prevé el artículo 31— [vid. sentencia Kubicka (C-218/16) de 12 de octubre de 2017]. Asimismo, conforme a la letra l, se excluye «cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la

práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo». Consecuentemente, el certificado presenta como limite la aplicación del Derecho nacional en relación con la inscripción en los registros públicos, debiendo adecuarse a sus requisitos y funcionamiento.

El certificado sucesorio europeo, en cuanto documento y titulo en principio inscribible, generalmente junto a documentos complementarios, no queda eximido de calificación conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, en todos sus elementos, por lo que el registrador calificará, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. El expediente que se resuelve ha de limitarse a los defectos observados por el registrador que a su juicio impiden la inscripción.

El régimen económico-matrimonial y su liquidación no es objeto de atención en el Reglamento (UE) n.º 650/2012. Salvo, en el contexto de la Ley aplicable, al incluirse en su ámbito los derechos del cónyuge viudo previstos en el artículo 23, apartado 2, letra b), último inciso («incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites»). No resultó suficientemente coordinado el citado Reglamento con los reglamentos Parejas, en nuestro caso el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. En el caso del presente expediente se contesta negativamente en ambos certificados. Por lo tanto, no habiendo sido repartidos, forman una masa conjunta en ambas sucesiones en cuanto se expresa que todos los bienes son de carácter ganancial creando un totum ambas herencias, cuyos bienes se describen, repartidas ambas en la proporción de un tercio a cada uno de los tres herederos.

El segundo defecto señala que es necesario el otorgamiento de escritura pública en la que los herederos acuerden la porción individual que se adjudica a cada uno respecto de cada uno de los bienes comprendidos en la sucesión hereditario. En el caso concreto que nos ocupa —que puede no ser extrapolable a otros— en que todos los bienes son comunes y los herederos suceden en igual proporción, y consta en el certificado que ha habido aceptación, debe entenderse que en los aspectos calificados —a los que debe limitarse el recurso— el certificado se acomoda a la norma europea.

Resolución de 17-5-2024
BOE 3-7-2024
Registro de la Propiedad de Eivissa, número 2.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EXPEDIENTE DE DISCIPLINA URBANÍSTICA.

Se necesita certificación administrativa para inscribir por antigüedad una obra nueva para aclarar que no se ve afectada por el expediente de disciplina urbanística anotado.

En relación con la anotación del expediente de disciplina urbanística, el artículo 56 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, señala que la Administración legalmente competente podrá acordarla con el fin de asegurar el resultado de los expedientes de disciplina urbanística y la reposición de los bienes afectados al estado que tuvieren con anterioridad a la infracción. La anotación sólo podrá practicarse sobre la finca en que se presuma cometida la infracción o incumplida la obligación de que se trate en cada caso. En la actualidad, la práctica de dicha anotación constituye una actuación obligada para la Administración conforme al artículo 65.2 de la Ley de Suelo estatal.

Es posible diferenciar en una misma finca aquellas edificaciones cuya situación de asimilado a fuera de ordenación resulta de la prescripción o caducidad de la acción de restauración o legalidad, de aquellas edificaciones o ampliaciones no autorizadas respecto a las cuales no han trascurrido los plazos correspondientes, pues estas últimas resultarán perseguibles mediante las potestades de disciplina urbanística de las que gozan las Administraciones competentes y no serán inscribibles en el Registro de la Propiedad.

En el Registro de la Propiedad consta anotación de incoación de expediente de disciplina urbanística por presunta comisión de infracción urbanística consistente en la realización de actos edificatorios ejecutados sin título habilitante y contrarios a la ordenación territorial y urbanística. El compareciente declara, y lo certifica un técnico, que la edificación declarada es la existente con anterioridad a la aprobación de la Ley 10/1990, de 23 de octubre, de disciplina urbanística, y que no se ve afectada por el proyecto de derribo en trámite que causó la anotación preventiva de incoación del expediente de disciplina urbanística que grava la finca, manteniendo estas su situación de fuera de ordenación.

Aun constando en el folio la anotación de expediente de disciplina urbanística sobre determinadas edificaciones debe aceptarse la posibilidad de inscribir aquellas respecto a las que se acredite que no resultan afectadas por el mismo y en las que concurran los requisitos necesarios para su inscripción. Sin embargo, tal acreditación no puede basarse en una certificación técnica, sino que como resulta del artículo 62 del Real Decreto 1093/1997, debe resultar de certificación administrativa del acuerdo en el que se ordene la cancelación o aclaración, o solicitud del titular registral de cualquier derecho sobre la finca anotada a la que se acompañe dicha certificación.

Resolución de 17-5-2024
BOE 3-7-2024
Registro de la Propiedad de Arona.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: FINALIDAD.

La modificación de una finca registral en cuanto pueda suponer dudas sobre la identidad requiere la tramitación de un expediente del 199 LH.

El objeto del recurso es determinar, exclusivamente, si la calificación registral negativa recurrida es o no ajustada a Derecho. Para ello, en el presente caso, debemos partir de la situación registral de todas las fincas implicadas. Ninguna de

ellas tiene georreferenciación inscrita ni siquiera, en alguno de los casos tienen referencia catastral inscrita.

Como ha declarado la Resolución de esta Dirección General, de 13 de marzo de 2024, tras la reforma operada por la Ley 13/2015, la Ley Hipotecaria pasa de un sistema de transcripción o arrastre de la descripción de la finca, cuando el registrador tiene dudas de los cambios operados en la descripción literaria, a un sistema de calificación de los elementos descriptivos de la finca relacionados en el artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria. Por ello, para practicar cualquier asiento, ya en vigor la nueva redacción de la Ley Hipotecaria, el registrador ha de poder ubicar la finca sobre la cartografía catastral, para poder calificar su descripción y su relación con los colindantes, comprobando que la situación física detallada declarada en el título coincide con la que resulta del Registro, se solicite o no la incorporación de la georreferenciación de la finca.

Como consecuencia de lo anterior, la nota de calificación de la registradora debe confirmarse, puesto que las dudas en la identidad de la finca están bien fundamentadas por la registradora. Lo que ocurre en el presente caso, realmente, es que el presentante y recurrente ha elegido un procedimiento jurídico correcto pero incompleto para solicitar la inscripción, aplicando solamente el régimen jurídico de la modificación del título constitutivo de la Ley sobre propiedad horizontal. Posiblemente, hubiera sido suficiente si la registradora no hubiese consultado el historial registral de la finca 1.928. Pero, su consulta es pertinente, pues debe extremar el celo de la calificación registral para evitar que se produzcan dobles inmatriculaciones.

Resolución de 21-5-2024
BOE 3-7-2024
Registro de la Propiedad de Aspe.

DOBLE INMATRICULACIÓN: REQUISITOS DEL PROCEDIMIENTO DEL ART. 209 LH.

Para tramitar el expediente de subsanación de la doble inmatriculación es necesario que el registrador concluya que existe tal situación patológica.

Como cuestión procedimental previa, hay que señalar que el objeto del recurso únicamente se limita a los documentos que la registradora tuvo a la vista al tiempo de emitir su calificación, en este caso, la instancia de solicitud de inicio del procedimiento de doble inmatriculación. En cambio, todos los documentos que se aportan al tiempo de la interposición del recurso, y que, por tanto, la registradora no ha tenido ocasión de calificar, se consideran extemporáneos y no pueden ser tenidos en cuenta en la resolución del recurso.

La legitimación para instar el procedimiento para la subsanación de la doble inmatriculación está específicamente regulada en la regla segunda del artículo 209.1 de la Ley Hipotecaria. En el supuesto de iniciarse el expediente a solicitud del titular registral de cualquier derecho inscrito en cualquiera de las fincas afectadas por esta situación de doble o múltiple inmatriculación, cabe recordar que, conforme a lo dispuesto en los artículos 103 de la Ley Hipotecaria y 166.11.ª y

193.4.ª del Reglamento Hipotecario, en los casos en que un documento privado puede tener acceso al Registro es necesario que las firmas de los que lo suscriben estén legitimadas notarialmente o por su ratificación ante el registrador.

Como ya ha señalado esta Dirección General (cfr. Resolución de 26 de julio de 2016), tras la entrada en vigor de la nueva ley, el primer requisito para iniciar la tramitación del procedimiento de subsanación es que el registrador aprecie la existencia de doble inmatriculación. Una vez considere esta posibilidad, deberá efectuar las notificaciones y extender la nota marginal que ordena el mismo. En el caso de que el registrador, una vez realizadas las investigaciones pertinentes en los términos fijados por el citado artículo antes trascrito, concluya que, a su juicio, no hay indicios de la doble inmatriculación, deberá rechazar la continuidad de la tramitación, quedando a salvo la facultad de los interesados para acudir al procedimiento correspondiente, en defensa de su derecho al inmueble. Examinada la documentación presentada junto con la instancia inicial, se puede concluir que, además de existir incongruencia en las manifestaciones de las partes en cuanto al origen de la supuesta doble inmatriculación, la existencia de la misma no resulta debidamente justificada. Por lo tanto, la calificación de la registradora debe ser confirmada respecto a los defectos relativos a falta de claridad en cuanto al objeto del expediente de doble inmatriculación y falta de prueba de la doble inmatriculación.

Como pone de relieve la registradora en su nota de calificación, y ha señalado reiteradamente este Centro Directivo, el artículo 209 de la Ley Hipotecaria, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 13/2015, de 24 de junio, sigue sin solucionar el problema de fondo que se plantea en la doble inmatriculación, que es determinar quién es el titular legítimo o cuál puede ser el orden preferencial entre ellos. Recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015, afirma que la neutralización de los principios registrales que se deriva del supuesto de doble inmatriculación de fincas registrales no resulta aplicable en los casos en que concurra un solo adquirente del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, debiendo ser protegida su adquisición, conforme a la vigencia del principio de fe pública registral.

En el caso del procedimiento del artículo 209 de la Ley Hipotecaria, debe asimismo aplicarse el principio causalista que rige en nuestro sistema registral, lo que supone que el simple acuerdo de los interesados no basta para lograr la cancelación de una finca registral, si no que esta cancelación debe obedecer a una causa verdadera y lícita, que justifique debidamente la existencia de la doble inmatriculación. En el supuesto de este expediente, como señala la registradora no se ha dado una explicación detallada de dónde o por qué existe una doble inmatriculación, lo que equivaldría a expresar la causa y, además, existen indicios suficientes para considerar que a través del procedimiento de doble inmatriculación se estén encubriendo negocios jurídicos no formalizados correctamente.

Interpretando a «sensu contrario» este artículo, en caso de que el registrador suspenda el inicio del procedimiento por no apreciar la existencia de doble inmatriculación, no resulta procedente la práctica de esta nota marginal, que tiene como único objeto advertir de la tramitación del procedimiento para evitar que pueda surgir un tercero protegido por la fe pública registral.

Resolución de 21-5-2024
BOE 3-7-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 8.

HERENCIA: APLICACIÓN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Debe aplicarse la ley española a una sucesión que, aun quedando bajo la vigencia del Reglamento Europeo, no consta acreditada la professio iruis a otro ordenamiento.

Siendo —como es— el verdadero problema de fondo del recurso el determinar cuál es la Ley aplicable a la sucesión causada en España, no hay elemento alguno que conduzca a la aplicación de la ley que pretende la recurrente en su escrito. Sin olvidar, por supuesto, que los sistemas sucesorios del derecho internacional privado de España y el Reino Unido son diametralmente opuestos, dado que en el segundo lo relevante en la sucesión son los bienes dejados por el causante, no su persona (lo que conduce a un criterio escisionista vinculado a la situación de los bienes). Por contra, en nuestro sistema conflictual de tradición romana la sucesión se concibe como un sistema legal a través del cual se sustituye la persona del causante por otra u otras personas y ello conduce a que la Ley aplicable se determine mediante puntos de conexión vinculados a la persona del causante, derivándose como consecuencia la unidad legal de la sucesión: será una única Ley la que regule la sucesión, con independencia de la naturaleza de los bienes y del lugar en que se encuentren. Como también es sabido, con la pretensión de paliar y solventar, en la medida de lo posible, estas complejas situaciones y dotar de seguridad las movimientos de personas en distintos estados miembros, la Unión Europea aprobó el Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012.

Tiene por ello razón la registradora al entender que, en razón de la fecha del fallecimiento de la causante, su sucesión se rige por la Ley española de su última residencia, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 del Reglamento UE n.º 650/2012, en relación con el artículo 83; residencia que, a la vista de los antecedentes más arriba relacionados, ha de entenderse que lo es en territorio de Derecho común (con las consecuencias que de ello se derivan dado el sistema legitimario del Código Civil), pues la última residencia habitual de la causante allí se localiza (artículo 36.2.º del Reglamento). Y, si llegamos a esta conclusión, es evidente que ni el testamento ni la escritura de herencia se ajustan a dicho cuerpo legal; ni respetan los derechos legitimarios del otro hijo de la causante que no compareció en la escritura (sin que proceda analizar ahora en detalle su posible preterición); con las consecuencias que de ellos se derivan y señala la nota, dada la naturaleza de «pars bonorum» que tiene la legitima en el Código Civil.

En este caso no hay base alguna para entender realizada una «professio iuris» a la ley personal de la testadora (al testar) o de la causante al tiempo de fallecer, algo que requeriría como mínimo, de no ser expresa, una voluntad tácita y no meramente conjetural. Y dando por sentado que, se quiera o no, la elección de ley requiere un vehículo formal expreso, (disposición «mortis causa» válida, material y formalmente, según los artículos 26 y 27 del Reglamento —como el artículo 5.2 del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989—), habrá de exteriorizarse esa «professio» bien de manera expresa, vía disposición «mortis causa», o habrá de resultar de los términos de una disposición

de ese tipo. Pero para para indagar si hay una voluntad tácita (en este caso de sometimiento a un ordenamiento distinto al Código Civil) necesitaríamos algunos elementos de apoyo para llegar a tal conclusión mediante un razonamiento deductivo.

Resolución de 21-5-2024
BOE 3-7-2024
Registro de la Propiedad de Badajoz, número 2.

HERENCIA: ACEPTACIÓN TÁCITA.

La intervención en el procedimiento judicial y su allanamiento supone un acto que implica aceptación tácita.

Como cuestión de procedimiento, ha de tenerse en cuenta que se plantean por los dos recurrentes sendos recursos —en términos parcialmente coincidentes— respecto de la misma finca registral y en relación con una misma calificación negativa. Por ello, ambos recursos pueden ser objeto de acumulación en este único expediente (vid. artículo 57 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Conforme al artículo 325 de la Ley Hipotecaria, según la redacción resultante de la modificación efectuada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, 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.

Respecto del fondo del recurso no cabe sino recordar que el Código Civil dispone en su artículo 999 que la aceptación pura y simple de la herencia puede ser expresa o tácita. Se entiende tácitamente aceptada la herencia cuando resulta de actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar o que no habrá derecho a realizar sin la cualidad de heredero. Según la jurisprudencia, «para que haya aceptación tácita, es preciso que la actuación del llamado revele de forma clara, precisa e inequívoca la voluntad de aceptar ("actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar"), o que sus actos sean incompatibles con la ausencia de la voluntad de aceptar (actos "que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero")» (vid. Sentencia de Tribunal Supremo 10 de mayo de 2019).

En el presente caso, la postura procesal adoptada por doña M. E. M. M. como codemandada en el procedimiento al que se refiere la citada sentencia que se testimonia en la escritura calificada muestra inequívocamente que ha comparecido como heredera; y que es este mismo concepto en el cual manifestó su voluntad de allanarse a la demanda. Esa personación y su allanamiento suponen la aceptación tácita de la herencia.

Resolución de 21-5-2024
BOE 3-7-2024
Registro de la Propiedad de San Fernando, número 2.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EFECTOS.

La existencia de embargos posteriores no es obstáculo para inscribir la ejecución basada en otra anotación anterior, dado los términos del art. 612.3 LEC.

El embargo es un acto procesal de trascendencia jurídico-real, pero cuyo objetivo no es la de constituir una garantía directa y exclusiva en favor del crédito que lo motiva, sino el aseguramiento del buen fin de la ejecución en curso mediante la afección «erga omnes» del bien trabado al procedimiento en el que se decreta, sin prejuzgar el modo de reparto del precio obtenido en la venta de aquél; el precio obtenido con la enajenación del bien embargado no se destinará necesariamente al pago preferente del crédito que determinó la incoación del procedimiento en el que se acordó la traba, pudiendo ocurrir que con dicho importe se paguen de modo preferente otros créditos del ejecutado, quedando el del actor insatisfecho. En esta línea se ha manifestado también la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2023, al señalar: «En términos generales, el derecho de crédito atribuye a su titular la facultad de exigir la prestación que tiene por objeto, esto es, reclamar al deudor el comportamiento o deber de conducta previsto en el título constitutivo de la relación obligacional (en este caso el pago de una deuda pecuniaria). Esa facultad va ligada al poder de agresión sobre los bienes del deudor, en caso de que éste no cumpla voluntariamente, mediante la correspondiente demanda ejecutiva (directamente si el crédito consta en un título ejecutivo, o bien obteniendo previamente un pronunciamiento judicial de condena). Esa ejecución sobre el patrimonio del deudor, en el caso de los procedimientos de ejecución ordinarios, se desenvuelve en dos fases: el embargo de los bienes, y la fase de ejecución en sentido estricto o de realización el valor de los bienes. El embargo concede al acreedor ejecutante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga con la realización de los bienes embargados a fin de satisfacer el importe de lo adeudado (incluidos los intereses y costas procedentes). En tanto no sea reintegrado el ejecutante de esas cantidades "no podrán aplicarse las sumas realizadas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente por sentencia dictada en tercería de mejor derecho" (art. 613.2 LEC)».

En el presente caso, estando vigente la anotación preventiva letra A, que se practicó en su día por haberse así ordenado en el procedimiento de apremio que ahora ha culminado con la adjudicación de la finca ejecutada, dicha ejecución no puede quedar obstaculizada por la existencia de anotaciones de otros embargos posteriores en favor de distintos acreedores, ya que, como señala el artículo 613.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solo en el caso de que existan terceros poseedores que hubieran adquirido dichos bienes en otra ejecución, el pago del crédito del actor ejecutante tendrá como límite las cantidades que, para la satisfacción del principal, intereses y costas, aparecieran consignadas en la anotación en la fecha en que aquéllos hubieran inscrito su adquisición.

Resolución de 22-5-2024
BOE 3-7-2024
Registro de la Propiedad de Ciudad Real, número 1.

DOCUMENTOS JUDICIALES: ES NECESARIO DERERMINAR LAS OPERACIONES REGISTRALES A REALIZAR.

Las resoluciones judiciales que pretenden su acceso al Registro deben determinar qué operaciones registrales han de practicarse.

El artículo 3 de la Ley Hipotecaria recoge el principio de titulación auténtica, de forma que, como regla general, solo los documentos públicos pueden acceder al Registro. El cumplimiento de los requisitos que deban reunir es objeto de calificación registral conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que en el ámbito judicial se recoge en el artículo 100 del Reglamento Hipotecaria.

Respecto de la única cuestión suscitada debe confirmarse la calificación registral, toda vez que en el documento no se determinan de manera concreta las operaciones registrales procedentes. En tal sentido, tal como ya indicó la Resolución de 30 de septiembre de 2005, todos los documentos inscribibles deben cumplir las exigencias del sistema registral español (cfr. Resolución de 26 de mayo de 1997), entre las que está la debida descripción de la finca, pues en estas exigencias están implicados intereses que, por afectar al estatuto jurídico de la propiedad inmueble, suponen la protección de los intereses públicos, como son los que imponen la determinación del objeto del derecho a que se refiere la inscripción, objeto que en el presente caso está indeterminado. Efectivamente, no procede la segregación sobre la referida finca registral sin el mandato expreso contenido en la resolución judicial objeto de inscripción.

Resolución de 22-5-2024
BOE 3-7-2024
Registro de la Propiedad de Valencia, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: DESAFECTACIÓN DE ELEMENTOS COMUNES Y ARRASTRE DE CARGAS.

En un caso de desafectación de un elemento común no esencial. Sin consentimiento de los respectivos acreedores, han de arrastrarse las hipotecas que graven los departamentos privativos en tanto se extienden a los elementos comunes por su respectiva cuota.

La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, «erga omnes», al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (artículos 1876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria) y subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados (artículo 122 de la Ley Hipotecaria).

Es principio básico de nuestro sistema que la hipoteca no afecta a la facultad de disponer sobre la finca hipotecada, ni a la de dividirla, para lo que el propietario no necesita el consentimiento del acreedor hipotecario. En el caso de división (en uso de una facultad dominical —artículo 348 del Código Civil—), en rigor hay modificación de objeto, creándose un objeto nuevo por reducción de otro anterior, y al objeto nuevo se traspasa en bloque por subrogación real, legal y necesaria, todo el estatuto o régimen jurídico del derecho anterior, por lo que si no consienten los titulares de otros derechos sobre la finca que se divide, la división no les afecta (cfr. artículos 405 y 1257 del Código Civil), y en el caso específico de la hipoteca la irrelevancia jurídica de la división para los terceros se traduce en un régimen de hipoteca solidaria entre varias fincas (cfr. artículo 123 de la Ley Hipotecaria), ciertamente anómala y contraria al principio de especialidad, pero absolutamente

necesaria para la conservación del derecho del acreedor hipotecario, quien podrá pedir la ejecución de cualquiera de ellas o de todas simultáneamente (artículos 122 y 125 de la Ley Hipotecaria).

En el caso de hipoteca sobre finca en régimen de propiedad horizontal, la hipoteca recae también sobre la cuota de participación en la copropiedad de los elementos comunes, por imperativo legal, y, en consecuencia, todos los elementos comunes, descritos o no en el título constitutivo, quedan también hipotecados juntamente con el piso o local. Por ello, si por decisión de la junta de propietarios se desvincula o desafecta un elemento común no esencial, como es la vivienda de portería, y se crea un nuevo elemento privativo, como nuevo objeto de derecho, se da identidad de razón para la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, a falta del consentimiento de los acreedores cuyos derechos estaban garantizados con la hipoteca sobre los anteriores elementos privativos.

En el presente caso, la pretensión de que se inscriba el nuevo elemento privativo a favor del adquirente libre de cargas, es decir, sin arrastre de las que afectaban a los elementos privativos ya existentes, supone la cancelación parcial de las hipotecas preexistentes, lo que no puede llevarse a cabo sin el consentimiento de sus titulares (artículo 82 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 22-5-2024
BOE 3-7-2024
Registro de la Propiedad de Cuenca.

PROPIEDAD HORIZONTAL: INMATRICULACIÓN PARCIAL RESPECTO DE UN ELEMENTO PRIVATIVO.

Se analizan los requisitos para inmatricular un piso de un edificio en propiedad horizontal que no está inmatriculado.

Desde el punto de vista material, este Centro Directivo ya admitió en su Resolución de 12 de diciembre de 2019, la posibilidad de inmatricular la propiedad privativa de un elemento en régimen de propiedad horizontal, de manera independiente a los restantes elementos, cuando no constaba previamente inscrita la finca donde se procedía a la declaración de obra nueva y el régimen de propiedad horizontal, sin necesidad de aportar la titulación precisa para justificar la previa adquisición de todos los propietarios de los elementos integrantes de la misma.

No obstante, deben tenerse en cuenta también los aspectos formales de la inmatriculación, pues aunque sólo se vaya a inscribir la titularidad de uno de los elementos, la inmatriculación física de la finca sobre la que se asienta la división horizontal, será de toda la finca. Para dicha inmatriculación, se impone una debida coordinación entre la descripción literaria de la finca y su base gráfica catastral o alternativa, en los términos señalados por los artículos 9 y 10 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 205 de dicha ley. Desde esta perspectiva formal, tratándose de una inmatriculación al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, se exige que exista identidad entre la descripción contenida en el título inmatri-

culador y la certificación catastral descriptiva y gráfica que necesariamente debe ser aportada al efecto (aunque como ha señalado este Centro Directivo en muchas resoluciones, dicha identidad no se extiende a las edificaciones).

Por ello, en este caso, aunque el registrador no lo indique en su calificación, es necesario que se acompañe la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca en términos totalmente coincidentes con el solar en el que se sitúa la vivienda cuya inscripción se solicita. Y por otro lado, para poder inmatricular la vivienda, es necesario asimismo que se haya declarado la obra nueva del edificio del que forma parte, cumpliendo con las exigencias impuestas por la legislación urbanística.

Resolución de 22-5-2024
BOE 3-7-2024
Registro de la Propiedad de Pájara.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN.

Para inscribir un título es necesario que esté otorgado por el titular registral.

Conviene recordar que el principio de tracto sucesivo, consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, impone que para inscribir actos declarativos, constitutivos, modificativos o extintivos del dominio o de los derechos constituidos sobre el mismo, dichos actos deberán estar otorgados por los titulares registrales, ya sea por su participación voluntaria en ellos, ya por decidirse en una resolución judicial dictada contra los mencionados titulares registrales.

Como ha afirmado con reiteración esta Dirección General (vid., por todas, la Resolución de 10 de abril de 2017) es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, estando la finca transmitida, inscrita en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral, que resulte de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada (cfr. artículos 2 y 17 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 22-5-2024
BOE 3-7-2024
Registro de la Propiedad de Pájara.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN.

Para inscribir un título es necesario que esté otorgado por el titular registral.

Conviene recordar que el principio de tracto sucesivo, consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, impone que para inscribir actos declarativos, cons-

titutivos, modificativos o extintivos del dominio o de los derechos constituidos sobre el mismo, dichos actos deberán estar otorgados por los titulares registrales, ya sea por su participación voluntaria en ellos, ya por decidirse en una resolución judicial dictada contra los mencionados titulares registrales.

Como ha afirmado con reiteración esta Dirección General (vid., por todas, la Resolución de 10 de abril de 2017) es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, estando la finca transmitida, inscrita en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral, que resulte de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada (cfr. artículos 2 y 17 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 23-5-2024
BOE 3-7-2024
Registro de la Propiedad de Lleida, número 2.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN.

Para inscribir un título es necesario que esté otorgado por el titular registral.

Las dudas al inscribir una base gráfica 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 (cfr. artículos 199 y 201 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016). Procede reiterar que, como ha declarado 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.

También es criterio establecido por esta Dirección General, que una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, para que el registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique.

En el concreto caso de este expediente, consultada por la registradora la ortofotografía de la parcela a la que ha accedido desde la Sede Electrónica de Catastro, pone de manifiesto que existen discrepancias entre la representación gráfica georreferenciada de la finca y los límites materiales de la misma.

Resolución de 23-5-2024
BOE 3-7-2024
Registro de la Propiedad de Alcudia.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: CASOS DE DESPLAZAMIENTO EN LA CARTOGRAFÍA CATASTRAL.

Se describe el procedimiento a seguir en los casos en los que se alegue la existencia de un desplazamiento en la cartografía catastral.

La primera alegación reseñada del recurrente ha de ser desestimada, porque no estamos ante la mera oposición de quien dice ser propietario de una finca de derecho privado no inscrita a su nombre, sino ante la oposición de una Administración Pública en defensa de un dominio público no inscrito registralmente a su nombre. Y es sabido que la protección registral del dominio público se extiende incluso al que no esté debidamente inmatriculado.

En resumen, en el presente caso, tanto el técnico privado como el notario expresan la existencia de un error de desplazamiento de la cartografía catastral. Incluso el técnico municipal que formula oposición, habla de «desplazamiento y ampliación de la finca mencionada, que consecuentemente afecta al dominio público viario municipal» y alude al «contrasentido motivado por el solapamiento de una realidad física actual sobre una representación gráfica antigua». Por todo ello, debería darse cumplimiento a la exigencia expresada en la resolución conjunta antes referida, conforme a la cual «en estos supuestos de desplazamientos y/o giros de la cartografía catastral (…) la representación gráfica georreferenciada alternativa deberá estar conformada por dos archivos en formato GML, uno con las coordenadas técnicas y otro con las coordenadas catastrales correspondientes, debiéndose adjuntar además los parámetros de transformación, todo ello en la forma que se determina con mayor precisión en el anexo II de la presente resolución». Sin embargo, en el presente caso, aunque el técnico metadata el desplazamiento en su informe incorporado a la escritura calificada, el informe de validación técnica catastral aportado no incluye tal metadatación, ni se ha aportado el doble GML exigido por la resolución conjunta.

Por todo lo expuesto, en el presente supuesto de georreferenciación alternativa que pretende corregir un error de desplazamiento de la cartografía catastral, procede estimar parcialmente el presente recurso, pero sólo en cuanto a que, conforme a la normativa y doctrina antes referida, la registradora, antes de emitir su calificación negativa debió requerir al Ayuntamiento para que, aportando las coordenadas correctas (no desplazadas) del vial, concrete cuál es la supuesta invasión real del mismo, en su caso, sin que pueda limitarse la invocar una mera invasión virtual en la cartografía catastral desplazada.

Resolución de 23-5-2024
BOE 3-7-2024
Registro de la Propiedad de El Puente del Arzobispo.

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.

Resolución de 28-5-2024
BOE 3-7-2024
Registro de la Propiedad de Pollença.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ART. 98 LEY 24/2001. CONTROL DE LOS MEDIOS DE PAGO: COMPENSACIÓN DE DEUDAS.

Se reitera a doctrina sobre el alcance del juicio de suficiencia ex art. 98 Ley 24/2001. También se precisa la necesidad de identificar las deudas objeto de compensación con el precio de la transmisión.

De la interpretación de la referida norma legal por el Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 23 de septiembre de 2011, 20 y 22 de noviembre de 2018 y 1 de junio de 2021) y de la doctrina expresada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en numerosas Resoluciones cabe extraer un criterio ya asentado y pacífico respecto del alcance de la calificación registral del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de los otorgantes. El registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de éste congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

Este Centro Directivo ha abordado en numerosas ocasiones la cuestión del juicio de suficiencia emitido con ciertas fórmulas o expresiones que han sido calificadas negativamente por el registrador en cuanto a su especificación. Según dicha doctrina, las exigencias del juicio de suficiencia no se cumplen si se relacionan de forma lacónica o genérica las facultades representativas del apoderado o representante, si el notario utiliza expresiones genéricas, ambiguas o imprecisas, como cuando usa fórmulas de estilo que —a falta de reseña, siquiera somera, de las facultades acreditadas— se circunscriben a afirmar que la representación es suficiente «para el acto o negocio documentado», en vez de referirse de forma concreta y expresa al tipo de acto o negocio que en la escritura se formaliza.

Por lo que se refiere a la calificación registral de la congruencia entre el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas acreditadas y el contenido del negocio formalizado en la escritura cuya inscripción se pretende, según la doctrina de este Centro Directivo anteriormente referida, se entiende que hay falta de congruencia si el citado juicio notarial es erróneo, bien por resultar así de la existencia de alguna norma que exija algún requisito añadido como, por ejemplo, un poder expreso y concreto en cuanto a su objeto, bien por inferirse el error de los datos contenidos en la misma escritura que se califica, u obrantes en el propio Registro de la Propiedad o en otros registros públicos que el notario y el registrador de la propiedad pueden consultar. Este carácter erróneo debe inferirse con claridad de tales datos.

Respecto de la autocontratación, según la doctrina de esta Dirección General (vid., entre otras, las Resoluciones de 9 de julio de 2014, 20 de octubre de 2015, 26 de mayo y 3 de agosto de 2016, 9 de marzo y 27 de noviembre de 2017, 31 de agosto y 17 de diciembre de 2020, 5 de octubre de 2021, 27 de julio de 2022, 9 de marzo y 21 de septiembre y 15 de noviembre de 2023 y 13 de febrero de 2024), «al emitir el juicio de suficiencia de facultades representativas acreditadas, el notario debe hacer mención expresa a la facultad de autocontratar o a la autorización para incurrir en conflicto de intereses.

En el concreto supuesto de este expediente, el notario reseña detallada y precisamente la escritura de la que resultan las facultades representativas del apoderado; y manifiesta que juzga a este con facultades suficientes para otorgar esa concreta escritura de compraventa. No puede constituir óbice a tal conclusión el hecho de que el notario no haga constar que los poderes se refieran específicamente también a la autorización de la compensación de deudas como medio de realización del pago del precio, con identificación de las deudas a compensar, ya que se ha utilizado la precisión necesaria para que no quepan dudas de que el notario ha calificado correctamente el negocio de que se trata y referido al mismo la suficiencia de las facultades representativas y salvada la autocontratación.

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».

Como ha reiterado en varias ocasiones esta Dirección General, la exigencia de identificación de los medios de pago se extiende a los reconocimientos de deuda (vid., por todas, Resolución de 2 de septiembre de 2016), a fin de evitar un reconocimiento ficticio que imposibilite los controles derivados de normativas tan esenciales como la tributaria o la de prevención del blanqueo de capitales. A la vista de los términos de la calificación, ahora se trata de determinar si el crédito que se compensa está identificado y no es una expresión de causa genérica. En el concreto supuesto de este expediente, debe concluirse que el crédito que se compensa no está suficientemente identificado. En consecuencia, este defecto ha de ser confirmado, si bien puede ser fácilmente subsanado mediante la identificación de dicho crédito, sin necesidad de aportación de los documentos que acrediten su origen, pues, como puso de manifiesto la citada Resolución de 9 de diciembre de 2014, la constancia de dicho crédito «no es preciso que se especifique en el título (ni, por tanto, en la inscripción), y a la cual es aplicable la presunción de existencia y licitud establecida por el artículo 1277 del Código Civil».

Resolución de 3-6-2024
BOE 3-7-2024
Registro de la Propiedad de Escalona.

VÍAS PECUARIAS: NOTA MARGINAL DE POSIBLE DESLINDE FUTURO.

No cabe practicar ningún asiento si la intervención del titular registral y sin que dicho asiento tenga un contenido concreto.

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 4-6-2024
BOE 3-7-2024
Registro de la Propiedad de Valencia, número 5.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO Y DE LOS ESTATUTOS.

Se analizan diferentes aspectos relativos a un caso de modificación del título constitutivo de un edificio en propiedad horizontal.

El registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

De no constar la previa inscripción registral, se deben consignar sus datos en el libro fichero a que se refiere el artículo 415 del Reglamento Hipotecario, sin que prejuzgue la calificación del documento que pudiera eventualmente presentarse en el futuro para la inscripción de la comunidad de que se trate. Ello de acuerdo con la finalidad inspiradora del precepto antes apuntada, totalmente desligada de la inscripción con eficacia «erga omnes». En estos casos, para evitar confusiones y clarificar los efectos registrales, será necesario que en la diligencia de legalización se exprese —y no solo en la nota al margen del asiento de presentación y en la nota al pie de la solicitud de legalización— que por no resultar de los asientos del Registro de la Propiedad la constitución de la comunidad de propietarios o usuarios no se ha consignado, por nota al margen de la inscripción de las fincas que según el título la componen, la legalización de dicho libro y que la consignación en el fichero auxiliar no implica ningún efecto propio de los asientos registrales (en particular no gozará de los principios de legitimación, prioridad, inoponibilidad y fe pública registral), ni prejuzga la calificación sobre los requisitos de constitución de tal comunidad en caso de que se presentara a inscripción, ni ampara frente a eventuales incumplimientos de la normativa administrativa o urbanística (cfr. Resoluciones de 8 de agosto de 2014 y 17 de octubre de 2016).

La interpretación favorable a facilitar la toma de razón de los acuerdos de determinadas comunidades no puede llegar al extremo de admitir la legalización de cualquier tipo de comunidad ordinaria, aun cuando se dote de estatutos o normas,

si no cumple las condiciones para la aplicabilidad de la normativa antes reseñada. A este respecto debe recordarse que el régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil es aplicable, según expresa el artículo 24 de la Ley sobre Propiedad Horizontal, a los complejos inmobiliarios privados que reúnan los requisitos a que se refiere este precepto legal y han sido antes indicados.

Para la resolución del presente recurso resulta de evidente utilidad el anterior excurso sobre la posibilidad de legalización del libro de actas de las comunidades y subcomunidades de propiedad horizontal, aun cuando no estén formalizadas en escritura pública ni inscritas en el Registro de la Propiedad, con la precisión realizada por este Centro Directivo sobre la necesidad de que en la diligencia de legalización debe expresarse que por no resultar de los asientos del Registro la constitución de la comunidad o subcomunidad, no se consigna, por nota al margen de la inscripción de las fincas que según el título las componen, la legalización del libro de actas y que la consignación en el fichero auxiliar no implica ningún efecto propio de los asientos registrales.

Resulta que, si bien en el título constitutivo se contempló la existencia de diversos edificios o bloques, denominados «unidades arquitectónicas», dotadas de cierto grado de autonomía e independencia física, por cuanto cada unidad cuenta con su entrada, escaleras y ascensores propios e independientes, lo cierto es que las circunstancias concurrentes conducen a que el defecto invocado por la registradora en su nota de calificación deba ser confirmado. En primer lugar, de la inscripción en los asientos de la finca matriz de la escritura de declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal, resulta que se estableció la existencia de una única comunidad de propietarios. En segundo lugar, el título constitutivo contempla la existencia de tres bloques que se prevén que sean independientes pero a los solos efectos de la distribución de gastos, en la medida en que aquellos que afecten a cada bloque o unidad deberán ser sufragados en exclusiva por los titulares de los elementos privativos que lo integran. Por el contrario, no existe previsión alguna sobre la posibilidad de organizarse de forma autónoma y adoptar acuerdos sobre las cuestiones o elementos que les afectan en exclusiva.

De este modo, el acuerdo cuya inscripción se pretende, consistente en la desafectación y venta de un elemento común, en la medida en que afecta a un elemento que, a pesar de encontrarse físicamente ubicado en dicha unidad o bloque, es común de la totalidad del complejo; y adicionalmente, implica el incremento del número de los elementos independientes hasta entonces existentes, con las consecuencias que ello implica, excediendo así de un acto de mera administración y organización interna de la unidad arquitectónica en cuestión, requiere que sea adoptado por todos los propietarios que integran la comunidad —y no únicamente por aquellos que forman el bloque en que se ubica la vivienda portería—, con las mayorías legalmente previstas en el artículo 17 de la Ley de 21 de julio de 1960.

En relación con el segundo defecto apreciado por la registradora, relativo a la acreditación de los nombramientos de los cargos de presidente y secretario-administrador de la comunidad de propietarios, ha reiterado este Centro Directivo (vid., por todas, las Resoluciones de 26 de junio de 1987, 23 de junio de 2001, 23 de mayo de 2005, 9 de abril de 2014, 5 de junio de 2015 y 15 de febrero de 2018), dicha acreditación puede verificarse por una doble vía: testimonio notarial del contenido del libro de actas, o bien por certificación expedida por el órgano de la

comunidad que tenga facultad certificante, con aseveración notarial, con referencia al libro de actas, de que el autor de la certificación se halla en el ejercicio de su cargo, constituyendo por tanto defecto que no se acredite en ninguna de dichas formas que quienes soliciten la inscripción ostenten los cargos que alegan.

Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente) según la cual en los supuestos de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, aunque sea a través de un consentimiento colectivo, la misma no puede afectar a los titulares registrales de departamentos que adquirieron con posterioridad al acuerdo de modificación y accedieron al Registro con anterioridad a la pretensión de inscripción de la modificación del título constitutivo y ello con independencia de la formulación de los consentimientos en acto colectivo o individualizado. De la significación jurídica de la cuota de participación se desprende, en vía de principio, que las modificaciones de esta, en tanto en cuanto afecten al contenido esencial del derecho de dominio, habrán de realizarse con el consentimiento individual y singular de todos los propietarios afectados, en escritura pública, a falta de una norma en que la ley atribuya expresamente a la junta de propietarios competencia para ello.

Este Centro Directivo, procederá el referido arrastre de cargas salvo que los acreedores hipotecarios —o titulares de los gravámenes— consientan la desafectación, pues para que esos acreedores no sufran merma jurídica en su derecho es necesario que el nuevo elemento privativo quede gravado con la carga que, por afectar a aquellos elementos que agotaban la cotitularidad sobre los elementos comunes, deben recaer sobre el mismo en virtud de lo establecido en los artículos 122 y 125 de la Ley Hipotecaria, y ello aunque se haya acordado que ese nuevo objeto jurídico sea inmediatamente transmitido a tercero; y se verifique efectivamente dicha transmisión.

Resolución de 4-6-2024
BOE 3-7-2024
Registro de la Propiedad de Albacete, número 1.

INMATRICULACIÓN POR MEDIO DE SENTENCIA DICTADA EN PROCEDIMIENTO ORDINARIO: REQUISITOS.

Para que una sentencia dictada en un procedimiento declarativo pueda provocar la inmatriculación de una finca tendrán que haberse cumplido los requisitos exigidos por el art. 204 LH.

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. También 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.

El respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los registradores de la propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el registrador tiene la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la decisión judicial, pero sí el de examinar si del título presentado resulta que en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la resolución judicial, con objeto de evitar su indefensión proscrita, como se ha dicho, por nuestra Constitución (cfr. artículo 24 de la Constitución Española). En el presente caso, la registradora no hace sino calificar la congruencia del alcance que la interesada pretende conceder a la resolución judicial (pretensión de que sirva como título inmatriculador), con el procedimiento o juicio en que se ha dictado, considerando los requisitos que nuestra legislación establece para que una sentencia pueda provocar la inmatriculación de una finca.

Entrando ya en el fondo de la cuestión debatida, se ha de partir de la doctrina reiterada por este Centro Directivo (vid. Resolución de 9 de febrero de 2022) según la cual en juicio declarativo ordinario es posible la inmatriculación de fincas, sin necesidad de acudir a los procedimientos de inmatriculación específicos previstos en la Ley Hipotecaria, siguiendo la línea marcada en las Resoluciones de esta Dirección General. Conforme al art. 204 LH para que una sentencia declarativa sirva de título inmatriculador es preciso que «expresamente ordene la inmatriculación» en el que «hayan sido demandados todos los que, de conformidad con lo establecido en el artículo 203, deban intervenir en el expediente» y además se observen «las demás garantías prevenidas en dicho artículo». Debe tenerse en cuenta, que una sentencia declarativa solo tiene efectos entre las partes que han intervenido en el juicio y no respecto de terceros. En el presente caso, el proceso seguido nada ha tenido que ver con la inmatriculación de la finca, de manera que ni la actora solicitó la citación de los titulares de fincas colindantes ni, lógicamente, el juez ordenó la práctica de prueba alguna en tal sentido, por lo que parece que no cabe, entonces, la inmatriculación.

Resolución de 4-6-2024
BOE 3-7-2024
Registro de la Propiedad de Vigo, número 4.

PROPIEDAD HORIZONTAL: CONSTITUCIÓN.

Se abordan distintos aspectos en un caso de constitución de propiedad horizontal de un edificio cuya obra ha sido declarada por antigüedad.

En cuanto al defecto relativo a que no queda suficientemente descrita la obra nueva en el informe del técnico, es lo cierto que la descripción del edificio ya consta inscrita en el Registro, si bien, lo que se hace ahora en la escritura es completar su descripción. Ahora bien, dado que la descripción complementaria resulta del informe del técnico, el defecto no puede ser revocado por cuanto tampoco lo va a ser el requisito del visado del técnico competente, pero obtenido dicho visado el defecto queda subsanado.

La Resolución de 31 de agosto de 2017 recuerda que "en el caso de los números 1, 2 y 4 no se exige visado alguno, sino únicamente la identificación del arquitecto mediante la legitimación notarial de su firma en el certificado expedido por el mismo, conforme al artículo 49.2 de dicho Real Decreto (…) Es cierto, por tanto, que el visado colegial cumple, entre otras funciones, la de acreditar la cualificación y habilitación profesional del técnico certificante a la fecha de la emisión del certificado, pero también lo es que, al margen de su eficacia en el ámbito de las competencias corporativas propias del colegio respectivo (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2001), dicho requisito no viene exigido para la inscripción de la obra nueva por el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, respecto del técnico director de la obra.

El art. 53 del RD 1093/1997 es claro al exigir para inscribir los títulos de división horizontal (como es el presente caso) que no pueden constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite mediante nueva licencia. Si la constitución de la propiedad horizontal es posterior a la declaración de obra nueva inscrita, el registrador habrá de tener en cuenta si en la inscripción de obra nueva aparecen un número determinado de viviendas, y en este caso existirá ese límite respecto a la propiedad horizontal». En el presente caso ya consta en el Registro declarada la obra nueva con su distribución en planta baja y tres pisos, cada uno con su respectiva descripción, limitándose el certificado aportado a acreditar la configuración, desde su origen, de los elementos privativos como tales. De esta manera, y conforme a los anteriores argumentos, debe considerarse debidamente acreditada la antigüedad de la división horizontal mediante la aportación del referido certificado técnico en los términos que ha sido redactado y en tanto se acredite su visado, dado que, además, la configuración del edificio en planta baja y tres viviendas con su respectiva descripción resulta del mismo Registro.

Registralmente no puede admitirse que la superficie de un elemento privativo se exprese mediante el dato de «su superficie con inclusión de elementos comunes», por constituir conceptualmente un contrasentido con el concepto de elemento privativo (artículos 3 y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal). Incluso cuando se inscriba la superficie privativa, que es la determinante, debería denegarse cualquier mención registral, aunque fuera accesoria o complementaria, a superficie alguna en elementos comunes que se impute a ese elemento, pues la cuota que un elemento privativo ostenta en los elementos comunes no significa nunca una superficie concreta, sino un módulo ideal determinante de la participación del comunero en los beneficios y cargas de la comunidad.

Resolución de 5-6-2024
BOE 3-7-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 25.

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: RÉGIMENN ECONÓMICO MATRIMNIAL DEL ADQUIRENTE.

El régimen económico matrimonial habrá de determinarse en la escritura partiendo de las manifestaciones del adquirente.

Respecto del estado civil de los otorgantes de escrituras públicas que hayan de acceder al Registro de la Propiedad, debe distinguirse claramente entre aquellos casos en los que, por resultar afectada la titularidad previamente inscrita o la legitimación del otorgante, es necesario acreditar documentalmente dicho estado, y aquellos otros en los cuales, por no darse tales circunstancias y tratarse sólo de completar la identificación de la persona ha de bastar la manifestación del interesado. La determinación de la titularidad debe quedar reflejada en los asientos del Registro de la Propiedad. Tratándose de personas casadas, la titularidad queda afectada por la existencia convencional o legal de un régimen económico-matrimonial que determina el ejercicio y extensión del derecho. Para que dichas circunstancias puedan ser conocidas por terceros el Registro debe publicarlas, por lo que se exige la debida constancia de cuál sea el régimen económico matrimonial aplicable al titular registral. Además, debe tenerse presente que la entrada en juego de un ordenamiento extranjero no supone la renuncia a la determinación de la situación jurídica publicada ni que el notario español pueda adoptar una actitud pasiva.

En la primera escritura se había expresado por el notario el estado civil de la compradora y su régimen económico-matrimonial por la manifestación de ésta, y en la segunda escritura de subsanación se ha precisado por la notaría el correcto régimen económico-matrimonial y cuál es la Ley aplicable a ese régimen económico-matrimonial, después de haber informado a la otorgante y con base en las manifestaciones de ésta, por lo que carecen de virtualidad alguna los obstáculos manifestados por el registrador, pues se ha dado cumplimiento a lo establecido en el artículo 9 del Código Civil que se cita en la calificación impugnada. Como alega la notaría recurrente, y como resulta de la doctrina expuesta de este Centro Directivo, no es necesario aportar documentación fehaciente y auténtica para acreditar el estado civil, ya que el estado civil y el régimen matrimonial se harán constar por manifestación.

Resolución de 5-6-2024
BOE 3-7-2024
Registro de la Propiedad de Marbella, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ALCANCE DEL PRIVILEGIO PREVISTO EN EL ART. 9,1,E DE LA LPH.

Se confirma la doctrina respecto al alcance del privilegio crediticio previsto en este artículo.

Cabe distinguir en el art. 9 de la LPH dos efectos cuya finalidad es procurar el cumplimiento de la obligación de contribución a los gastos de comunidad, la afección del bien inmueble respecto al adquirente de un piso o local y la preferencia del crédito de la comunidad respecto a otros créditos sobre el mismo inmueble. La afección real solo entra en juego cuando la propiedad del inmueble se transmite y entonces cumple la función de vincular al nuevo propietario al abono de una parte de la deuda que pueda dejar insatisfecha el titular anterior. En el caso de este expediente la acción ejercitada no se funda en la afección real del inmueble por la que debe responder un nuevo adquirente, sino en el derecho de preferencia, reconocido en la sentencia que se ejecuta, que la Ley otorga al crédito comunitario, a los efectos del artículo 1923

del Código Civil, y que preceden para su satisfacción a los enumerados en los apartados 3.º, 4.º y 5.º de dicho precepto y por tanto, con preferencia también respecto del crédito hipotecario y las anotaciones de embargo a favor del Ayuntamiento de Ojén inscritos en el Registro de la Propiedad sobre la finca objeto de la ejecución.

Como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 22 de enero de 2013, 23 de junio de 2014, 23 de noviembre de 2016, 10 de julio de 2017 y 12 de abril de 2018), si en la resolución judicial no se añade a la declaración de preferencia el aditamento de derecho real, que no resulta directamente como declaración legal del artículo 9.1.e) de la Ley sobre propiedad horizontal, dicha preferencia se desenvuelve en el plano puramente obligacional y no puede dar lugar a modificaciones del rango registral, ni a eventuales cancelaciones automáticas de los derechos reales que se pretenden postergar. Por tanto, si el mandato se limita a que el asiento de anotación haga referencia al carácter privilegiado del crédito reclamado, se trata de una cuestión absolutamente ajena a la materia inscribible en el Registro de la Propiedad pues, como ya se ha adelantado, las preferencias crediticias han de hacerse valer, en su caso, mediante la oportuna tercería en los términos recogidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (vid. artículos 613, 614 y 620 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Sobre este tema se ha pronunciado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la importante Sentencia de 4 de mayo de 2022, que ha señalado que el privilegio de los créditos del párrafo segundo del art. 9.1,e) LPH no es una hipoteca legal tácita (sólo son hipotecas legales las admitidas expresamente por las leyes con tal carácter —art. 158 LH).

Del historial registral resulta que la sentencia dictada en procedimiento en el que intervinieron los acreedores anteriores, declara la preferencia del crédito a favor de la comunidad de propietarios ejecutante por un importe de 3.036 euros frente al acreedor hipotecario «Kutxabank, S.A.» y los embargos anotados a favor del Ayuntamiento de Ojén, sin hacer pronunciamiento alguno respecto a una modificación del rango de las citadas cargas, por lo que debe entenderse que la declaración de preferencia del crédito de la comunidad de propietarios lo es en cuanto al cobro de la cantidad pero no en cuanto al rango o prioridad registral. Tampoco resulta del mandamiento de cancelación expedido en el procedimiento de ejecución de la referida sentencia seguido ante el Juzgado de Primera instancia número 8 de Marbella, en el que tuvo intervención el acreedor hipotecario, ya que no se ordena expresamente la cancelación de la hipoteca, no pudiendo inferirse tal alteración de la expresión genérica de «cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores».

Resolución de 7-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 5.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: PROCEDIMIENTO SEGUIDO CONTRA HEREDEROS DEL TITULAR REGISTRAL.

Se confirma la doctrina relativa a los distintos supuestos de embargos en procedimientos seguidos con los herederos del titular registral.

Como cuestión previa debe recordarse que, conforme a lo establecido en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionan 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.

Se plantea de nuevo en este expediente los requisitos necesarios para poder practicar una anotación de embargo ordenada en un procedimiento seguido contra los herederos del titular registral. a) Para tomar anotación preventiva del embargo en caso de procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido durante el procedimiento, deberá acreditarse al registrador que se demandó al titular registral, y que se ha seguido la tramitación con sus herederos, por sucesión procesal conforme al artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y éste se sigue por deudas de aquél, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador, si los herederos fueran ciertos y determinados, que la demanda se ha dirigido contra éstos indicando sus circunstancias personales (artículo 166.1.ª, párrafo primero, del Reglamento Hipotecario), sin que se precise en este caso aportar los títulos sucesorios. Si los herederos fueran indeterminados se abordará posteriormente la circunstancia relativa a la herencia yacente. b) Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y éste se sigue por deudas de herederos ciertos y determinados, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador, que la demanda se ha dirigido contra éstos indicando sus circunstancias personales y acompañando los títulos sucesorios y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad (artículo 166.1.ª, párrafo segundo, del Reglamento Hipotecario). En definitiva, deberá acreditarse su condición de herederos del titular registral. c) En caso de procesos ejecutivos por deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o por deudas de estos herederos indeterminados —herencia yacente—, será preciso, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo, bien que se acredite en el mandamiento que se ha emplazado a alguno de los posibles llamados a la herencia. Y, en cualquier caso, será necesario acreditar la fecha de fallecimiento de dicho titular registral.

Resolución de 7-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Sabadell, número 4.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

No puede pretenderse a través del recurso revisar la corrección de asientos ya practicados.

Conforme a esta reiterada doctrina, el recurso contra la calificación negativa del registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados y que, hayan sido o no extendidos con acierto, quedan desde entonces bajo la salvaguardia de los tribunales y, por tanto, no puede ser modificados en tanto no medie acuerdo de los interesados o resolución judicial que así lo establezca

(cfr. artículos 1, párrafo tercero, y 40.d) de la Ley Hipotecaria). Es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, éste se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales y produce todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

En este caso, cuando se solicitó la cancelación por caducidad de la hipoteca en cuestión, tuvo lugar una calificación por parte del registrador, positiva, en virtud de la cual entendió que procedía dicha cancelación por caducidad convencional por resultar así del propio título de constitución de la hipoteca. No existe por tanto una discordancia de concepto entre el título de constitución, donde se pactaba un determinado plazo, y la solicitud de cancelación por caducidad y la inscripción que reflejaba ésta, dado que se solicitaba una cancelación por caducidad y el registrador, a la vista de lo solicitado y de lo pactado en la constitución de hipoteca, entendió que procedía dicha cancelación. Cuestión distinta es que se considere que fuese o no correcta o ajustada a Derecho dicha cancelación, pero ello entra ya en el ámbito de la salvaguardia judicial de los asientos registrales ya practicados y de la improcedencia del recurso contra una calificación positiva del registrador, como antes se ha expresado.

Resolución de 13-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Mula.

HERENCIA: ELEVACIÓN A PÚBLICO DE CONTRATO DE VENTA EXISTIENDO LLAMADOS CON CARGA MODAL.

Para la inscripción de la escritura de elevación a público del documento privado suscrito por el recurrente y su causante en vida, se requiere la intervención de todos los llamados a la sucesión, y entre ellos, por falta de cumplimiento de la carga modal impuesta por el testador en el plazo señalado, del llamado como sustituto vulgar del heredero

Conforme a lo dispuesto en los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria no puede ser tenido en consideración cualquier documento que no hubiera sido presentado al registrador a la hora de emitir la calificación recurrida.

El artículo 1227 del Código Civil efectivamente determina la fehaciencia de la fecha de los documentos privados, en los supuestos que se contemplan en dicho precepto, diciendo que "la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros (…)"; pero la concurrencia de dichos supuestos no atribuye a los documentos privados ninguna presunción de autoría, ni de capacidad, ni de validez de los mismos, requisitos que pueden ser obviados cuando los únicos interesados son los mismos firmantes de su elevación a público o de sus herederos, en cuanto ellos sean los únicos y exclusivos interesados. Así, civilmente, en el presente caso la existencia del contrato privado de compraventa no reduce sus efectos a las partes otorgantes sino que alcanza de forma negativa a la entidad que sería la heredera sustituta. Por esta razón, tiene trascendencia el reconocimiento de la autoría del

documento privado pues éste, como ha quedado expuesto, solo produce efectos entre los que lo hubiesen firmado y sus causahabientes y no frente a tercero.

En cuanto al modo y las cargas modales, este Centro Directivo ha resuelto en numerosas ocasiones sobre cuestiones relativas a tales figuras, y ha puesto de manifiesto (vid. Resolución de 19 de octubre de 2015) que la carga modal debe cumplirse por el gravado y en caso de incumplimiento culpable faculta para resolver la sucesión; que la doctrina mayoritaria sobre los artículos 647 y 797 del Código Civil da a entender inequívocamente que el incumplimiento de la carga faculta para resolver la liberalidad, tanto en los negocios inter vivos como en los mortis causa; que la afección modal no es correctamente equiparable a la obligación personal (crediticia), cuyo acceso registral rechazan, a falta de especial y real garantía, los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 9 de su Reglamento, pero tiene indudable trascendencia real, lo cual no supone afirmar que genere un derecho real, debiendo inscribirse en el Registro por las mismas razones que un pacto de resolución convencional de cualquier transmisión o constitución de derechos reales inmobiliarios (artículo 37.2 de la Ley Hipotecaria). De todo lo expuesto, se concluye que el modo ordenado testamentariamente, siempre que se refiera a un bien inmueble y sea inherente a su titularidad, es susceptible de trascendencia respecto a terceros y para que les afecte debe constar en el Registro de la Propiedad constituyendo entonces una carga modal.

El modo no impide al heredero o legatario, gravado con el modo, según el artículo 797 del Código Civil, pedir lo que el testador le dejó, sin perjuicio de la obligación de afianzar —en el supuesto concreto el testador le releva de esta obligación—, pero si incumple el modo, se le podrá exigir el cumplimiento de lo convenido y, en su caso, la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses. Pero, como regla general, no opera la resolución de manera automática, sino que se aplicará el artículo 1124 del Código Civil, por lo que podrá optarse entre exigirse el cumplimiento o la resolución. Ahora bien, si fuera imposible su cumplimiento, por analogía al artículo 792 del Código Civil, el modo se tendría por no puesto, salvo que resultare que fue el motivo determinante de la institución de heredero o el legado, en cuyo caso, a tenor del artículo 767, deberían tenerse por ineficaces.

En cuanto a quién corresponde pedir el cumplimiento del modo y en su caso de la carga modal, a falta de una regulación específica por el Código Civil, la facultad de pedir su cumplimiento puede venir establecida en interés del causante, del mismo gravado o de un tercero, bien sea este determinado o se trate de una categoría genérica de personas, pero hay que partir de la premisa de que cualquier interesado puede pedir el cumplimiento del modo. En cualquier caso, la determinación de la imposibilidad del cumplimiento del modo o de su cumplimiento en forma análoga corresponde al beneficiario del modo o a los tribunales de justicia, pero no al heredero gravado con la carga por sí solo, ni, desde luego, puede ser apreciado por el registrador.

En el supuesto concreto, la voluntad del testador matiza aún más la obligación configurándola como carga modal, determinando el plazo máximo de cumplimiento de la obligación y el efecto de su incumplimiento, semejante al del incumplimiento de una condición suspensiva, que consiste en una sustitución vulgar a favor de la citada Consejería de Cultura, por lo que los términos

inequívocos de la disposición testamentaria —«el heredero será sustituido en caso de premoriencia, renuncia de este o incumplimiento de la carga por»— determinan que se trata de una carga modal, y abocan a un llamamiento a favor de la entidad citada que, al menos, hace necesario su consentimiento para la elevación a público del contrato privado objeto de este expediente. Por tanto, para la inscripción de la escritura de elevación a público del documento privado suscrito por el recurrente y su causante en vida, se requiere la intervención de todos los llamados a la sucesión, y entre ellos, por falta de cumplimiento de la carga modal impuesta por el testador en el plazo señalado, del llamado como sustituto vulgar del heredero.

Resolución de 13-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Negreira.

DERECHO DE OPCIÓN DE COMPRA: PLAZO.

Se reitera la necesidad de que se fije un plazo al derecho de opción para que pueda practicarse su inscripción.

Ha sido reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, basada en el contenido del citado precepto legal y en la doctrina del Tribunal Supremo (vid. Sentencia, 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.

Como el propio Tribunal Supremo ha manifestado reiteradamente en relación con la cuestión del plazo de tal derecho, el artículo 14 del Reglamento Hipotecario es de plena aplicación a aquellos derechos de opción que deseen acceder al Registro (Sentencias de 14 de marzo de 1991, 18 de mayo de 1993 y 29 de mayo de 1996). Según dicho artículo reglamentario, «será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes: 1. Convenio expreso de las partes para que se inscriba. 2. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción. 3. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años. En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento».

En el presente caso, debe confirmarse la calificación de la registradora, en los términos en que ha sido formulada, pues no se fija expresamente plazo alguno para el ejercicio de la opción; y, aunque se haya pactado en la escritura calificada que el plazo para la finalización de la construcción de la vivienda es de siete meses desde la fecha del otorgamiento de aquélla, no se pacta expresamente, ni resulta de la interpretación de las cláusulas de la escritura, que este plazo para finalizar la construcción coincida con el de ejercicio de la opción de compra.

Resolución de 13-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 6.

CAMBIO DE USO: APLICACIÓN DEL ART. 28 DE LA LS.

Se reitera la doctrina sobre los requisitos para la inscripción de un cambio de uso de una edificación

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 cuanto al fondo del asunto, este Centro Directivo ya se ha pronunciado en distintas Resoluciones (vid., por todas, las Resoluciones de 21 de julio de 2021 y la más reciente de 9 de abril de abril de 2024) sobre el impacto que tiene la normativa urbanística en relación con el cambio de uso de una edificación y su inscripción en el Registro de la Propiedad. El control administrativo sobre si una edificación concreta y determinada puede ser objeto de un uso específico se lleva a cabo con carácter previo mediante la oportuna licencia de edificación y determinación de usos y posteriormente con la licencia de ocupación (u otro título habilitante) que tiene por objeto la verificación de que la edificación autorizada se ha llevado a cabo de acuerdo con, entre otros extremos, los usos previstos y aprobados.

La inscripción se verifica acreditando la concurrencia de los requisitos establecidos por la normativa urbanística o bien acreditando por medio de certificado o documento hábil que han transcurrido los plazos para el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición de conformidad con lo previsto en el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015. La correspondencia entre usos autorizados y descripción registral se garantiza, en el primer caso, por la aseveración del técnico competente de que la descripción se ajusta al proyecto para el que se otorgó la autorización. En el segundo, el documento de respaldo se limita a llevar a cabo una descripción que ha de coincidir con la que aparece en el título, pero sin que ello implique concordancia alguna con los eventuales usos posibles dada la eventual prescripción, o caducidad, de las acciones para restablecer la legalidad urbanística.

Ciertamente, como señaló la Resolución de esta Dirección General de 21 de julio de 2021, el hecho de que la superficie mínima o las condiciones de habitabilidad que han de tener las viviendas según la normativa urbanística sea un dato objetivo no impide la aplicación de la doctrina expuesta, pues al registrador le corresponde el control de la legalidad urbanística, pero solo a través de los mecanismos legalmente previstos, entre los cuales no se encuentra el realizar un juicio sobre si una vivienda reúne o no las características exigidas por la legislación urbanística para tener la consideración de tal, dada su limitada competencia en la materia y el propio régimen de recursos contra la calificación, en el que tanto la calificación negativa del registrador como las resoluciones de la Dirección General son recurribles ante los órganos del orden jurisdiccional civil —cfr. artículo 328 de

la Ley Hipotecaria—. El marco normativo estatal posibilita, en cuanto al primero de los requisitos, si alguna legislación autonómica lo previera, como ocurre entre otras en la Comunidad de Madrid, que como título habilitante de la actuación sea suficiente la declaración responsable urbanística de cambio de uso, de división de locales o viviendas o de implantación de actividades (acto de edificación), complementada con un acto o certificación expreso de conformidad municipal, no siendo válida, a efectos de inscripción, la conformidad emitida por parte de entidades urbanísticas colaboradoras por su falta de carácter administrativo, como señalan también las indicadas resoluciones.

En el caso del presente recurso, es indudable que no se cumplen los requisitos que el artículo 28.1 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana impone para los cambios de uso conforme a la expuesta doctrina fijada por esta Dirección General. Por ello, debe determinarse si se han acreditado los requisitos necesarios para el acceso registral del cambio de uso por la vía prevista en el artículo 28.4, en relación con el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, del que —como antes ha quedado expuesto— resultan cuatro posibles medios: la certificación del Ayuntamiento, la certificación catastral descriptiva y gráfica, la certificación de técnico competente y el acta notarial. A tal efecto, debe concluirse que la documentación incorporada en la escritura calificada no es suficiente para dicha acreditación, pues de ella no resulta que desde el cambio de uso en fecha determinada de la finca descrita en la escritura haya transcurrido el plazo de prescripción correspondiente (cuatro años, en este caso) para que ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística. Así, el certificado expedido por el administrador de la comunidad de propietarios no es uno de los documentos aptos con tal finalidad. En el acta notarial de presencia no consta acreditada la antigüedad del cambio de uso. Y en ninguna de las dos certificaciones de la arquitecta que se incorporan a la escritura resulta tampoco acreditado tal extremo. Por último, en la certificación catastral descriptiva y gráfica incorporada a la escritura consta como uso principal el de oficinas.

Resolución de 13-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Tías.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LIMITACIONES DE USO ESTABLECIDAS EN LOS ESTATUTOS.

Para que una limitación impuesta en los estatutos impida la inscripción de un cambio de uso ha de ser expresa y clara.

Es doctrina asentada de este Centro Directivo (vid. las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente) que los principios informadores del derecho de propiedad no sufren alteración como consecuencia de la debida armonización con las limitaciones derivadas del régimen de propiedad horizontal e impuestas por la unidad física de la edificación, y que en aplicación de tal criterio debe entenderse que la vocación expansiva del dominio permite cualquier uso del objeto sobre el que recae siempre que sea conforme a su naturaleza y a los fines generales del dominio y específicos del régimen de propiedad horizontal. Sin embargo, lo anterior

no obsta, como igualmente ha reconocido este Centro Directivo, a que los estatutos del régimen de propiedad horizontal, en cuanto conformadores del régimen jurídico por aplicar tanto a los elementos comunes como a los privativos que componen su objeto, delimiten el contenido de estos últimos estableciendo restricciones a sus posibles usos (artículos 5 y 7 de la Ley sobre propiedad horizontal). Para que dichas limitaciones tengan alcance real y excluyente de otros usos posibles es preciso por un lado que estén debidamente recogidas en los estatutos (vid. Resoluciones de 12 de diciembre de 1986 y 23 de marzo de 1998) y por otro que lo sean con la debida claridad y precisión (vid. Resolución de 20 de febrero de 1989).

Por su parte, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (vid Sentencias citadas en los «Vistos»), tras declarar que el derecho a la propiedad privada es un derecho reconocido por el artículo 33 de la Constitución y que está concebido ampliamente en nuestro ordenamiento, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente (limitaciones que, en todo caso, deben ser interpretadas restrictivamente), ha entendido reiteradamente que la mera descripción del inmueble no supone una limitación del uso o de las facultades dominicales, sino que la eficacia de una prohibición de esta naturaleza exige una estipulación clara y precisa que la establezca.

En la Resolución de 25 de julio de 2019, afirmó que la disposición estatutaria según la cual «los locales comerciales o tiendas estarán destinados a usos comerciales o industriales» debía ser objeto de interpretación restrictiva en cuanto limite un derecho.

Las consideraciones anteriores, al aplicarse al caso ahora analizado, determinan la desestimación del recurso interpuesto. La concreta cláusula estatutaria objeto de debate no se limita a señalar el destino de la finca, sino que dispone expresamente que «(…) los locales que integran la comunidad regulada por estos Estatutos tienen carácter comercial y esta finalidad delimita el objeto y dedicación de los mismos». Es decir, la cláusula estatutaria se inserta en el contexto de las prohibiciones que se quieren imponer, de manera que literalmente se dispone que, además de las impuestas en el artículo 7 de la Ley sobre propiedad horizontal, debe considerarse como una prohibición más la alteración del carácter comercial de los locales. Ningún sentido tendría la cláusula si se permitieran otros usos sin modificación previa de los estatutos.

Resolución de 13-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Tías.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LIMITACIONES DE USO ESTABLECIDAS EN LOS ESTATUTOS.

Para que una limitación impuesta en los estatutos impida la inscripción de un cambio de uso ha de ser expresa y clara.

Es doctrina asentada de este Centro Directivo (vid. las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente) que los principios informadores del derecho de propiedad no sufren alteración como consecuencia de la debida armonización con

las limitaciones derivadas del régimen de propiedad horizontal e impuestas por la unidad física de la edificación, y que en aplicación de tal criterio debe entenderse que la vocación expansiva del dominio permite cualquier uso del objeto sobre el que recae siempre que sea conforme a su naturaleza y a los fines generales del dominio y específicos del régimen de propiedad horizontal. Sin embargo, lo anterior no obsta, como igualmente ha reconocido este Centro Directivo, a que los estatutos del régimen de propiedad horizontal, en cuanto conformadores del régimen jurídico por aplicar tanto a los elementos comunes como a los privativos que componen su objeto, delimiten el contenido de estos últimos estableciendo restricciones a sus posibles usos (artículos 5 y 7 de la Ley sobre propiedad horizontal). Para que dichas limitaciones tengan alcance real y excluyente de otros usos posibles es preciso por un lado que estén debidamente recogidas en los estatutos (vid. Resoluciones de 12 de diciembre de 1986 y 23 de marzo de 1998) y por otro que lo sean con la debida claridad y precisión (vid. Resolución de 20 de febrero de 1989).

Por su parte, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (vid Sentencias citadas en los «Vistos»), tras declarar que el derecho a la propiedad privada es un derecho reconocido por el artículo 33 de la Constitución y que está concebido ampliamente en nuestro ordenamiento, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente (limitaciones que, en todo caso, deben ser interpretadas restrictivamente), ha entendido reiteradamente que la mera descripción del inmueble no supone una limitación del uso o de las facultades dominicales, sino que la eficacia de una prohibición de esta naturaleza exige una estipulación clara y precisa que la establezca.

En la Resolución de 25 de julio de 2019, afirmó que la disposición estatutaria según la cual «los locales comerciales o tiendas estarán destinados a usos comerciales o industriales» debía ser objeto de interpretación restrictiva en cuanto limite un derecho.

Las consideraciones anteriores, al aplicarse al caso ahora analizado, determinan la desestimación del recurso interpuesto. La concreta cláusula estatutaria objeto de debate no se limita a señalar el destino de la finca, sino que dispone expresamente que «(…) los locales que integran la comunidad regulada por estos Estatutos tienen carácter comercial y esta finalidad delimita el objeto y dedicación de los mismos». Es decir, la cláusula estatutaria se inserta en el contexto de las prohibiciones que se quieren imponer, de manera que literalmente se dispone que, además de las impuestas en el artículo 7 de la Ley sobre propiedad horizontal, debe considerarse como una prohibición más la alteración del carácter comercial de los locales. Ningún sentido tendría la cláusula si se permitieran otros usos sin modificación previa de los estatutos.

Resolución de 13-5-2024
B.O.E. 5-7-2024
Registro de Palencia, número 2.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.

Para practicar una anotación es preciso que el mandamiento se libre en un procedimiento seguido contra el titular registral.

Como señala la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo, estos documentos no pueden ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, ya que este tiene como objeto valorar la procedencia de la calificación teniendo en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que las exigencias del principio de tracto sucesivo exigen que el procedimiento del que dimana el mandamiento ordenando la extensión de una anotación, de embargo en este supuesto, se haya entablado contra los titulares registrales, sin que pueda alegarse en contra la limitación del ámbito calificador respecto de los mandamientos judiciales, pues, el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (artículo 24 de la Constitución Española) impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han tenido parte en él ni han intervenido en manera alguna.

Resolución de 14-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan, número 2.

HERENCIA: TÍTULO SUCESORIO: FORMA DE ACREDITARLO.

Se recuerda la diferencia entre el testamento y el acta de declaración de herederos a los efectos de su manera de acreditarlos enn una escritura de partición de herencia.

Esta Dirección General (cfr. las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente) ha puesto de relieve la sustancial diferencia, como títulos sucesorios atributivos o sustantivos, entre el testamento y el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato. El testamento —y lo mismo en el contrato sucesorio— responde tanto al concepto de título material como formal, pues es ante todo un negocio jurídico mortis causa que expresa la voluntad del testador que es la ley de la sucesión y la que decide con plenos efectos el destino de los bienes constituyendo el título o causa de adquisición de los mismos, una vez que el llamamiento se completa con la aceptación y adjudicación de herencia (cfr. artículos 609 y 670 del Código Civil). El testamento es el fundamento mismo de la vocación o llamamiento del heredero y de la delación como elementos determinantes del fenómeno sucesorio. Distinto significado tiene la declaración de herederos en la sucesión intestada. No constituye el título material de la sucesión intestada, pues dicho título es la Ley. Sólo puede considerarse título formal en cuanto sirve de vehículo documental para el acceso al Registro y prueba o justificación de la individualización en la persona del heredero atendiendo a los diferentes órdenes y grados de llamamiento.

Desde el punto de vista formal, en el ámbito de la sucesión intestada, cabe la constatación documental de los particulares del documento necesarios para la calificación e inscripción mediante su acompañamiento a la escritura, o bien mediante una transcripción total o parcial del documento o bien mediante un testimonio en relación (artículo 251 Reglamento Notarial y Resoluciones de 8 de

junio de 2005, 12 y 30 de noviembre de 2021) de manera que basta con que el notario haga constar los particulares del documento que sean básicos para que el registrador pueda ejercer su función (cfr. Resoluciones de 8 de julio de 2005 y 30 de noviembre de 2021).

En el presente supuesto, se hace una exposición de los datos del acta de notoriedad de la declaración de herederos abintestato (apertura y cierre de la misma) pero el notario autorizante de la escritura de herencia no hace transcripción, total o parcial, ni tampoco hace un testimonio en relación de los particulares de dichas actas necesarios para la calificación e inscripción —no expresa que las tenga a la vista—, lo que implica que sea necesario presentar copia autorizada del acta de declaración de herederos a que se refiere la registradora (vid. Resoluciones de 30 de noviembre de 2021 y 29 de julio de 2022).

Resolución de 14-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Oviedo, número 4.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: ACREDITACIÓN.

Basta para acreditar el régimen económico de la adquirente la certificación del Registro Civil de las capitulaciones matrimoniales.

Limitado el recurso a la nota de calificación de fecha 18 de enero de 2024, en primer lugar debe confirmarse la objeción respecto a que resulta contradictorio que, siendo acreditado que el régimen económico-matrimonial de la compradora es el pactado de separación de bienes, se afirme que, a efectos de la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad, la compradora deba entenderse casada con sujeción a régimen legal de sociedad conyugal.

El artículo 266 del Reglamento del Registro Civil exige, en su párrafo sexto, que en las inscripciones que en cualquier otro Registro —y, por tanto, en el Registro de la Propiedad— produzcan los hechos que afecten al régimen económico-matrimonial, han de expresarse los datos de inscripción en el Registro Civil (tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho), que se acreditarán por certificación, por el libro de familia o por la nota al pie del documento. Y dispone que «de no acreditarse se suspenderá la inscripción por defecto subsanable». Los términos de este precepto reglamentario son claros. Pero, respecto del estado civil de los otorgantes de escrituras públicas que hayan de acceder al Registro de la Propiedad, debe distinguirse claramente entre aquellos casos en los que, por resultar afectada la titularidad previamente inscrita o la legitimación del otorgante, es necesario acreditar documentalmente dicho estado, y aquellos otros en los cuales, por no darse tales circunstancias y tratarse sólo de completar la identificación de la persona ha de bastar la manifestación del interesado.

En el supuesto concreto, en la escritura de compra se incorpora por diligencia la certificación del matrimonio expedido por el Registro Civil de Chile, debidamente apostillada, en la que consta literalmente que «en el acto del matrimonio los contrayentes pactaron separación total de bienes», y dado que, como ha afirmado, este Centro Directivo, los datos del régimen económico-matrimonial «se

acreditarán por certificación», y esta se ha aportado, no debiera presentar objeción para su inscripción en el Registro.

Resolución de 14-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Mula.

HERENCIA: ELEVACIÓN A PÚBLICO DE CONTRATO DE VENTA EXISTIENDO LLAMADOS CON CARGA MODAL.

Para la inscripción de la escritura de elevación a público del documento privado suscrito por el recurrente y su causante en vida, se requiere la intervención de todos los llamados a la sucesión, y entre ellos, por falta de cumplimiento de la carga modal impuesta por el testador en el plazo señalado, del llamado como sustituto vulgar del heredero

Conforme a lo dispuesto en los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria no puede ser tenido en consideración cualquier documento que no hubiera sido presentado al registrador a la hora de emitir la calificación recurrida.

El artículo 1227 del Código Civil efectivamente determina la fehaciencia de la fecha de los documentos privados, en los supuestos que se contemplan en dicho precepto, diciendo que "la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros (…)"; pero la concurrencia de dichos supuestos no atribuye a los documentos privados ninguna presunción de autoría, ni de capacidad, ni de validez de los mismos, requisitos que pueden ser obviados cuando los únicos interesados son los mismos firmantes de su elevación a público o de sus herederos, en cuanto ellos sean los únicos y exclusivos interesados. Así, civilmente, en el presente caso la existencia del contrato privado de compraventa no reduce sus efectos a las partes otorgantes, sino que alcanza de forma negativa a la entidad que sería la heredera sustituta. Por esta razón, tiene trascendencia el reconocimiento de la autoría del documento privado pues éste, como ha quedado expuesto, solo produce efectos entre los que lo hubiesen firmado y sus causahabientes y no frente a tercero.

En cuanto al modo y las cargas modales, este Centro Directivo ha resuelto en numerosas ocasiones sobre cuestiones relativas a tales figuras, y ha puesto de manifiesto (vid. Resolución de 19 de octubre de 2015) que la carga modal debe cumplirse por el gravado y en caso de incumplimiento culpable faculta para resolver la sucesión; que la doctrina mayoritaria sobre los artículos 647 y 797 del Código Civil da a entender inequívocamente que el incumplimiento de la carga faculta para resolver la liberalidad, tanto en los negocios inter vivos como en los mortis causa; que la afección modal no es correctamente equiparable a la obligación personal (crediticia), cuyo acceso registral rechazan, a falta de especial y real garantía, los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 9 de su Reglamento, pero tiene indudable trascendencia real, lo cual no supone afirmar que genere un derecho real, debiendo inscribirse en el Registro por las mismas razones que un pacto de resolución convencional de cualquier transmisión o constitución de derechos reales inmobiliarios (artículo 37.2 de la Ley Hipotecaria). De todo lo expuesto, se concluye que el modo ordenado testamentariamente, siempre que se refiera a un

bien inmueble y sea inherente a su titularidad, es susceptible de trascendencia respecto a terceros y para que les afecte debe constar en el Registro de la Propiedad constituyendo entonces una carga modal.

El modo no impide al heredero o legatario, gravado con el modo, según el artículo 797 del Código Civil, pedir lo que el testador le dejó, sin perjuicio de la obligación de afianzar —en el supuesto concreto el testador le releva de esta obligación—, pero si incumple el modo, se le podrá exigir el cumplimiento de lo convenido y, en su caso, la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses. Pero, como regla general, no opera la resolución de manera automática, sino que se aplicará el artículo 1124 del Código Civil, por lo que podrá optarse entre exigirse el cumplimiento o la resolución. Ahora bien, si fuera imposible su cumplimiento, por analogía al artículo 792 del Código Civil, el modo se tendría por no puesto, salvo que resultare que fue el motivo determinante de la institución de heredero o el legado, en cuyo caso, a tenor del artículo 767, deberían tenerse por ineficaces.

En cuanto a quién corresponde pedir el cumplimiento del modo y en su caso de la carga modal, a falta de una regulación específica por el Código Civil, la facultad de pedir su cumplimiento puede venir establecida en interés del causante, del mismo gravado o de un tercero, bien sea este determinado o se trate de una categoría genérica de personas, pero hay que partir de la premisa de que cualquier interesado puede pedir el cumplimiento del modo. En cualquier caso, la determinación de la imposibilidad del cumplimiento del modo o de su cumplimiento en forma análoga corresponde al beneficiario del modo o a los tribunales de justicia, pero no al heredero gravado con la carga por sí solo, ni, desde luego, puede ser apreciado por el registrador.

En el supuesto concreto, la voluntad del testador matiza aún más la obligación configurándola como carga modal, determinando el plazo máximo de cumplimiento de la obligación y el efecto de su incumplimiento, semejante al del incumplimiento de una condición suspensiva, que consiste en una sustitución vulgar a favor de la citada Consejería de Cultura, por lo que los términos inequívocos de la disposición testamentaria —«el heredero será sustituido en caso de premoriencia, renuncia de este o incumplimiento de la carga por»— determinan que se trata de una carga modal, y abocan a un llamamiento a favor de la entidad citada que, al menos, hace necesario su consentimiento para la elevación a público del contrato privado objeto de este expediente. Por tanto, para la inscripción de la escritura de elevación a público del documento privado suscrito por el recurrente y su causante en vida, se requiere la intervención de todos los llamados a la sucesión, y entre ellos, por falta de cumplimiento de la carga modal impuesta por el testador en el plazo señalado, del llamado como sustituto vulgar del heredero.

Resolución14-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Estepa.

DIVORCIO: NECESIDAD DE LA INSCRIPCIÓN PREVIA EN EL REGISTRO CIVIL.

La claridad de las normas recogidas en la LRC y en su Reglamento impone la necesidad de exigir la previa inscripción en el RC de la sentencia de divorcio.

Debe determinarse en este expediente si es o no necesario acreditar la previa inscripción en el Registro Civil de una sentencia de divorcio para inscribir en el Registro de la Propiedad la adjudicación de un bien inmueble como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Por consideraciones análogas a estas últimas este centro directivo ha admitido, por ejemplo, que para la práctica de la inscripción en el Registro de la Propiedad de escrituras otorgadas por representantes de personas afectadas por discapacidad —o por estas 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. No obstante, no puede desconocerse que el artículo 60 de la Ley de Registro Civil, en su apartado 3 (introducido por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria), establece que «en las inscripciones que en cualquier otro Registro produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico matrimonial, se expresarán los datos de su inscripción en el Registro Civil». Asimismo, el artículo 266 del Reglamento del Registro Civil exige en su párrafo sexto, que en las inscripciones que en cualquier otro Registro —y, por tanto, en el de la Propiedad— produzcan los hechos que afecten al régimen económico matrimonial han de expresarse los datos de inscripción en el Registro Civil (tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho), que se acreditarán por certificación, por el libro de familia o por la nota al pie del documento. Y dispone que «de no acreditarse se suspenderá la inscripción por defecto subsanable».

Resolución de 14-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Callosa d´en Sarrià.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Para denegar una base gráfica debe acreditarse la existencia de dudas fundadas sobre la finca.

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.

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».

Respecto a la falta de motivación de la nota de calificación de la registradora, este defecto debe ser estimado. Cuando la calificación registral negativa se basa en la alegación del colindante, no basta con constatar su mera existencia, como ha hecho la registradora en el presente caso, sino que ha de ser analizada, para

decidir si tiene entidad suficiente para convertir en contencioso el expediente. Por todo lo razonado, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación, por falta de fundamentación de la misma, debiendo procederse a la inscripción de la georreferenciación si la registradora no fundamenta materialmente y jurídicamente la invasión.

Resolución de 14-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Benabarre.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No puede modificarse una base gráfica inscrita sin el consentimiento del titular registral de la finca en cuestión.

Conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria, en aplicación del llamado principio de prioridad registral en relación con la georreferenciación inscrita, «el Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita».

Lo que no es admisible, es, como se pretende el caso que nos ocupa, que el comprador de una finca rectifique unilateralmente, sin concurrencia de la parte vendedora, un error importante en el objeto del negocio de compraventa, y que además, con ello invada la georreferenciación de una finca colindante, sin contar tampoco con el consentimiento expreso y debidamente formalizado del titular registral de dicha finca. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos fiscales, urbanísticos y de otro tipo que fueran exigibles y que ahí no procede prejuzgar.

Resolución 28-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Baza.

HERENCIA: INSCRIPCIÓN EN LOS CASOS DE HEREDERO ÚNICO. SUELOS CONTAMINADOS: APLICACIÓN A LAS TRANSMISIONES MORTIS CAUSA.

No cabe usar la instancia privada para inscribir la herencia de heredero único si existe contador partidor designado en testamento. La obligación de hacer la manifestación sobre actividades contaminantes es aplicable a las transmisiones mortis causa.

En el caso de las sucesiones «mortis causa», el artículo 14 de la Ley Hipotecaria en su párrafo primero establece que «el título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) n.º 650/2012». El carácter excepcional del uso del documento privado como medio hábil para el acceso al Registro tiene excepciones que han de ser interpretadas restrictivamen-

te, no pudiendo extenderse a más supuestos de los previstos en la norma que los establece. En el supuesto concreto, en el testamento hay designado un comisario contador partidor albacea con facultades de entregar legados, por lo que no se dan las circunstancias previstas en el artículo 79 del Reglamento Hipotecario.

El segundo defecto señala que no consta la declaración sobre la realización o no de alguna actividad potencialmente contaminante del suelo. En resumen y para precisar aún más, la norma en cuestión (artículo 98.3) sólo afecta al propietario, transmita la propiedad o cualquier otro derecho real, pero no al titular de cualquier derecho real (por ejemplo, usufructo) que dispusiera de su derecho, ni a los actos de gravamen. Sí, e indiscriminadamente, a actos gratuitos y onerosos, y también a las transmisiones «mortis causa», por razón de la posición de los sucesores «mortis causa», los herederos en tanto que continuadores de las relaciones del causante (recordemos que, por el contrario, el legatario no es un sucesor sino un adquirente). Y también a todo tipo de declaración de obra nueva, sea por antigüedad (artículo 28.4 de la Ley estatal de Suelo) o con licencia (artículo 28.1 de la misma ley); tanto iniciada como terminada. Por tanto, dado que, como se acaba de indicar, la norma en cuestión (artículo 98.3 de la Ley 7/2022) afecta indiscriminadamente a actos gratuitos y onerosos, y también a las transmisiones «mortis causa», el recurso, en cuanto sostiene que la omisión de la declaración legal no impide la inscripción, ni procede exigir tal declaración a los herederos, ha de ser desestimado y confirmado el defecto señalado en la calificación recurrida.

Resolución de 28-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Santa Mará de Guía.

PUBLICIDAD FORMAL: INTERÉS LEGÍTIMO.

Para la emisión de publicidad de una finca ha de acreditarse ante el registrador el interés legítimo del peticionario.

En primer lugar conviene recordar que el objeto de este recurso es exclusivamente la calificación negativa del registrador, sin que puedan tenerse en cuenta otros documentos que los que fueron presentados en tiempo y forma.

Ante una solicitud de publicidad formal, el registrador, debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo, y, en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información. La publicidad ha de ser para finalidades propias de la institución registral como la investigación, jurídica, en sentido amplio, patrimonial y económico (crédito, solvencia y responsabilidad), así como la investigación estrictamente jurídica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales o administrativas. Alega la recurrente que sí tiene interés legítimo, ya que es titular de una finca colindante, tal y como resulta de las escrituras que acompaña a la solicitud. A dicha circunstancia se refiere expresamente el solicitante en el recurso, así como que interesa la información

registral a fin de valorar la interposición de acciones por posible vulneración de su derecho de dominio por parte de los titulares de las fincas respecto de los que se solicita la publicidad.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que el anuncio de interposición de acciones no es motivo suficiente por sí solo para entender que concurre interés legítimo si no se acompaña de un principio de prueba del que resulte la verosimilitud de la solicitud. Procede que el solicitante acredite dicho interés, a satisfacción del registrador, a fin de que pueda expedirse la publicidad solicitada. Esto, no obstante, se reitera la obligación por parte del registrador de indagar en la medida de sus posibilidades cuál es la verdadera finalidad para la que se pide la información, lo cual no parece que haya sucedido en el caso que nos ocupa ya que el interesado formula una solicitud similar a la anterior y es objeto de la misma nota de calificación.

Una vez acreditado ante el registrador la finalidad perseguida con la publicidad, el interés legítimo del solicitante, el registrador debe decidir qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información. Podrán certificarse datos fácticos de la finca sobre la que se pretende información, pero no deberán, por tanto, certificarse datos personales protegidos de anteriores titulares, salvo que se justifique motivadamente que la demanda se interpondrá también contra ellos.

Resolución de 28-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Carlet, número 1.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

El correo electrónico no es un medio hábil para que un notario realice la presentación electrónica de una escritura.

El recurso contra la denegación de extensión del asiento de presentación ahora regulado presenta plazos reducidos tanto en su interposición como en su resolución, lo que se justifica por la importancia de la práctica del asiento de presentación a los efectos de determinación de la prioridad y de impulso del procedimiento registral. Es además exclusivo ante este Centro Directivo, sin que se contemple la posibilidad de calificación sustitutoria ni la alternativa de recurso judicial.

La Ley 11/2023, de 8 de mayo, da nueva redacción al artículo 240 de la Ley Hipotecaria, que señala que «los registradores dispondrán de una sede electrónica general y única a nivel nacional cuya titularidad, desarrollo, gestión y administración corresponderá al Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantiles y de Bienes Muebles de España, disponible para las personas a través de redes de comunicación y por medio de la cual puedan, en sus relaciones con los Registros, presentar, tramitar y acceder a toda la información y a los servicios registrales disponibles». De todo lo anterior resulta que conforme al artículo 322 de la Ley Hipotecaria, antes transcrito, la notificación de la calificación al notario autorizante deberá efectuarse actualmente por el registrador desde de la Sede Electrónica registral y será remitida a través de la misma al notario autorizante en la Sede Electrónica notarial. En el supuesto de este expediente, la contestación desde el

correo corporativo del Registro advirtiendo de que el medio empleado para la presentación no es admisible, no puede interpretarse como calificación denegatoria como afirma el recurrente, máxime cuando, no solo la nota de calificación se emitió formalmente y se notificó electrónicamente conforme a los preceptos transcritos, sino que también se advirtió por correo de su emisión y puesta a disposición.

Este Centro Directivo, ya tuvo ocasión de pronunciarse al respecto en Resolución de 17 de abril de 2017, reiterada por la Resolución de 27 de enero de 2021, en referencia al artículo 248.2 de la Ley Hipotecaria, entonces vigente, resolviendo que la presentación o remisión de documentos por correo electrónico a la cuenta de correo del Registro de la Propiedad destinatario no encaja en ninguno de los «medios de presentación» contemplados en el artículo 248 de la Ley Hipotecaria, pues aunque en sentido amplio se pueda considerar que es una modalidad de «remisión telemática», esta concreta modalidad no es la que contempla el número 3 de dicho artículo, ya que no cumple los requisitos establecidos en dicho número y en el artículo 112.5.2.ª de la Ley 24/2001, ni respeta el principio de titulación pública (cfr. artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 420 del Reglamento Hipotecario), por lo que no debe entenderse admisible. Conforme al artículo 245 de la Ley Hipotecaria, el procedimiento registral se iniciará mediante la presentación presencial o telemática en el Registro de la correspondiente solicitud, en la que figurará una dirección postal o electrónica a efectos de notificaciones y a la que se acompañará el documento que se trate de presentar. El artículo 246 de la Ley Hipotecaria hace referencia a la presentación, física, telemática o por correo. Pero respecto a la admisión de la presentación de documentos por correo, no es admisible la aplicación analógica al correo electrónico.

En segundo lugar porque la forma telemática o electrónica de presentación en el Registro tiene también una regulación registral especial muy precisa en la sección Octava, «Incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva», de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en especial en su artículo 112, modificado por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, y al que se añade el apartado 6 por el artículo 38.3 de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, y por lo tanto plenamente vigente y de aplicación directa. En definitiva, con arreglo a la legislación especial que regula el procedimiento registral en ningún caso puede ser admitida la presentación electrónica en el Registro por otros medios distintos de los señalados, es decir, nunca podrá tenerse por presentado un documento por vía telemática mediante comunicación en la dirección electrónica habilitada del Registro o del registrador.

Resolución de 28-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 11.

HERENCIA: PARTICIÓN HECHA POR LOS HEREDEROS.

Para hacer la partición es necesario que consientan todos los llamados a la herencia.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General que hay que diferenciar previamente el acto de aceptación de la herencia del de su partición y adjudicación. El hecho de que uno de los herederos acepte la herencia no significa que haya prestado su consentimiento para la partición de la misma. En cuanto a esta cuestión central de este expediente, ha afirmado este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 3 de abril de 2014, 13 de julio de 2015, 28 de junio de 2019 y, por todas, 30 de junio de 2022) que, en el caso de partición y adjudicaciones en la que no concurran la totalidad de los herederos, se quiebra el principio de que la partición de la herencia se debe realizar por todos los coherederos por unanimidad.

En el Derecho Foral aragonés rigen los mismos principios. Así, de los artículos 342 y siguientes del Código del Derecho Foral de Aragón, se infiere la libertad de aceptar o repudiar la herencia; de los artículos 365 y siguientes del mismo texto legal, se proclama el derecho a promover la división de la comunidad, con lo que a sensu contrario se le reconoce el derecho a no hacerlo y el que no se pueda realizar la partición sin su consentimiento. Así pues, una cosa es la posibilidad de aceptación separada por los herederos y otra la conversión del derecho hereditario abstracto en uno concreto sobre los bienes hereditarios, que exigiría la concurrencia de todos los herederos a falta de contador partidor facultado para ello.

Por todo ello, es indudable la necesidad de concurrencia de todos los llamados a la sucesión para que ese derecho hereditario en abstracto se convierta en titularidades singulares y concretas sobre los bienes que a cada uno de ellos se le adjudiquen mediante las operaciones de liquidación. Por lo tanto, la escritura calificada no puede considerarse inscribible, al no comparecer ni expresar su voluntad en la partición uno de los herederos, conforme a los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 80 de su Reglamento.

Resolución de 29-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Marbella, número 3.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Para denegar una base gráfica debe acreditarse la existencia de dudas fundadas sobre la finca.

Ha sido definido el exceso de cabida en numerosas ocasiones por este Centro Directivo, considerando que el mismo, en relación a su naturaleza y alcance, y en base a los argumentos legales correspondientes, puede configurarse como aquel procedimiento y solución en el que se hace constar en los libros la correcta extensión y descripción de la finca como base del Registro.

En consecuencia, declarándose un exceso de cabida sobre las fincas comprendidas en el título calificado y que son objeto de agregación y posterior segregación, la cual no respeta el perímetro de la cartografía catastral, según resulta del informe de validación gráfica catastral incorporado al título, el registrador inició la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. 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 coin-

cida 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.

No es razonable entender que la mera oposición que no esté debidamente fundamentada, aportando prueba escrita del derecho de quien formula oposición, pueda hacer derivar el procedimiento a la jurisdicción contenciosa, pues se desvirtuaría la propia esencia del expediente, según se ha concebido en el marco de la reforma de la jurisdicción voluntaria.

Resolución de 29-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de Santa Cruz de Tenerife, número 4.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Para denegar una base gráfica debe acreditarse la existencia de dudas fundadas sobre la finca.

La registradora, después de realizar un análisis de la situación registral de la finca objeto del expediente y de sus colindantes, así como de la identidad de sus linderos, basa su negativa a la inscripción solicitada en la circunstancia de haberse formulado la oposición anteriormente referida; en el hecho de que de la descripción literaria de la finca objeto del expediente resulta que linda al norte con la finca propiedad del titular registral que formula las alegaciones en una línea de 31 metros, mientras que de la representación gráfica propuesta resulta un lindero de 37,6 metros lineales; en el hecho de existir dos solapes entre la representación gráfica propuesta y la representación gráfica catastral del colindante; en la circunstancia de que según la ortofotografía existe un muro de delimitación que aparece por primera vez en 1987 y que, a esa fecha, fue construida por el propietario de ambas fincas, poniendo así de manifiesto la delimitación física de las fincas; y, en definitiva, que no aprecia identidad entre la finca objeto del expediente y la representación gráfica alternativa aportada.

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.

Por tanto, constatado que existe una controversia, no sólo entre un titular registral y un titular catastral afectado, sino entre titulares registrales de fincas registrales colindantes acerca de su respectiva georreferenciación, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo, formulada en Resoluciones como la de 23 de mayo de 2022, entre otras, que estimas justificadas las dudas del registrador sobre la identidad de la finca en un expediente del artículo 199.

Resolución de 29-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Estepa.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Para denegar una base gráfica debe acreditarse la existencia de dudas fundadas sobre la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). 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 calificación contiene la fundamentación necesaria relativa a las dudas de identidad expuestas por el registrador, ya que este no se limita a expresar en su calificación la considerable entidad del exceso de cabida declarado, sino que este hecho, unido a la supresión de un lindero fijo por el punto cardinal este (lindero fijo, camino, que sí tiene la finca lindante precisamente por el este con la que es objeto del procedimiento), ponen de manifiesto, como se afirmó en las Resoluciones de 24 de julio de 2019, 3 de junio de 2020 y 4 de noviembre de 2021, que no pueda precisarse la identidad y correspondencia entre su descripción literaria y la de las colindantes con la representación gráfica que se pretende inscribir.

Resolución de 29-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Procede denegar la inscripción de la base gráfica si se acreditan dudas sob re la posible invasión del dominio público.

Con carácter general, tal y como señaló la Resolución de este centro directivo, de 26 de abril de 2022, «en cuanto a la protección registral del dominio público, tal y como ha reiterado esta Dirección General (…), esta protección que la Ley otorga al mismo 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.

Y de modo más concreto, como señaló la Resolución de 10 de mayo de 2022, en los casos en lo que no hay certeza de invasión del dominio público, se debe tramitar el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria y notificar al Ayuntamiento (o Administración titular del dominio público) para que, en su caso, pueda formular alegaciones a la petición de inscripción de la georreferenciación y rectificación de la superficie declarando que se invade dominio público, indicando en virtud de que acto jurídico se ha incorporado al mismo dicha franja de terreno, declare que la misma no corresponde al dominio público o no formule alegaciones, puesto que la solución contraria puede dejar en indefensión al recurrente y abocarlo a un procedimiento judicial, sin tener total certeza de la existencia de contienda, que es la clave para que pueda denegarse la incorporación de la georreferenciación.

En el presente caso, durante la tramitación del procedimiento del artículo 199 de ley Hipotecaria se ha formulado oposición expresa a la inscripción de la georreferenciación pretendida por el promotor. Tal oposición procede del Conselleiro Delegado de Urbanismo, Vivenda e Cidade Histórica del Ayuntamiento de Santiago de Compostela, quien, en base al informe de la Jefa de Sección de Patrimonio, se opone la inscripción de la base gráfica pretendida por entender que invade un espacio de dominio público, identificando el espacio afectado en los correspondientes planos. Por tanto, tal oposición no es ambigua, confusa, ni carente de autenticidad, sino que determina de modo gráfico y preciso cuál es la concreta invasión de dominio público que se produciría con tal oposición.

Resolución de 29-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Tomelloso.

OBRA NUEVA: SUBSUELO.

Confirmando el criterio de otra resolución anterior sobre este mismo caso, se exige la perfecta delimitación de una obra nueva que discurre por el subsuelo de dos fincas registrales, así como la intervención de los titulares de ambas.

Debe recordarse el fundamento de Derecho quinto de la citada resolución al disponer que «por tanto, partiendo de que la existencia física de la cueva sobre el subsuelo de dos fincas no consta registralmente, sobre este supuesto de hecho ya se pronunció la Resolución de este Centro Directivo de 22 de septiembre de 2017, en el cual la cueva se ubicaba en el subsuelo de dos fincas registrales, suspendiendo la registradora la inmatriculación por considerar que no era completa la descripción de la finca, al no reflejar que parte de la edificación discurría por debajo

de la finca colindante, y porque siendo una finca que ha de ser inmatriculada, es obligatoria la georreferenciación de la misma, pero ésta no se puede practicar, pues parte de la finca comparte suelo con la finca colindante. La Dirección General reiteró la Resolución de 20 de junio de 2017 que admitió la posibilidad de inmatricular una edificación que se describe como cueva. Como ya afirmaron las Resoluciones de 24, 26 y 27 de febrero de 2007, no existen obstáculos estructurales en nuestro ordenamiento jurídico para la configuración de un régimen distinto al suelo y el subsuelo. Incluso nuestro sistema permite configurar las fincas no solamente en su concepto clásico de fincas perimetrales terrestres sino como volúmenes edificables —o subedificables—, siempre que conforme a las reglas generales estén suficientemente definidos. Las Resoluciones citadas admiten segregar un volumen edificable en el subsuelo, desconectándolo totalmente de la superficie terrestre, si bien no siempre y necesariamente debe acudirse en tales casos a una segregación de los terrenos subyacentes, sino que puede bastar una mera delimitación del distinto régimen jurídico aplicable a cada volumen. En el presente caso, tal delimitación del distinto régimen jurídico no se ha producido.

Es decir, estamos en presencia de una bodega-cueva que discurre por el sótano de dos edificaciones, sin separación, ni delimitación, a modo de una unidad, sin que conste descrita en las inscripciones de las respectivas fincas registrales, por lo que la división de dicha bodega-cueva, precisa su exacta delimitación que exige la concurrencia de los propietarios de ambas fincas.

Resolución de 30-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Badalona, número 1.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL: NO CABE PRESENTAR UN TÍTULO YA CALIFICADO ANTERIORMENTE CON UNA CALIFICACIÓN CONFIRMADA POR UNA RESOLUCIÓN FIRME.

Si un documento fue calificado negativamente y dicha calificación fue confirmada por la DG, no cabe practicar ahora un asiento de presentación nuevo.

Debe añadirse que es correcta y totalmente ajustada a Derecho la decisión de la registradora plasmada en su nota de calificación, denegando el inicio del procedimiento registral respecto de un título que ya fue objeto de una calificación negativa, confirmada íntegramente por las citadas resoluciones.

Por lo demás, y como también ha declarado este Centro Directivo, dados los efectos que, conforme al principio de prioridad registral, produce el asiento de presentación en el Libro Diario (artículos 17 y 24 de la Ley Hipotecaria), es lógico que el legislador no quiera que dicho asiento se extienda mecánicamente con la sola aportación del título correspondiente al Registro, para lo cual el registrador ha de analizar cada documento, con objeto de decidir si procede o no su efectiva presentación al Diario, pues lo contrario supondría inundar el Diario con las más variadas y subjetivas pretensiones.

La facultad de reiterar la presentación y la petición de calificación, ya por sí excepcional, no puede mantenerse cuando la cuestión ha sido objeto de un recurso contra

la calificación cuestionada, ya se trate de un recurso potestativo ante esta Dirección General, o de una impugnación directa ante los tribunales a través del juicio verbal (cfr. artículo 324 de la Ley Hipotecaria), pues en tales casos la resolución que recaiga será definitiva, sin posibilidad de reproducir la misma pretensión. Desde luego, no cabe durante la pendencia del recurso, pues en tal situación sigue vigente el asiento de presentación del título, sin que sea admisible la existencia de un doble procedimiento registral —en virtud de la existencia de dos asientos de presentación— respecto de un mismo título (cfr. Resolución de 10 de junio de 2009). Pero tampoco cabe una vez recaída resolución en el procedimiento del recurso que haya devenido firme por no haber sido objeto de impugnación judicial dentro del plazo preclusivo de dos meses previsto para ello (cfr. artículo 328 de la Ley Hipotecaria). Esta interpretación no ha quedado desvirtuada ni por las reformas introducidas con posterioridad en la legislación hipotecaria ni por la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2011; antes al contrario, ha de entenderse confirmada por las mismas.

Resolución de 30-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Iznalloz.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DENEGACIÓN DE SU TRAMITACIÓN.

Puede denegarse la tramitación del procedimiento del 199 si ya se había tramitado anteriormente con resultado negativo.

Como ha afirmado reiteradamente esta Dirección General, (cfr. Resoluciones de 8 de febrero, 19 de abril, 9 de mayo y 5 de julio de 2016), para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique, tal y como ya contempló este Centro Directivo en el apartado octavo de su Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 sobre la interpretación y aplicación de algunos extremos regulados en la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio. Por tanto, con carácter general, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, no requiere, desde el punto de vista procedimental, que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar tales dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara.

En el presente caso, precisamente la circunstancia de ubicarse la edificación en los límites de la parcela es relevante a la hora de determinar si la misma puede extralimitarse de la finca registral desde el punto de vista espacial o geométrico, tal y como se puso de manifiesto por esta Dirección General en la Resolución de 28 de septiembre de 2016, reiterada en otras posteriores.

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 registradora suspende el inicio del procedimiento regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria por haberse tramitado, con anterioridad, otro expediente que tenía por objeto la misma representación gráfica catastral cuya constancia registral se pretende. Tramitado en su día expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria y emitida calificación negativa de la base gráfica de una finca por el registrador competente, por haberse presentado alegaciones por un colindante, puede el registrador titular actual negarse a tramitar un nuevo expediente si la documentación ahora aportada es la misma que se aportó en su día.

Resolución de 30-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Albacete, número 1.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: NATURALEZA.

Un arrendamiento por plazo de veinte años debe ser considerado como un acto de disposición.

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.

Para determinar cuándo el arrendamiento es un acto de administración o de administración extraordinaria o de disposición, el Código Civil fija como criterio especialmente relevante el que atiende a su plazo de duración. Así, dejando ahora al margen las interesantes cuestiones que se han suscitado en torno a la conceptuación —en abstracto— del arrendamiento como acto de administración, a la vista de lo establecido en nuestra legislación en diversas normas (preceptos legales que disciplinan facultades de determinados representantes legales; leyes arrendaticias especiales, etc.), es generalmente admitido que, en principio, el arrendamiento constituye acto de administración o, si se quiere, de extraordinaria administración o de gestión, por lo que bastaría, para su realización, la capacidad general para celebrar tales actos, siendo sólo necesaria la capacidad dispositiva cuando se trate de arrendamientos que por sus estipulaciones, o por su duración, puedan ser considerados actos de disposición o equiparados a estos (sin perjuicio, eso sí, de que eventualmente alguna norma pueda exigir capacidad dispositiva para concertarlo). El hecho

de que el arrendamiento sea inscribible no tiene la trascendencia de transmutar su naturaleza jurídica, de acto de administración en acto de disposición.

En la escritura a que se refiere este expediente se formaliza un contrato de arrendamiento por un plazo de veinte años. Por ello, según el criterio mantenido por la jurisprudencia y por este Centro Directivo, debe calificarse como acto de disposición y no de mera administración (cfr. las Resoluciones de este Centro Directivo de 26 de enero de 2015, 9 de enero de 2020, 15 de julio de 2021 y 27 de septiembre de 2023). Y, estando inscrita la finca arrendada a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial, es necesario para inscribir el arrendamiento que se haya realizado conjuntamente por ambos cónyuges o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro o con la autorización judicial supletoria (vid. artículos 1377 del Código Civil y 93, apartados 1 y 2, del Reglamento Hipotecario).

Resolución de 30-5-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Archidona.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Para denegar una base gráfica debe acreditarse la existencia de dudas fundadas sobre la finca.

La nota de calificación negativa resulta insuficientemente fundamentada, y en sí misma causa indefensión al recurrente, ya que se remite a unos datos que el registrador dice considerar «coherentes», pero que no explicita en modo alguno, por lo que hace imposible que este Centro Directivo pueda analizar si, efectivamente, existe esa supuesta coherencia, y si la oposición formulada tenía la entidad y apariencia de verosimilitud suficiente para poder justificar una calificación negativa como la que es objeto del presente recurso, o si, por el contrario, como alega el recurrente, «la documental que aporta [la opositora] no se corresponde con su titularidad».

Por tanto, así como según el 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», así también, en la resolución del recurso no pueden ser tenidos en cuenta documentos que el registrador adjunte a su informe pero que no formaban parte directa ni indirecta de la nota de calificación recurrida.

Resolución de 6-6-2024
BOE 5-7-2024
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 7.

SENTENCIAS DICTADAS EN REBELDÍA: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

Se reitera la doctrina sobre la necesidad de acreditar el transcurso de los plazos para el ejercicio de la acción de rescisión del rebelde.

Dictada la sentencia en rebeldía procesal de los demandados, tal y como consta en la propia resolución, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El transcurso de tales plazos debe resultar del propio documento presentado a la calificación o bien de otro documento que lo complemente, indicando la imposibilidad de ejercicio del procedente recurso por transcurso del plazo aplicable al supuesto concreto.

Debe igualmente recordarse la doctrina emanada de este Centro Directivo respecto de la falta de competencia del registrador para apreciar la posible concurrencia de la mencionada fuerza mayor y por tanto para la fijación del plazo para el ejercicio de la acción de rescisión, cuestión que, como reconoce el propio recurrente, deberá ser apreciada por el letrado de la Administración de Justicia, correspondiendo por tanto al propio Juzgado la determinación del transcurso o no del oportuno plazo de la acción de rescisión.

Por consiguiente, no constando en el título calificado referencia alguna sobre el transcurso de los plazos para el ejercicio de la acción de rescisión del declarado rebelde, o de la desestimación de la acción en caso de haberse interpuesto, ni tampoco constando ninguna referencia sobre que por parte del Juzgado se haya decidido que, dada la situación de acefalia de la sociedad demandada, no pueda concurrir la situación de fuerza mayor, procede confirmar el defecto observado en la nota de calificación en tanto, mediante documento judicial complementario se hagan constar, en su caso, dichas circunstancias.

Resolución de 11-6-2024
BOE 12-7-2024
Registro de la Propiedad de La Línea de la Concepción.

EXPEDIENTE DE DOMINIO DEL ART. 201 LH: DUDAS SOBRE IDENTIDAD DE LA FINCA.

Las dudas que albergue el registrador han de ponerse de manifiesto al tiempo de expedir la certificación en la fase inicial del expediente.

Ha sido definido el exceso de cabida en numerosas ocasiones por este Centro Directivo, considerando que el mismo, en relación a su naturaleza y alcance, y en base a los argumentos legales correspondientes, puede configurarse como aquel procedimiento y solución en el que se hace constar en los libros la correcta extensión y descripción de la finca como base del registro. Tras la reforma operada por la Ley 13/2015 para proceder a cualquier rectificación de la descripción es preciso que no existan dudas sobre la realidad de la modificación solicitada.

En cuanto a la justificación de las dudas de identidad, 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. En el presente caso, la duda de la registradora consiste en que «se observa que el exceso de cabida que se pretende inscribir, se corresponde con un área de una parcela de titularidad municipal, provista de Referencia Catastral 9596702TF8099N0001OH, la cual está destinada a equipamiento social».

El registrador al tiempo de expedir la certificación debe manifestar las dudas de identidad que pudieran impedir la inscripción una vez terminado el procedimiento, ya que de este modo se evitan a los interesados dilaciones y trámites innecesarios (cfr. Resolución de 8 de junio de 2016), pero también concede a los interesados la posibilidad de despejar tales dudas durante los siguientes trámites del expediente. Y ello sin perjuicio de la calificación que procede efectuar una vez concluida la tramitación ante notario, a la vista de todo lo actuado, conforme al último párrafo del artículo 201.1 y de la regla sexta del artículo 203.1, sin que sea pertinente en dicho momento apreciar dudas de identidad, salvo que de la tramitación resulte un cambio en las circunstancias o datos que se tuvieron a la vista al tiempo de expedir la certificación (cfr. Resolución de 20 de diciembre de 2016).

En el concreto caso de este expediente, debe advertirse que la negativa a la solicitud de inscripción contenida en la nota de calificación se basa en la supuesta invasión de una finca de titularidad municipal, circunstancia que no fue advertida por la registradora en el momento de expedir la certificación prevenida en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria; tampoco el propio ayuntamiento afectado tras la notificación practicada por el notario autorizante mostró oposición a la pretensión de rectificación de descripción y simultánea inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca.

El informe es un trámite en el que el registrador puede profundizar sobre los argumentos utilizados para determinar los defectos señalados en su nota de calificación, pero en el que en ningún caso se pueden añadir nuevos defectos, ya que solo si el recurrente conoce en el momento inicial todos los defectos que impiden la inscripción del título según la opinión del registrador, podrá defenderse eficazmente, argumentando jurídicamente acerca de la posibilidad de tal inscripción.

Resolución de 11-6-2024
BOE 12-7-2024
Registro de la Propiedad de Girona, número 2.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

No puede el recurso tener por objeto la revisión de los asientos ya practicados.

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 del recurrente, no siendo el recurso el cauce procedimental oportuno para ordenar la cancelación de una inscripción, pues para ello es necesario el consentimiento del titular registral debidamente causalizado o resolución judicial firme que ordene la cancelación. Es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos

legalmente establecidos (artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria). Por tanto, conforme a esta reiterada doctrina, el recurso contra la calificación negativa del registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación o rectificación de asientos ya practicados.

Resolución 11-6-2024
BOE 12-7-2024
Registro de Sanlúcar La Mayor, número 2.

PACTO COMISORIO: OPCIÓN DE COMPRA.

En el caso analizado se concluye que la opción de compra pactada lo ha sido como mero instrumento en función de garantía.

El Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (vid. artículos 6, 1859 y 1884 del Código Civil). Este Centro Directivo ha aplicado la prohibición del pacto comisorio incluso cuando las operaciones elusivas del mismo se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos.

En línea con esta posición jurisprudencial hay que situar la reciente doctrina de esta Dirección General (así, en sus Resoluciones de 21 de julio de 2021, 10 de marzo de 2022 y 18 de septiembre de 2023) según la cual, la prohibición del pacto comisorio no es absoluta en nuestro derecho, de modo que pierde su razón de ser cuando la realización de la cosa ofrecida en garantía —cualquiera que haya sido la vía seguida— se efectúe en condiciones determinantes de la fijación objetiva del valor del bien, y no haya comportado un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor. Podría admitirse el pacto comisorio siempre que concurran las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión; si bien para poder admitir la validez de dichos acuerdos se deberá analizar cada caso concreto y atender a las circunstancias concurrentes, ya que sólo mediante un análisis pormenorizado de cada supuesto se podrá determinar la admisibilidad, o inadmisibilidad del pacto en cuestión.

Si analizamos cómo se articula la operativa diseñada en la escritura calificada, se repara enseguida en que no es una conclusión para nada ilógica la mantenida por la registradora en la calificación. Y es que lo que proporciona la clave para entender la operación es ese mes posterior al año en el cual la opción no puede ejercitarse; y no parece una mera especulación concluir que es durante ese periodo de tiempo (el año) cuando el concedente ha de devolver la cantidad recibida, y si no lo hace es cuando el optante, abonando el resto del precio (recordemos 4.400 euros) y ejecutando la opción deviene propietario del bien. Y añádase a lo anterior un dato no menos relevante: aun habiendo caducado la opción (por transcurrir el citado mes sin ejercitarse) para cancelarla registralmente el concedente habrá de retornar al optante la suma que se indica en el contrato, lo cual hace más patente aún el objeto del negocio realmente celebrado.

En base a todas las razones ya expuestas, este defecto ha de ser confirmado, pues hay base suficiente para entender que en el presente caso se está en presencia de un mecanismo de opción de compra que se ha pactado con una finalidad de garantía de la devolución de una suma ya recibida, que ha de restituirse necesariamente, se haya ejercitado o no la opción en ese corto plazo de tiempo previsto (un mes) si se quiere cancelar registralmente la carga, lo que contraviene la prohibición del pacto comisorio, y además en cierto modo entra en colisión con el artículo 1256 del Código Civil.

Resolución de 11-6-2024
BOE 12-7-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 4.

HERENCIA: PARTICIÓN HECHA POR EL TESTADOR.

Se analiza la diferencia entre partición hecha por el testador y las normas particionales fijadas en el testamento.

Como ha afirmado el Tribunal Supremo, la partición hecha por el testador no extingue la comunidad hereditaria, sino que la evita; es un acto mortis causa que tiene eficacia a la muerte del causante (vid. Sentencias de 4 de febrero de 1994, 21 de diciembre de 1998 y 26 de enero de 2012, entre otras). Así, con la apertura de la sucesión y la aceptación de la herencia, los herederos adquieren la propiedad de los bienes adjudicados, por lo que no podrán reclamar judicialmente la división de la herencia (vid. artículo 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero sí que tienen legitimación activa para ejercitar la acción reivindicatoria.

Distintas de la partición hecha por el testador son las denominadas normas para la partición o normas particionales, por las que aquél expresa su voluntad respecto de la adjudicación de determinados bienes en pago de la cuota hereditaria de los herederos en la partición que habrá de realizarse. En estos casos el título de adjudicación haría tránsito de una pretendida partición del testador a una partición que deberán realizar todos los herederos y no un solo grupo de ellos, teniendo en cuenta, eso sí, las normas particionales del testador que son obligatorias y vinculantes en tanto en cuanto no perjudiquen la legítima (vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2009, entre otras).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1998 estimó, como principio general, pero no exento de matizaciones, que para la distinción entre partición y operaciones particionales —normas para la partición— «existe una "regla de oro", consistente en que la determinación de una verdadera partición se dará cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones —inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes—, pero cuando, así, no ocurre, surge la figura de las denominadas doctrinalmente normas para la partición.

No hay razón alguna que impida reconocer al testador la facultad de realizar una partición de herencia sólo parcial, de suerte que respecto de los bienes que aquél adjudique se haya de pasar por dicha partición ex artículo 1056 del Código Civil —en tanto no perjudique la legítimas—, mientras que para otros bienes que

puedan existir en el momento de la apertura de la sucesión (en relación con los cuales es frecuente que el testador instituya a los herederos por partes iguales, como acontece en el presente caso) sea necesario realizar las pertinentes operaciones particionales. En definitiva, el núcleo de la cuestión planteada reside en la interpretación de la voluntad de la testadora, pues, a pesar de las referidas circunstancias, debe dilucidarse si pretendió otorgar un testamento de contenido particional, al menos en cuanto a los bienes relacionados en él, o fijar determinadas instrucciones para la ulterior partición.

Debe entenderse que atendiendo a los medios hermenéuticos que, propiamente, pueden emplearse a efectos del procedimiento registral, en el presente caso es determinante el hecho de que, además de los términos generales en que se expresó la testadora y que ya han sido analizados, no manifieste que esté realizando ya la adjudicación de bienes concretos con efectos desde la apertura de la sucesión y la consiguiente aceptación de la herencia, sino que «ordena la testadora que se paguen las respectivas cuotas hereditarias de los instituidos con las viviendas y el local que la testadora posee en el inmueble sito en […]»; y añade «que se distribuya de la siguiente manera […]»; especificando a continuación que a cada heredero que indica «se le entregue en pago de su cuota hereditaria» el inmueble que especifica. Por ello, y por contraste sistemático con lo que dispone respecto de los legados, de los que faculta a los legatarios para tomar posesión por sí mismos, debe concluirse que, en relación con los bienes que ordena se distribuyan y entreguen a los herederos, las disposiciones transcritas no son sino instrucciones para la partición que habrá de realizarse con consentimiento de todos los interesados.

Resolución de 11-6-2024
BOE 12-7-2024
Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 3.

CAMBIO DE USO: APLICACIÓN DEL ART. 28 DE LA LS.

Se reitera la doctrina sobre los requisitos para la inscripción de un cambio de uso de una edificación

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 cuanto al fondo del asunto, este Centro Directivo ya se ha pronunciado en distintas Resoluciones (vid., por todas, las Resoluciones de 21 de julio de 2021 y la más reciente de 9 de abril de abril de 2024) sobre el impacto que tiene la normativa urbanística en relación con el cambio de uso de una edificación y su inscripción en el Registro de la Propiedad. El control administrativo sobre si una edificación concreta y determinada puede ser objeto de un uso específico se lleva a cabo con carácter previo mediante la oportuna licencia de edificación y determinación de usos y posteriormente con la licencia de ocupación (u otro título habilitante) que

tiene por objeto la verificación de que la edificación autorizada se ha llevado a cabo de acuerdo con, entre otros extremos, los usos previstos y aprobados.

La inscripción se verifica acreditando la concurrencia de los requisitos establecidos por la normativa urbanística o bien acreditando por medio de certificado o documento hábil que han transcurrido los plazos para el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición de conformidad con lo previsto en el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015. La correspondencia entre usos autorizados y descripción registral se garantiza, en el primer caso, por la aseveración del técnico competente de que la descripción se ajusta al proyecto para el que se otorgó la autorización. En el segundo, el documento de respaldo se limita a llevar a cabo una descripción que ha de coincidir con la que aparece en el título, pero sin que ello implique concordancia alguna con los eventuales usos posibles dada la eventual prescripción, o caducidad, de las acciones para restablecer la legalidad urbanística.

Ciertamente, como señaló la Resolución de esta Dirección General de 21 de julio de 2021, el hecho de que la superficie mínima o las condiciones de habitabilidad que han de tener las viviendas según la normativa urbanística sea un dato objetivo no impide la aplicación de la doctrina expuesta, pues al registrador le corresponde el control de la legalidad urbanística, pero solo a través de los mecanismos legalmente previstos, entre los cuales no se encuentra el realizar un juicio sobre si una vivienda reúne o no las características exigidas por la legislación urbanística para tener la consideración de tal, dada su limitada competencia en la materia y el propio régimen de recursos contra la calificación, en el que tanto la calificación negativa del registrador como las resoluciones de la Dirección General son recurribles ante los órganos del orden jurisdiccional civil —cfr. artículo 328 de la Ley Hipotecaria—. El marco normativo estatal posibilita, en cuanto al primero de los requisitos, si alguna legislación autonómica lo previera, como ocurre entre otras en la Comunidad de Madrid, que como título habilitante de la actuación sea suficiente la declaración responsable urbanística de cambio de uso, de división de locales o viviendas o de implantación de actividades (acto de edificación), complementada con un acto o certificación expreso de conformidad municipal, no siendo válida, a efectos de inscripción, la conformidad emitida por parte de entidades urbanísticas colaboradoras por su falta de carácter administrativo, como señalan también las indicadas resoluciones.

Admitida la posibilidad en la Comunidad de Madrid del acceso registral del cambio de uso acreditado por la vía prevista en el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, la cuestión objeto del presente recurso (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria) se concreta, fundamentalmente, en determinar si la documentación aportada por la recurrente al efecto es apta para practicar la inscripción del referido cambio de uso de local a vivienda y si concurren el resto de los requisitos exigidos por el artículo 52 del Reglamento sobre Inscripción de Actos De Naturaleza Urbanística aprobado por el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.P ara que opere la prescripción, como se ha visto, no sólo se necesita acreditar desde cuándo está destinada a vivienda, sino cuándo fueron las últimas reformas llevadas a cabo que culminaron la obra, plazo a partir del cual se computa la prescripción; y además debe acreditarse, como también se ha

dicho, que ese uso no es contrario al planeamiento urbanístico, pues en otro caso no operaría la prescripción.

La aplicación del régimen registral sobre edificaciones previsto en el artículo 28 de la actual Ley de Suelo a la constatación registral del cambio de uso de inmuebles se condiciona a que tanto la normativa urbanística de aplicación como la jurisprudencia que la interpreta posibiliten la prescripción o caducidad de la acción de restablecimiento de legalidad respecto al uso, y que, caso de preverse en la normativa un plazo de prescripción, se acredite el transcurso de éste. Todo ello nos conduce necesariamente a la exigencia, de cara a la inscripción en el Registro de la propiedad (donde sólo cabe que accedan actos y derechos plenamente válidos), de las obras nuevas y cambios de uso por antigüedad ex artículo 28.4 de la Ley del Suelo, de un acto de aprobación de la Administración sea expreso o mediante la conformidad de la Administración con la declaración responsable presentada al efecto.

En la calificación registral se señala como tercer defecto que en el arquitecto certificante concurre un conflicto de interés para certificar el cambio de uso del local por antigüedad, porque dicho técnico es también el administrador solidario de la sociedad propietaria de la finca. Por su parte, el Reglamento de Normas Deontológicas de Actuación Profesional de los Arquitectos, aprobado por acuerdo de la Asamblea General Ordinaria del Consejo Superior de 20 de noviembre de 2015 y modificado en la Asamblea General Ordinaria de 26 de noviembre de 2021, no establece incompatibilidad alguna en cuanto a que un arquitecto pueda proyectar o dirigir una obra en la que fuera el propio promotor o tuviera intereses en la sociedad promotora. En el supuesto objeto de este recurso, no se observa que exista un conflicto de intereses entre el arquitecto certificante y la sociedad promotora, sino que lo que se aprecia es la existencia de una concurrencia de interés propio o compartido, por lo que sólo en el supuesto de que la certificación sea emitida en su condición de técnico municipal, lo que no ocurre en este caso, se encontraría sujeto a un régimen de incompatibilidad.

Respecto del tercer requisito señalado del artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, la inexistencia de anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate y que el suelo no tenga carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general; en el presente supuesto se cumple sólo la segunda parte. En cuanto a la primera, es cierto que en el momento de la calificación recurrida no constaba practicada en el folio real de la finca anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística, pero sí consta presentada en el Libro diario certificación municipal solicitando la práctica de la misma. A este respecto, es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid., por todas, Resoluciones de 6 de julio de 2011, 7 de mayo de 2013 y 31 de enero de 2014), que la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte del título que se califica y de la situación tabular existente en el momento mismo de su presentación en el Registro. Esto significa 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 con el fin de evitar asientos inútiles que deberían cancelarse al extender los asientos derivados de un título posterior que ordena la cancelación de los mismos.

Esta misma doctrina ha exigido siempre que se respete el principio de prioridad registral, de modo que la calificación conjunta de los documentos presentados no puede comportar una alteración injustificada en el orden de despacho de los mismos. Este conflicto de prioridad no debe confundirse con el supuesto en que presentado un título determinado es presentado con posterioridad otro distinto del que resulta la falta de validez del primero. Aquí ya no existe conflicto entre títulos o derechos incompatibles, no estamos ante un problema de prioridad sino de validez y en consecuencia y por aplicación del principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, procede la exclusión del título inválido sin que pueda apelarse al principio de prioridad para evitarlo. La consecuencia de la presentación en el Registro de tales actuaciones administrativas, como se ha expuesto en fundamentos de Derecho anteriores, tiene como consecuencia que no pueda practicarse la inscripción de la actuación urbanística (cambio de uso) en tanto no finalice la tramitación de dicho expediente (vid. Resolución de 27 de noviembre de 2017).

Resolución de 11-6-2024
BOE 12-7-2024
Registro de la Propiedad de Terrassa, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: INMATRICULACIÓN PARCIAL RESPECTO DE UN ELEMENTO PRIVATIVO.

Se analizan los requisitos para inmatricular un piso de un edificio en propiedad horizontal que no está inmatriculado.

Desde el punto de vista material, este Centro Directivo ya admitió en su Resolución de 12 de diciembre de 2019, la posibilidad de inmatricular la propiedad privativa de un elemento en régimen de propiedad horizontal, de manera independiente a los restantes elementos, cuando no constaba previamente inscrita la finca donde se procedía a la declaración de obra nueva y el régimen de propiedad horizontal, sin necesidad de aportar la titulación precisa para justificar la previa adquisición de todos los propietarios de los elementos integrantes de la misma.

No obstante, deben tenerse en cuenta también los aspectos formales de la inmatriculación, pues aunque sólo se vaya a inscribir la titularidad de uno de los elementos, la inmatriculación física de la finca sobre la que se asienta la división horizontal, será de toda la finca. Para dicha inmatriculación, se impone una debida coordinación entre la descripción literaria de la finca y su base gráfica catastral o alternativa, en los términos señalados por los artículos 9 y 10 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 205 de dicha ley. Desde esta perspectiva formal, tratándose de una inmatriculación al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, se exige que exista identidad entre la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica que necesariamente debe ser aportada al efecto (aunque como ha señalado este Centro Directivo en muchas resoluciones, dicha identidad no se extiende a las edificaciones).

Por ello, es necesario que se acompañe la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca en términos totalmente coincidentes con el solar en el que se

sitúa la vivienda cuya inscripción se solicita. Y por otro lado, para poder inmatricular la vivienda, es necesario asimismo que se haya declarado la obra nueva del edificio del que forma parte, cumpliendo con las exigencias impuestas por la legislación urbanística.

Resolución de 11-6-2024
BOE 12-7-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 38.

PROPIEDAD HORIZONTAL: NECESIDAD DE LICENCIA.

La constitución de la propiedad horizontal requiere un control administrativo previo en los casos en los que los elementos privativos resultantes no consten previamente inscritos por la declaración de obra nueva.

El artículo 26.1 da un concepto legal de finca, de finca registral y de parcela. Inmediatamente después, en su apartado segundo exige para toda segregación o división de fincas, que las resultantes reúnan las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística. Y, el siguiente párrafo determina que, en la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, los notarios exigirán, para su testimonio, 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. El cumplimiento de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción. El artículo 28 de la misma ley, por su parte, hace lo propio respecto a las escrituras de declaración de obra nueva.

De acuerdo con el cuadro normativo expuesto: en los supuestos de división o segregación de fincas (con el concepto legal visto), de acuerdo con el artículo 26.1 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, la exigencia de licencia o autorización administrativa vendrá determinada por la Ley aplicable; tratándose de complejos inmobiliarios del artículo 26.6 del citado Real Decreto Legislativo 7/2015, así como en los supuestos regulados en el artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal, la exigencia de autorización administrativa viene impuesta por la legislación del Estado, como se deduce de la disposición final decimonovena de la Ley 8/2013 y la disposición final segunda del Real Decreto Legislativo 7/2015.

Desde la perspectiva del artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal, aplicable por ser legislación del Estado, debe entenderse que proporciona plena cobertura legal al artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, al disponer: «Para inscribir los títulos de división horizontal o de modificación del régimen ya inscrito, se aplicarán las siguientes reglas: a) No podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. No será de aplica-

ción lo dispuesto en este número a las superficies destinadas a locales comerciales o a garajes, salvo que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garaje constituye condición esencial de su concesión».

Cuestión distinta es que la propia legislación urbanística aplicable imponga expresamente la exigencia de licencia para el mismo acto de constitución de un edificio en propiedad horizontal, mas no es lo que ocurre en el caso de la legislación madrileña, como ya señalara esta Dirección General en Resolución de 28 de julio de 2020, según resulta de los artículos citados. Solo 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, al amparo en este caso del artículo 152.d) de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid que se refiere a «los actos de parcelación, segregación y división de terrenos, en cualquier clase de suelo», pero no es este el caso de este expediente.

Pasando a resolver el fondo del asunto, debe partirse en primer lugar de que en el presente caso no nos encontramos ante una parcelación de suelo en los términos que prevé la legislación madrileña a los efectos de exigir licencia de parcelación artículo 152.d) de la Ley 9/2001, de 17 de julio—. En el presente expediente se plantea la constitución en régimen de propiedad horizontal de un edificio situado en la Comunidad de Madrid, que pasa a dividirse horizontalmente en diez elementos privativos, de los cuales dos se destinan a aparcamiento y los otros ocho a local, con uso de servicios empresariales. A la escritura se incorpora la licencia de obra concedida en su día, pero ni de la misma ni del historial registral resulta el número de elementos autorizados. Es decir, como afirma la reciente Resolución de 25 de marzo de 2024 estos preceptos legales confirman la necesidad, a efectos registrales, del cumplimiento de los dos requisitos que se vienen repitiendo, y de los que se infiere, respecto del primer requisito, que la realización de estos actos urbanísticos necesita, como título habilitante, la correspondiente declaración responsable urbanística junto con el acto de conformidad expreso del Ayuntamiento que corresponda.

Por lo expuesto, en el presente caso, de conformidad con los artículos 10.3 de la Ley sobre propiedad horizontal y 26.6 de la Ley de Suelo estatal, para la inscripción de la división horizontal de los elementos descritos en la escritura calificada es preciso acreditar la licencia urbanística o el acto expreso de conformidad administrativa con la actuación declarada, a menos que mediante certificado de técnico competente se acredite que el número y características de los elementos resultantes sean los que resulten de la licencia de obras que autorizó la construcción de la edificación, por tratarse de un supuesto legal de excepción.

Resolución de 12-6-2024
BOE 12-7-2024
Registro de la Propiedad de Badalona, número 2.

DOCUMENTOS JUDICIALES: SENTENCIA DECLARATIVA.

Un testimonio de una sentencia declarativa requiere el cumplimiento de los requisitos formales y de los derivados del principio de especialidad.

Es doctrina de esta Dirección General que las sentencias declarativas o constitutivas con trascendencia inmobiliaria son directamente inscribibles en los libros del Registro —salvo las dictadas en rebeldía, en los términos del artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— si de aquél no resultan obstáculos que lo impidan, mediante la presentación del correspondiente testimonio de la resolución judicial. De igual modo, debe tenerse en cuenta la doctrina de esta Dirección General relativa a la calificación de los documentos judiciales de conformidad con el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, según la cual los registradores tienen el deber de colaborar con jueces y tribunales en su labor de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y de cumplir sus resoluciones firmes (cfr. artículo 118 de la Constitución Española), pero no por ello ha de quedar excluida la calificación registral de aquellas que pretendan su acceso al Registro; las exigencias constitucionales derivadas del principio de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y de exclusión de la indefensión (cfr. artículo 24 de la Constitución Española), que tiene su especifica aplicación en el ámbito registral en el criterio de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. artículo 1 de la Ley Hipotecaria), determinan la supeditación de la inscripción de las resoluciones judiciales firmes a la previa comprobación de los extremos aludidos en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Respecto de la cuestión suscitada, del fallo de la sentencia no resulta ni se declara quién es el titular del dominio de la finca objeto del contrato de compraventa, ni se exime de la obligación posterior de elevar a publico dicho documento privado, ni se ordena que se inscriba el pleno dominio a favor de uno solo de los compradores; el documento no contiene referencia certera ni resolución alguna de que se inscriba la adquisición por compraventa de la finca. En el presente supuesto, no existe una determinación de los actos o derechos cuya inscripción haya de practicarse, en contra de los principios de especialidad y rogación (artículos 6 y 9 de la Ley Hipotecaria, y 51.6.ª del Reglamento Hipotecario).

En cuanto a la inscripción del documento privado, el artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece de forma clara el principio fundamental hipotecario de que solo pueden ser inscritos, salvo algunas excepciones previstas en la ley, los actos «consignados en escritura pública, ejecutoria o documento autentico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos». Por tanto, para la inscripción en los libros del Registro, debe elevarse a escritura pública dicho contrato privado de compraventa.

Resolución de 12-6-2024
BOE 12-7-2024
Registro de la Propiedad de Málaga, número 13.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD DE LAS PRORROGADAS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE A LEC.

Para la cancelación de estas anotaciones resulta de aplicación el art. 210, regla octava de la LH.

En el historial registral de la finca consta extendida una anotación que ha sido prorrogada con anterioridad al día 8 de enero de 2001 (fecha de la entrada en vigor de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), por lo que se plantea, en primer lugar, el problema de la posible caducidad de esta anotación preventiva de embargo prorrogada.

En conclusión, de los antecedentes fácticos expuestos resulta, tal y como indica la nota de calificación, que la anotación fue objeto de prórroga con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, por lo que queda sometida a prórroga indefinida en los términos del artículo 199.2.º del Reglamento Hipotecario, de manera que no cabe la cancelación por caducidad de la misma, sin perjuicio de que, una vez transcurridos seis meses, computados desde la emisión de la resolución judicial firme en el proceso en que la anotación preventiva y su prórroga fueron decretadas, se pueda solicitar su cancelación.

Ahora bien, en el presente caso la interesada solicita de forma expresa la aplicación de lo previsto en el apartado 1 del artículo 210 de la Ley Hipotecaria, regla octava. Como se afirmó en la Resolución de este Centro Directivo de 22 de noviembre de 2019, entre otras, al tratarse el embargo de una traba de bienes para garantizar el pago de una obligación y tener eficacia real a través de la anotación de embargo, le resulta de aplicación este precepto.

En el presente expediente resulta la expedición de una certificación en el seno del procedimiento judicial en fecha 12 de noviembre de 2008, siendo éste el «dies a quo» para el cómputo del plazo previsto en el artículo 210.1, regla octava, al tratarse, de manera indubitada, del último asiento practicado en relación con el procedimiento que se reclama la deuda, pues en contra de lo que afirma recurrente, la nota marginal es indubitadamente un asiento registral, sin que la norma distinga respecto del carácter principal o accesorio que debiera revestir el mismo.

Resolución de 12-6-2024
BOE 12-7-2024
Registro de la Propiedad de Orihuela, número 1.

EXPROPIACIÓN FORZOSA: NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN.

La nota marginal que prevé el artículo 32 del RH solo se puede cancelar por caducidad en los términos que prevé este artículo.

Determina el artículo 32 del Reglamento Hipotecario en su regla primera que «los Registradores harán constar, en su caso, por nota al margen de las inscripciones correspondientes, que han expedido la certificación de dominio y cargas a efectos de la expropiación e indicarán su fecha y el procedimiento de que se trate. Estas notas se cancelarán por caducidad transcurridos tres años desde su fecha, si en el Registro no consta algún nuevo asiento relacionado con el mismo expediente». El «dies a quo» a que dicho precepto se refiere por tanto es el de la nota marginal, como todos los asientos registrales de duración temporal. La caducidad opera de forma automática el día en que se produce y no antes. Sólo con la docu-

mentación acreditativa de la conclusión del expediente expropiatorio podría anticiparse la cancelación de la nota marginal antes de su plazo de caducidad legal.

Resolución 12-6-2024
BOE 12-7-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 15.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN.

Para inscribir un título es necesario que conste inscrito el derecho del transmitente.

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. artículo 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. artículo 1 de la Ley Hipotecaria).

En el caso que nos ocupa los derechos de reversión que la sociedad recurrente pretende inscribir a su nombre en el Registro de la propiedad, figuran inscritos a nombre de la sociedad «Hoteles Altozano 2000, SL», en unos casos por resolución judicial y en otros por aportación del heredero de la titular registral de las fincas expropiadas.

Resolución de 17-6-2024
BOE 15-7-2024
Registro de la Propiedad de Burjassot.

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: REQUISITOS.

Para inscribir un título es necesario que consten los elementos esenciales que deben reflejarse en la inscripción.

Como cuestión previa debe advertirse que el recurrente acompaña al escrito del recurso una serie de documentos que no fueron presentados en el Registro al tiempo de emitir la calificación ni posteriormente, una vez recaída ésta, a efectos de intentar la subsanación de los defectos apreciados. Por lo tanto, no pudieron ser analizados por el registrador para efectuar la calificación recurrida. En consecuencia, como señala la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo, no pueden ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, ya que este tiene como objeto valorar la procedencia de la calificación teniendo en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla.

Entrando ya en el fondo del asunto objeto de debate en el presente expediente, debe partirse de las exigencias derivadas del principio de especialidad registral, que suponen la necesidad de que en el título que se presenta a inscripción queden

delimitadas con total precisión todos aquellos extremos que permitirán una perfecta definición del derecho que se pretende inscribir y de su titularidad. Es evidente que del contenido de la sentencia cuya inscripción se pretende no resultan con la claridad exigible los datos necesarios para determinar las circunstancias personales de los adquirentes, ni la participación indivisa que corresponde a cada uno de ellos, ni el carácter (privativo o sujeto a algún régimen económico matrimonial de comunidad) de dicha adquisición para cada uno de los adquirentes, todo ello con arreglo a lo establecido en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51, regla novena, y 54 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 17-6-2024
BOE 15-7-2024
Registro de la Propiedad de Murcia, número 6.

DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO: NO PRODUCE LA PURGA DE LAS CARGAS.

El procedimiento de venta en pública subasta para la disolución de un condominio no lleva aparejada la purga de eventuales cargas posteriores, a menos que se tome anotación de demanda.

Los principios que rigen el condominio y que se han reflejado en el fundamento segundo generan un lógico conflicto entre el adjudicatario de la finca y los acreedores de cada uno de los condueños cuando alguna de las cuotas aparece gravada. Quien adquiera la finca, uno de los condueños o un tercero, la recibirá gravada con la correspondiente hipoteca. Ningún efecto de purga de las cargas existentes sobre la finca puede implicar el proceso de disolución de condominio, cualquiera que sea el procedimiento por el que se lleve a efecto: división de la finca en partes que se adjudiquen a cada comunero, enajenación (tanto en venta directa, como en subasta pública) a uno de los condueños que compensa económicamente a los demás, o venta a un tercero con reparto del precio entre los cotitulares sin perjuicio de que en este caso, por acuerdo de las partes, se minore el valor de la cuota gravada en el importe de la carga.

Para poder extender la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas en un procedimiento de ejecución es necesaria la previa constancia registral del derecho del ejecutante. Así lo dispone el artículo 143 del Reglamento Hipotecario (a diferencia de la redacción originaria anterior a la reforma por Real Decreto 1867/1998). En el supuesto de la extinción del condominio no existe una carga o derecho real que grave la finca, sino al contrario, como se ha explicado anteriormente, el ejercicio de una facultad inherente a la propia situación de copropiedad. Esto hace evidente, como ya se dijo en la resolución citada, la conveniencia de que conste en el Registro la existencia del procedimiento. Esta constancia se habría producido si se hubiera solicitado y tomado anotación preventiva de demanda de ejercicio de la acción de división, sin que este Centro Directivo pueda entrar a valorar las razones que llevaron a no solicitarla.

Lo indicado anteriormente no varía como consecuencia de la regulación introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Resulta claro que la nota marginal a que se refieren estos preceptos no es en absoluto equi-

parable a la que prevé el artículo 656.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trata de una nota que simplemente «producirá el efecto de indicar la situación de venta en subasta del bien o derecho», pero que no tiene efectos de purga y consiguiente cancelación de los derechos que se inscriban con posterioridad a la misma. Por lo tanto, en el supuesto de este expediente, no habiendo constancia de la intervención de la Hacienda Pública como ejecutante del procedimiento que ha causado la anotación de embargo cuya cancelación se pretende en el procedimiento de división, no resulta posible acceder a dicha cancelación.

Resolución de 17-6-2024
BOE 15-7-2024
Registro de la Propiedad de Cambados.

URBANISMO: AFECCIÓN POR COSTES URBANÍSTICOS.

Se analiza la naturaleza y alcance de la afección de las fincas a los costes urbanísticos.

La naturaleza del crédito urbanístico y de su garantía real, en la terminología utilizada por la legislación urbanística, ha sido, y sigue siendo, como ya señaló la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de abril de 2016 objeto de una amplia discusión doctrinal. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido perfilando la configuración de dichas figuras. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre el carácter privilegiado y preferente de las cargas urbanísticas a favor de la junta de compensación.

En todo caso, la eventual afección al pago de los gastos de urbanización estaría caducada, teniendo en cuenta que la reparcelación se inscribió en el año 2006, dado el tenor del citado artículo 20 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia de urbanismo, y 126 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, sin que afecte a ese plazo de caducidad la duración decenal de la obligación de conservación de viales, etc.

La simple instancia del presidente de la junta de compensación no es título suficiente para la constitución de hipoteca que debería constituir la hipoteca, aunque, como ya señaló la Sentencia de la Sala de lo Civil de 15 de julio de 2014, es «trámite que no suele seguirse, por la preferencia de cobro que tiene el titular del privilegio sobre el bien, y por suponer un gravamen real, que es una situación de sujeción en la que se encuentra el propietario sobre cuya cosa existe establecido un derecho real a favor de otro, en este caso la Junta de compensación».

Los créditos que se pretenden amparar con la afección real no están determinados en cuanto a su fecha de devengo, sin que el juez del concurso se haya pronunciado al respecto. Por ello ha de ser el juez del concurso, y no el registrador o la acreedora, quien determine si el crédito es privilegiado o no y si debe integrarse en la masa de acreedores o tiene alguna preferencia. Es doctrina reiterada de esta Dirección General (véanse Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente) que debe partirse de la base de la competencia del juez de lo Mercantil, encargado del

concurso, para conocer de todas las incidencias de la ejecución de los bienes en caso de concurso del deudor.

Consecuentemente con ello, y no habiéndose constituido con anterioridad al concurso una específica hipoteca en garantía de los gastos de urbanización, la ejecución de esta garantía debe desarrollarse bajo la competencia del juez del concurso, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia. Si se hubiera constituido hipoteca, su ejecución se verificará atendiendo a las reglas generales de si resultan o no necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial (cfr. artículo 56 de la Ley Concursal) y la fase del concurso en que se encuentre. En definitiva, no habiéndose constituido con anterioridad hipoteca expresa en garantía de estos créditos compete al juez del concurso la clasificación del crédito, la ejecución de los bienes y el pago a los acreedores por su correspondiente orden de pagos. La solicitud de la junta de compensación dirigida a que se reconozca el carácter privilegiado del crédito supuestamente debido por la deudora concursada por tener la garantía de una hipoteca legal tácita no puede ser admitida.

Resolución de 20-6-2024
BOE 15-7-2024
Registro de la Propiedad de Algeciras, número 2.

HIPOTECA: DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD.

Se analiza el alcance del derecho expectante de viudedad en la constitución de hipoteca.

Es principio rector del matrimonio aquel según el cual los cónyuges deben fijar de común acuerdo el domicilio conyugal (artículos 70 del Código Civil y 184 del Código del Derecho Foral de Aragón). Una vez fijada y establecida, la Ley protege especialmente la vivienda familiar habitual, trátese de vivienda simplemente conyugal, trátese de vivienda en la que, además de los cónyuges vivan los hijos comunes o los que cada cónyuge hubiera habido antes del matrimonio. La técnica de tutela se articula a través de esa exigencia del consentimiento de ambos cónyuges.

En los casos en que el negocio de adquisición absorbe otro de gravamen por ser el primero predominante, este Centro Directivo ha interpretado que también son los requisitos de aquél los que deben prevalecer frente a los del absorbido, por tratarse de un negocio complejo en orden a una finalidad predominante (vid., entre las más recientes, la Resolución de 26 de septiembre de 2022).

Siendo el matrimonio el determinante de la existencia de derechos presentes o futuros —y no el régimen económico-matrimonial—, se hace necesario establecer cuál es el momento de determinar la eficacia de los derechos de viudedad. Así, el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges determina el nacimiento del derecho de usufructo del cónyuge viudo. Por tanto, hasta ese momento de la apertura de la sucesión de uno de los cónyuges, no se sabe quién es el beneficiario del usufructo viudal, que podría ser cónyuge de otras nupcias o no existir por separación o divorcio. En consecuencia, en el momento de la adquisición por he-

rencia no tiene trascendencia quien sea el cónyuge del heredero o legatario ni su régimen económico matrimonial. En el caso del derecho expectante de viudedad es distinto, ya que, durante el matrimonio, ambos cónyuges son titulares de una expectativa de derecho que se ejercitará en el futuro cuando se realice una disposición, que será el momento en el que se determinará quién es el cónyuge que tiene que prestar su consentimiento. Resulta muy difícil de caracterizar el derecho expectante de viudedad foral aragonesa y determinar su naturaleza jurídica, pero es claro que no se trata de un derecho real concreto y desarrollado sobre los bienes del cónyuge. Como se ha indicado, lo que caracteriza el derecho expectante de viudedad foral aragonesa es cómo afecta al régimen de enajenación de los bienes.

La omisión de la constancia de la identidad del cónyuge por tanto no puede ser defecto que impida la inscripción, pues no está expresamente exigida en ninguna norma específica y el derecho expectante no es en sí mismo un derecho inscribible. Sin perjuicio de que su constancia sea conveniente para la seguridad del tráfico y para la protección de los derechos de las personas implicadas. Podemos concluir por tanto que puede ser una buena práctica notarial la constancia del nombre y apellidos del cónyuge que adquiere el inmueble por herencia, para facilitar la identificación del titular del derecho expectante, aunque —como ya se ha visto— su omisión no sea determinante de una calificación suspensiva del título, pues tal expectativa no genera propiamente un derecho real inscribible en su favor.

En el concreto supuesto de este expediente, se ha hecho por el disponente manifestación clara y expresa de que la finca que se hipoteca no constituye su domicilio familiar habitual; que para el caso de que en el futuro la finca constituyera el domicilio familiar habitual, en ausencia de la intervención del cónyuge, la disposición sería válida, dejando a salvo el derecho expectante de viudedad. Por tanto, en ningún caso sería necesaria la reiteración de la renuncia que ya había sido hecha anteriormente respecto del derecho expectante sobre una finca que, evidentemente, ahora no constituye domicilio familiar habitual.

Resolución de 20-6-2024
BOE 15-7-2024
Registro de la Propiedad de Pamplona, número 4.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ART. 98 LEY 24/2001.

Tratándose de un poder que no está inscrito en un Registro público, es necesario que el notario indique qué persona y órgano dentro de la entidad otorgó la representación, si su cargo era válido y estaba vigente, y si tenía facultades suficientes para otorgar representación en nombre de la sociedad.

El único defecto señala que para poder practicar la inscripción debe constar la identidad y condición de los otorgantes del poder para acreditar la existencia y validez de la representación de las entidades religiosas de los que resulte su régimen de funcionamiento y el de los órganos representativos de las mismas o testimonio notarial bastante en relación con lo procedente con la expresión de que en lo omitido no hay nada que amplíe, modifique o condicione lo transcrito.

El registrador debe revisar que el título autorizado permita corroborar que el notario ha ejercido su función de calificación de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa, y que este juicio sea congruente con el contenido del título presentado, es decir, que resulte del contenido del juicio de suficiencia que dicha suficiencia se predica respecto del negocio jurídico otorgado, con la precisión necesaria para que no quepan dudas de que el notario ha calificado correctamente el negocio de que se trata y referido al mismo la suficiencia o insuficiencia de las facultades representativas.

En el presente supuesto, el notario autorizante de la escritura calificada ha hecho la reseña del documento auténtico del que nacen las facultades representativas, otorgado por representante o apoderado, que ha sido voluntaria dado que de poderes especiales se trata. Se especifican los datos de dichas escrituras de apoderamiento (notario autorizante, fechas, números de protocolo). Se trata de una reseña identificativa de las escrituras de apoderamiento, que es lo que exige el artículo 98 de la Ley 24/2001. Pero de la jurisprudencia expuesta exige que se haga constar la identificación y circunstancias personales del representante que acude a otorgar la escritura, la entidad representada y los datos del poder del que resulta la representación, lo que se cumple completamente en el juicio de suficiencia hecho, pero además exige también que «el documento autorizado por el notario deba indicar qué persona y órgano dentro de la entidad otorgó la representación, si su cargo era válido y estaba vigente, y si tenía facultades suficientes para otorgar representación en nombre de la sociedad», lo que no se ha hecho constar en la escritura.

Resolución de 25-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Propiedad de Murcia, número 6.

HERENCIA: SUCESIÓN SUJETA A DERECHO DE PAÍSES BAJOS.

No se trata de una herencia basada en el certificado sucesorio europea, debiéndose cumplir lo establecido en el art. 14 de la LH.

La escritura del notario español se autoriza sobre la base del certificado sucesorio nacional neerlandés (Verklaring van Erfrecht, artículo 4:188 del Código Civil de los Países Bajos), que expide un notario neerlandés (artículo 3:31 del mismo texto) a todas las partes interesadas, es decir, a los herederos y en su caso a los ejecutores designados. Para el Derecho interno neerlandés y en sus herencias nacionales [de ahí la remisión inadmisible en el contexto del Reglamento (UE) n.º 650/2012 al domicilio y nacionalidad sin elección de ley] este certificado sobre el derecho hereditario tiene una función probatoria de la ley aplicable. Sin embargo, carece de la legitimación y efecto probatorio de un certificado sucesorio europeo, por lo que su eficacia queda sujeta a la prueba formal y material, que, mediante juicio de ley, basado en los instrumentos establecidos por el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, o por su propio conocimiento del Derecho de los Países Bajos, realice el notario autorizante y posteriormente califique el registrador.

En el caso al que se refiere el presente recurso se presenta ante el notario español que liquida la sucesión (no se indica si parcialmente) el citado certificado nacional holandés, abstracto, que no incorpora o acompaña los documentos a los que se refiere el artículo 14 de la Ley Hipotecaria, que es aplicable tanto a los títulos españoles como extranjeros, en una equivalencia funcional, y todos ellos sujetos a calificación.

Resolución de 25-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Propiedad de Calafell.

SOCIEDADES MERCANTILES: LIQUIDACIÓN.

La cancelación de la hoja de la sociedad no impide la actuación posterior de los liquidadores.

La cancelación de los asientos registrales de una sociedad no es sino una fórmula de mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad, que en el caso de liquidación es que ésta se considere terminada. Por ello, aun cancelados los asientos relativos a la sociedad, si aparecieran bienes sociales los liquidadores deberán adjudicar a los antiguos socios la cuota adicional que les corresponda, previa conversión de los bienes en dinero cuando fuere necesario (cfr. artículo 398 de la Ley de Sociedades de Capital).

Resolución de 25-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 16.

DIVORCIO: NECESIDAD DE LA INSCRIPCIÓN PREVIA EN EL REGISTRO CIVIL.

La claridad de las normas recogidas en la LRC y en su Reglamento impone la necesidad de exigir la previa inscripción en el RC de la sentencia de divorcio.

Debe determinarse en este expediente si es o no necesario acreditar la previa inscripción en el Registro Civil de una sentencia de divorcio para inscribir en el Registro de la Propiedad la adjudicación de un bien inmueble como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Por consideraciones análogas a estas últimas este centro directivo ha admitido, por ejemplo, que para la práctica de la inscripción en el Registro de la Propiedad de escrituras otorgadas por representantes de personas afectadas por discapacidad —o por estas 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. No obstante, no puede desconocerse que el artículo 60 de la Ley de Registro Civil, en su apartado 3 (introducido por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria), establece que «en las inscripciones que en cualquier otro Registro produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico matrimonial, se expresarán los datos de su inscripción en el Registro Civil». Asimismo, el artículo 266 del Reglamento del Registro Civil exige

en su párrafo sexto, que en las inscripciones que en cualquier otro Registro —y, por tanto, en el de la Propiedad— produzcan los hechos que afecten al régimen económico matrimonial han de expresarse los datos de inscripción en el Registro Civil (tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho), que se acreditarán por certificación, por el libro de familia o por la nota al pie del documento. Y dispone que «de no acreditarse se suspenderá la inscripción por defecto subsanable».

El recurrente alega que, al haber sido inscrita en el Registro Civil rumano la sentencia de separación, tiene eficacia en España sin necesidad de inscripción de aquélla en el Registro Civil español, pues únicamente procedería tal exigencia si alguno de los separados tuviera nacionalidad española. Frente a tales afirmaciones, no cabe sino recordar que, como puso de manifiesto este Centro Directivo en Resolución de 30 de junio de 2022, el artículo 266 del Reglamento del Registro Civil es aplicable a los matrimonios celebrados fuera de España, entre contrayentes extranjeros, que, sin embargo, obtienen sentencia de divorcio en España.

Resolución de 25-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Propiedad de Aranjuez.

REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: REQUISITOS. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN.

Se reitera doctrina en estas materias.

No concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia, ni resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al impuesto o de clara causa legal de exención fiscal —como ocurre en la aceptación de una hipoteca unilateral efectuada por la Tesorería General de la Seguridad Social (Resolución de 23 de abril de 2007)—, imponer al registrador la calificación de la sujeción o no al Impuesto de ciertos actos contenidos en el documento presentado a inscripción supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo, de modo que, aunque es posible que el registrador aprecie la no sujeción de determinado acto a las obligaciones fiscales, ha de tenerse en cuenta que si para salvar su responsabilidad exigiere la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrán de ser los órganos tributarios competentes los que podrán manifestarse al respecto al recibir la comunicación impuesta por ley, sin que corresponda a esta Dirección General el pronunciarse, a no existir razones superiores para ello (por ejemplo, cfr. artículo 118 de la Constitución) o tratarse de un supuesto en el que se esté incurriendo en la exigencia de un trámite desproporcionado que pueda producir una dilación indebida.

Entre la documentación que figura en el expediente consta una diligencia de presentación telemática en la Dirección General de Tributos de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad de Madrid, según la cual se ha

presentado declaración tributaria correspondiente al impuesto sobre sucesiones y donaciones, acompañada de autoliquidación y siendo sujeto pasivo don J. A. M. R., pero en dicha diligencia se señala que el tipo de documento presentado es un documento privado, mientras que en el supuesto de este expediente se pretende la inscripción de un documento judicial. No resulta acreditada por tanto la presentación de la sentencia en oficina tributaria competente a efectos de liquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones.

El segundo defecto indicado por la registradora en su nota se refiere a la necesidad de identificar la finca sobre la que ha de practicarse la inscripción y las circunstancias personales de la persona a cuyo favor esta debe practicarse y las de aquella de quien proceda inmediatamente el bien a inscribir, exigencias que resultan en todo caso del principio hipotecario de especialidad. Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 2 de septiembre de 1991, 29 de diciembre de 1992 y 21 de junio de 2004, entre otras), para su acceso al Registro, los títulos inscribibles han de contener una descripción precisa y completa de los inmuebles a que se refieren, de modo que éstos queden suficientemente individualizados e identificados (artículos 9.1 de la Ley Hipotecaria y 51, reglas primeras a cuarta, del Reglamento Hipotecario).

Estando la finca transmitida inscrita en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral (cfr. artículos 2 y 17 de la Ley Hipotecaria). La presunción «iuris tantum» de exactitud de los pronunciamientos del Registro, así como el reconocimiento de legitimación dispositiva del titular registral llevan consigo el cierre del Registro a los títulos otorgados por persona distinta de dicho titular o derivados de procedimientos judiciales o administrativos en que el mismo no haya tenido intervención.

Resolución de 25-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Propiedad de Murcia, número 6.

EXPEDIENTE DE DOMINIO ART. 203 LH. REQUISITOS PARA LA EXPEDICIÓN DE LA CERTIFICACIÓN.

Si no se presenta la documentación requerida por el art. 203 LH no cabe expedir la certificación que dicho precepto prevé.

La subsanación del defecto y la práctica en su caso de la inscripción solicitada no son obstáculo para la interposición del recurso contra la calificación del registrador. Como ha puesto de manifiesto esta Dirección General en diversas ocasiones, y previene el artículo 325 de la Ley Hipotecaria, conforme a nuestro vigente sistema legal, la subsanación de los defectos indicados por el registrador en la calificación no impide a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso.

En el presente caso, la registradora sustituta se limita a argumentar que en este supuesto no procede la calificación sustitutoria, inadmitiendo el procedimiento sin entrar en el fondo del asunto, cuando lo procedente hubiera sido deter-

minar si procede o no la expedición de certificación y la práctica de la anotación preventiva solicitada, y de resolver positivamente su actuación, se limitaría a acordar la expedición de la certificación, siendo el registrador sustituido el que debiera expedirla y practicar la anotación solicitada.

El procedimiento se debe iniciar mediante solicitud acompañada del acta en la que se documenta el inicio de dicho procedimiento y formularse en el curso de un expediente que se está tramitando. Sólo la certificación solicitada por el notario con los requisitos contemplados legalmente dentro de este expediente de jurisdicción voluntaria —y no cualquier otra solicitud de certificación— es la que tiene la virtualidad de producir la iniciación de la actuación registral prevista en la Ley Hipotecaria para la inmatriculación por este procedimiento. Su iniciación es voluntaria, pero sus normas son de orden público y no alterables por los interesados, como todos los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

Resolución de 25-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Propiedad de Málaga, número 3.

CONCURSO DE ACREEDORES: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

El registrador debe calificar si el acreedor hipotecario ha prestado su consentimiento a la venta en los términos del antiguo 154 y actual 210 de la LC.

El título cuya calificación ha sido impugnada es una escritura pública que se otorgó como culminación de un proceso concursal de enajenación con intervención del juez del concurso. Además, comoquiera que, entre los extremos del título presentado que deben ser objeto de calificación, figura la «validez» del acto dispositivo contenido en esa escritura (con los medios y con los efectos que resultan del artículo 18 de la Ley Hipotecaria), la determinación de tal extremo exige conocer e interpretar las resoluciones judiciales que le sirven de fundamento.

Resulta por tanto incontestable que es competencia y obligación del registrador de la Propiedad comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el Registro cuya cancelación se ordena por el tribunal. En consecuencia, estando inscrita la hipoteca en el Registro de la Propiedad, el registrador debe comprobar que en el título calificado consta el cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los acreedores hipotecarios como titulares registrales que son.

En cuanto a la cuestión de fondo, debe estarse a lo establecido en el artículo 155.4 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, aplicable por razón de su fecha al concurso objeto de este expediente. El actual artículo 210 del texto refundido de la Ley Concursal ha recogido la necesidad de que si el juez autoriza, excepcionalmente, la realización directa por un precio inferior al mínimo que se hubiese pactado al constituir la garantía, con pago al contado, el concursado y el acreedor o los acreedores con privilegio especial lo acepten de forma expresa, siempre y cuando se efectúe a valor de mercado según tasación oficial actualizada por

entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles.

En el supuesto de hecho de este expediente, el auto dictado por el juez autoriza la venta de la finca en cuestión, pero el artículo 155.4 establece unas reglas imperativas en el caso de enajenación directa fuera de convenio de los bienes afectos a créditos con privilegio especial, como es el caso, ya que el concurso está en fase de liquidación, reglas que también ha recogido el actual artículo 210 cualquiera que sea el estado del concurso, siendo una de ellas la necesaria la conformidad expresa por parte del acreedor hipotecario cuando concurren determinadas circunstancias. Si en el procedimiento judicial se ha considerado que se han cumplido los requisitos que la Ley Concursal establece para que se pueda llevar a cabo la venta, afirmando que los acreedores con privilegio especial afectados han tenido la intervención adecuada en el proceso concursal, excede de las facultades de calificación que los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario otorgan a los registradores discrepar de esta valoración y entender incumplidos dichos requisitos.

Resolución de 26-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 3.

DONACIÓN: REVOCACIÓN.

La escritura de revocación debe acogerse a alguna de las causas legales.

Del contenido del escrito de impugnación resulta claramente que el recurrente utiliza la vía del recurso contra la calificación registral para un fin que no le es propio, como es obtener la práctica de un asiento que no había sido solicitado previamente y respecto del cual no existe calificación. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el objeto del recurso ha de centrarse exclusivamente en los defectos expresados por el registrador en su nota de calificación, sin que puedan por tanto tratarse defectos o cuestiones no incluidos en esta, o defectos no impugnados (vid., entre muchas otras, las Resoluciones de 13 de abril de 1982 o 3 de noviembre de 1998, hasta las más recientes como las de 27 de octubre y 27 de noviembre de 2017, 27 de enero de 2020 o 13 de enero de 2021).

No obstante, habida cuenta de la referencia que hace el recurrente a la concurrencia de motivos de la revocación de la donación, cabe recordar que la revocación de las donaciones por causa de la ingratitud, se regulan en los artículos 648 y siguientes del Código Civil. En la escritura de revocación del presente expediente, no se alega ni menciona ninguna de estas causas específicamente. Posteriormente, en el escrito de recurso se detallan las circunstancias, pero hay que recordar que la calificación la realiza el registrador a la vista de los documentos presentados a inscripción y el recurso no es el medio para su subsanación.

En el presente caso es indudable que la escritura de donación no incluye ninguna condición cuyo incumplimiento tenga como efecto la resolución automática del negocio. Ni siquiera se impuso el sometimiento a un modo o a una carga modal, y no consta en la escritura ni en la inscripción registral que el cumplimiento del mismo se haya contemplado como condición de eficacia de la donación, ni se

pacta nada sobre una eventual constatación extrajudicial de su incumplimiento. Por ello, debe confirmarse la calificación recurrida.

Resolución de 26-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Propiedad de Navahermosa.

PROPIEDAD HORIZONTAL: INMATRICULACIÓN PARCIAL RESPECTO DE UN ELEMENTO PRIVATIVO.

Se analizan los requisitos para inmatricular un piso de un edificio en propiedad horizontal que no está inmatriculado.

Desde el punto de vista material, este Centro Directivo ya admitió en su Resolución de 12 de diciembre de 2019, la posibilidad de inmatricular la propiedad privativa de un elemento en régimen de propiedad horizontal, de manera independiente a los restantes elementos, cuando no constaba previamente inscrita la finca donde se procedía a la declaración de obra nueva y el régimen de propiedad horizontal, sin necesidad de aportar la titulación precisa para justificar la previa adquisición de todos los propietarios de los elementos integrantes de la misma.

No obstante, deben tenerse en cuenta también los aspectos formales de la inmatriculación, pues aunque sólo se vaya a inscribir la titularidad de uno de los elementos, la inmatriculación física de la finca sobre la que se asienta la división horizontal, será de toda la finca. Para dicha inmatriculación, se impone una debida coordinación entre la descripción literaria de la finca y su base gráfica catastral o alternativa, en los términos señalados por los artículos 9 y 10 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 205 de dicha ley. Desde esta perspectiva formal, tratándose de una inmatriculación al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, se exige que exista identidad entre la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica que necesariamente debe ser aportada al efecto (aunque como ha señalado este Centro Directivo en muchas resoluciones, dicha identidad no se extiende a las edificaciones).

En la nota de calificación recurrida se exige la inscripción previa del título constitutivo de la división horizontal de la que forma parte la vivienda. En esto no puede sostenerse, y hay que dar la razón al recurrente, pues exigir el consentimiento expreso de los demás copropietarios del edificio sería dejar sin efecto la posibilidad de inmatriculación de las viviendas que lo componen, que este Centro Directivo ha sostenido en las Resoluciones anteriormente citadas.

Resolución de 26-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Propiedad de Altea.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

No puede ser objeto de presentación una instancia pidiendo la anulación de un asiento.

La calificación que el registrador ha de realizar de un documento, a los efectos de practicar o no asiento de presentación, es distinta de la que debe llevar a cabo de los documentos presentados, para determinar si puede practicarse o no el asiento solicitado. En el caso de decidir o no la práctica del asiento de presentación, el registrador debe limitarse a comprobar si concurren los requisitos para practicarlo, reguladas en el artículo 420 del Reglamento Hipotecario. Por tanto, solicitando la instancia presentada la anulación de un asiento practicado, que está bajo la salvaguardia de los tribunales, conforme al artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, la calificación registral debe ser confirmada y el recurso desestimado.

No es el recurso el cauce adecuado para valorar cuestiones tales como la extensión de asientos ya practicados, o la forma en que el registrador, previa calificación positiva, ha practicado los asientos.

Como han declarado las Resoluciones de 17 de abril de 2023 y 11 de enero de 2024, si previa calificación positiva, el registrador ha decidido inscribir la base gráfica, sin atender las objeciones planteadas por el colindante, no puede éste interponer recurso en solicitud de que se rectifique la inscripción practicada, ni puede atenderse su petición de que se le remita contestación por parte del registrador a la oposición en su día por él planteada, al no estar legalmente previsto este trámite. Y ello porque el expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria no es contencioso entre partes, sino de tramitación registral, de manera que la resolución del expediente sólo se notifica al promotor del mismo. Y esta doctrina también es aplicable en el presente caso, en el que el colindante notificado en plazo, ha presentado la alegación una vez concluida el expediente y practicada la inscripción, por lo que, aunque no haya alegado en plazo, puede acudir al procedimiento judicial correspondiente contra el titular registral.

Resolución de 26-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Propiedad de Manacor, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Para denegar una base gráfica debe acreditarse la existencia de dudas fundadas sobre la finca.

Como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 17 de abril de 2023, «cuando quien se opone es un titular registral, en este caso la oposición resulta mucho más cualificada y merecedora de mayor consideración». Y en el presente caso, como en el resuelto por dicha Resolución «el juicio de identidad de la finca por parte del registrador está debidamente motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que haya utilizado expresiones genéricas. Por tanto, constatado que existe una controversia entre titulares de sendas fincas registrales colindantes acerca de su respectiva georreferenciación, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo, formulada en Resoluciones como la de 23 de mayo de 2022, entre otras, que estima justificadas las dudas del registrador sobre la identidad de la finca en un expediente del artículo 199, dada la oposición de un colindante.

Resolución de 27-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 12.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN.

Para inscribir un título el otorgante debe tener inscrito su derecho previamente.

El artículo 20 de la Ley Hipotecaria exige, para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, que conste previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorga o a cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. Este precepto recoge el principio de tracto sucesivo, uno de los principios fundamentales de nuestro sistema hipotecario que exige que en el Registro figuren todas las transmisiones realizadas, sin ruptura de la cadena de transmisiones y cuya aplicación ha sido reiterada por este Centro Directivo en numerosas Resoluciones.

En el Derecho español, no sólo gana prioridad el título que primero accede al Registro, sino que, además, impide que otro título incompatible se inscriba, aunque sea de fecha anterior, por lo que el Registro sólo publica una transmisión. El derecho que primero se inscribe goza de eficacia plena erga omnes mientras no sea declarada judicialmente su nulidad y se ordene la cancelación del asiento (artículo 1 y 40 de la Ley Hipotecaria). Entre los efectos del principio de prioridad —como se ha visto— está el de imponer a los registradores la obligación de despachar los documentos referentes a una misma finca por el riguroso orden de su presentación en el Diario. La regla tiene las excepciones lógicas que permiten la alteración de este orden, como el caso de que el título posterior confirme el primero presentado o el caso en que el título posterior sea previo para la inscripción del primero.

En el presente supuesto, nada de esto se ha producido, ya que, sin perjuicio de que el recurrente hubiera sido titular registral al tiempo de otorgamiento del acta, lo cierto es que al tiempo de la presentación en el Registro no lo era, y, por tanto, no cabe más que confirmar el defecto señalado.

Resolución de 27-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 1.

REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL ADQUIERENTE. DOCUMENTOS JUDICIALES: FIRMEZA.

En estos tres aspectos se confirman los defectos impugnados de acuerdo con la doctrina tradicional de la DG.

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).

El defecto referido a la falta de liquidación tributaria debe ser confirmado ya que son numerosas las ocasiones en las que este Centro Directivo (vid. Resoluciones recogidas en los «Vistos») ha analizado el alcance del denominado cierre registral por no acreditar el cumplimiento de las obligaciones fiscales, tanto en relación con los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados y de Sucesiones y Donaciones, como respecto al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (Plusvalía). N o concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (cfr. Resolución de 21 de diciembre de 1987) ni resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al Impuesto (apartados 2 a 4 del artículo 104 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) o de clara causa legal de exención fiscal —como ocurre en la aceptación de una hipoteca unilateral efectuada por la Tesorería General de la Seguridad Social (cfr. Resolución de 23 de abril de 2007)—, imponer al registrador la calificación de la sujeción o no al Impuesto de ciertos actos contenidos en el documento presentado a inscripción supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo, de modo que, aunque es posible que el registrador aprecie la no sujeción de determinado acto a las obligaciones fiscales, ha de tenerse en cuenta que si para salvar su responsabilidad exigiere la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrán de ser los órganos tributarios competentes —en este caso, municipales— los que podrán manifestarse al respecto al recibir la comunicación impuesta por Ley, sin que corresponda a esta Dirección General el pronunciarse, a no existir razones superiores para ello (por ejemplo, cfr. artículo 118 de la Constitución) o tratarse de un supuesto en el que se esté incurriendo en la exigencia de un trámite desproporcionado que pueda producir una dilación indebida.

Respecto de la insuficiente identificación de los adquirentes mediante la reseña en el título objeto de calificación de las circunstancias contenidas en los artículos 9 y 51 de Ley y Reglamento Hipotecario debe confirmarse que el principio de especialidad determina la oportuna concreción en el asiento registral de las circunstancias identificadoras de los sujetos intervinientes en el mismo, de tal manera que se eviten ambigüedades u omisiones que pudieran menoscabar la seguridad jurídica ofrecida por la publicidad tabular. En el presente expediente resulta que los adquirentes quedan exclusivamente identificados en el título objeto de calificación mediante su nombre y apellidos, sin resultar del propio título los demás datos identificativos requeridos por la legislación hipotecaria.

Respecto del último de los defectos alegados en la nota de calificación, es decir, la falta de firmeza de la resolución recurrida, el mismo también debe ser confirmado. La exigencia de firmeza de las resoluciones judiciales que hayan de provocar asientos definitivos en el Registro (inscripciones y cancelaciones) encuentra su fundamento en la necesidad de proteger al titular registral. Por ello, el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que: «Mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejer-

citar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros públicos».

Resolución de 27-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Propiedad de La Unión, número 2.

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO: REQUISITOS.

No procede tramitar el expediente si no se acredita el título material por el que el promotor adquiere el dominio.

Si en el momento de solicitud de la certificación consta al registrador algún obstáculo que pueda impedir la inscripción ulterior del expediente de dominio, podría y debería advertirlo para evitar seguir la tramitación de un expediente que finalmente no va a poder ser inscrito.

El expediente para reanudar el tracto sucesivo interrumpido (antes judicial) es un medio excepcional para lograr la inscripción de una finca ya inmatriculada a favor del promotor. Esta excepcionalidad justifica una comprobación minuciosa por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos y exigencias legalmente prevenidas, a fin de evitar la utilización de este cauce para la vulneración o indebida apropiación de derechos de terceros.

En el presente caso, tal y como señala la registradora en su calificación, no se acredita el título material o causa de la adquisición por el que cada uno de los propietarios de las 7/10 partes indivisas que se pretenden reanudar, transmitieron a don T. C. M. Es decir, efectivamente puede existir una extraordinaria dificultad de aportar títulos formales, pero el problema que se plantea en el presente expediente es que el título material o causa de la adquisición no ha quedado expresado ya que se hacen meras menciones a «pactos de los promotores» y que «de facto» se disfrutaba de la vivienda.

Resolución de 27-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Propiedad de Telde.

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE INMATRICULACIÓN: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Las dudas apreciadas por el registrador deben estar suficientemente fundadas.

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 (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos»). Constaba expedida con anterioridad a la tramitación del expediente de dominio certificación de que la finca, con la descripción asignada a la misma en el título que sirve de base a la pretensión de

los promotores no constaba inmatriculada y, aunque esta certificación no puede ser tenida en cuenta, al no haberse expedida la misma a solicitud del notario autorizante del acta de inicio del expediente de dominio, sí es preciso poner de manifiesto que ya en esa certificación no se advirtió de una posible coincidencia con la registral 58.668.

Por tanto, en el presente expediente ha quedado acreditado que la nota de calificación, tal y como ha sido redactada, se fundamenta en una simple conjetura que, a su vez, al indicarse la colindancia de la finca a inmatricular con aquélla con la que se ha apreciado una posible correspondencia, la notificación edictal a los herederos del titular registral de la finca 58.668, unido a su falta de oposición, determinan la falta de fundamento de las dudas expuestas por el registrador a la hora de suspender la inmatriculación pretendida. En consecuencia, dados los términos que se expresa la nota de calificación, este Centro Directivo no puede sino concluir que las dudas del registrador no están suficientemente fundadas, y que, por tanto, el defecto ha de ser revocado.

Resolución de 27-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Propiedad de Cullera.

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DEL TRACTO: REQUISITOS.

No procede la tramitación del expediente cuando no hay verdadera interrupción del tracto.

Antes de entrar en el fondo del asunto, debe recordarse que el sistema hipotecario se apoya, entre otras premisas, en la necesaria continuidad del tracto sucesivo por medio de los asientos del Registro de manera consecutiva, tal y como se recoge en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, produciéndose las nuevas modificaciones de los mismos por la intervención directa o forzosa de los titulares registrales permitiendo o generando dichos nuevos asientos.

Como se reiteró por la Dirección General de los Registros y del Notariado, no hay verdadera interrupción del tracto cuando los promotores adquirieron del titular registral o de sus herederos (cfr. Resoluciones 18 de marzo de 2000, 17 de febrero de 2012 y 2 y 23 de octubre de 2014). Esta doctrina, además, ha sido elevada a rango legal por la Ley 13/2015, de 24 de junio, que da nueva redacción al artículo 208 de la Ley Hipotecaria. Además de esta previsión expresa, debe partirse de la doctrina reiterada de ese Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos») en virtud de la cual el expediente para reanudar el tracto sucesivo interrumpido (antes judicial) es un medio excepcional para lograr la inscripción de una finca ya inmatriculada a favor del promotor. Esta excepcionalidad justifica una comprobación minuciosa por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos y exigencias legalmente prevenidas, a fin de evitar la utilización de este cauce para la vulneración o indebida apropiación de derechos de terceros.

Como se afirmó en las Resoluciones de 2 y 23 de octubre de 2014, se considera que se produce interrupción del tracto cuando existen varios títulos pendientes de inscripción, de ahí que no se admita la posibilidad de reanudación de tracto

sucesivo a través de expediente de dominio cuando el promotor sea causahabiente del titular registral ya que en tales casos no hay verdadero tracto interrumpido y lo procedente es documentar y aportar el título de adquisición.

Resolución de 27-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Propiedad de Avilés, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No puede inscribirse una base gráfica si se acreditan dudas fundadas sobre su identidad.

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, 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 ajustada a Derecho, desde el punto de vista material y formal, pues el registrador funda objetivamente su juicio sobre las dudas en la identidad de la finca. Como ha declarado reiteradamente esta Dirección General en varias Resoluciones, como la de 12 de julio de 2023, las dudas registrales han de 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, que es lo que ocurre en el presente caso. El juicio de identidad del registrador no es arbitrario ni discrecional, sino que está motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, como ha exigido reiteradamente esta Dirección General en Resoluciones como la de 11 de abril de 2024, entre otras.

Resolución de 28-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Propiedad de A Coruña, número 2.

PARCELACIÓN DE FINCAS POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.

Es necesario aportar algún título administrativo que implique el reconocimiento de la administración de que han transcurrido los plazos de reposición de la legalidad.

Esta Dirección General en su Resolución de 17 de octubre de 2014 reconoció la analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no sólo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, aplicable también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento, admitiendo la inscripción de una segregación practicada en el año 1974, por acompañarse una certificación administrativa en la que se manifestaba que «consta segregada con su configuración actual desde el catastro de 1986, no se ha podido localizar en los archivos municipales la Resolución de licencia, no obstante por el tiempo transcurrido la posible infracción estaría prescrita», añadiendo esta Dirección General que «no bastaría con constatar que haya prescrito la posible infracción, sino que es preciso que, además, no sea posible ya el ejercicio de potestades de protección de la legalidad urbanística que hubiera podido infringirse, ya que, como establece claramente el artículo 203 de la misma Ley [de Madrid], "las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística son independientes de las sanciones cuya imposición proceda por razón de la comisión de infracciones tipificadas en la presente Ley"».

Respecto al título administrativo habilitante de la inscripción, este Centro Directivo —vid. Resoluciones citadas en «Vistos»— ha estimado suficiente, la declaración administrativa municipal del transcurso de los plazos de restablecimiento de legalidad o su situación de fuera de ordenación o similar, conforme a la respectiva normativa de aplicación, lo que exige analizar caso por caso el contenido del documento municipal aportado, mas no puede ser identificado necesariamente con la licencia, legalización o la declaración de innecesariedad de licencia.

Resolución de 28-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Sanlúcar la Mayor, número 1.

OPCIÓN DE COMPRA: CONSIGNACIÓN PARA CANCELAR CARGAS POSTERIORES.

Se reitera la doctrina relativa a la posibilidad de cancelar cargas posteriores a la opción, pero consignando el precio pactado a disposición de los titulares de estas.

El derecho real de opción aparece regulado en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, en el que se establecen los requisitos para su válida constitución e inscripción, pero, sin embargo, no se regula su ejecución hipotecaria. Por ello, tradicionalmente y en doctrina de este Centro Directivo, se vino aplicando al desenvolvimiento registral del derecho de opción, de forma analógica, la regulación contenida en el artículo 175.6.ª del Reglamento Hipotecario. La cancelación de cargas posteriores viene impuesta por aplicación del artículo 79 de la Ley Hipotecaria, como consecuencia de la extinción del derecho gravado, y es la consignación o el depósito del precio lo que permite cancelar el derecho de los titulares regístrales posteriores prescindiendo de su consentimiento, el cual sería en otro caso necesario conforme a los artículos 82 y 83 de la Ley Hipotecaria.

Inicialmente, la doctrina de esta Dirección General exigía que el depósito o consignación del precio fuera «íntegro» (cfr. Resolución de 11 de junio de 2002) sin admitir ninguna deducción del precio. Sin embargo, en Resoluciones posteriores (cfr. Resolución de 10 de diciembre de 2019) la doctrina de este Centro Directivo ha experimentado una flexibilización en cuanto al carácter íntegro de la consignación del precio, permitiendo ciertas deducciones del importe del mismo como pudieran ser: la deducción de la prima de la opción; de las cantidades satisfechas con anterioridad por el concepto de alquiler en el supuesto de arrendamiento con opción de compra; también se ha admitido la deducción del importe de cargas anteriores al derecho de opción, asumidas por el optante conforme al artículo 118 de la Ley Hipotecaria; e incluso se ha excluido la necesidad de compensación en el caso de que el pago del precio se hubiera pactado como compensación de deuda previa, siempre que la opción no encierre un pacto comisario. Ahora bien, exige en estos supuestos que las posibles deducciones, compensaciones o imputaciones estén pactadas en escritura y debidamente inscritas en el Registro de la Propiedad para su conocimiento por parte de terceros adquirentes.

Por tanto, conforme a la doctrina de este Centro Directivo reseñada más arriba, la cual «ha reconocido la posibilidad de cancelación de las cargas posteriores sin proceder a la correspondiente consignación del precio cuando no proceda pago alguno en el momento de la compraventa según lo convenido en la escritura de concesión del derecho de opción y reflejado en el asiento registral», en el presente caso en el que sí se efectúa un pago a la parte vendedora en el momento de la compraventa y no se consigna a disposición de los titulares de los gravámenes posteriores cuya cancelación se pretende, la nota de calificación registral ha de ser confirmada.

Resolución de 28-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Propiedad de Lleida, número 1.

PACTO DE RESERVA DE DOMINIO: NATURALEZA JURÍDICA.

Considerando la naturaleza jurídica del pacto de reserva de dominio, no cabe su cancelación por caducidad como si fuera una condición resolutoria.

La naturaleza jurídica del pacto de reserva de dominio ha sido de objeto de una larga y tradicional discusión (vid. Resolución de 12 de mayo de 2010), destacando, por haber sido acogida por la doctrina del Tribunal Supremo aquella postura que la asimila a una condición suspensiva, por cuanto se suspende la transmisión del dominio hasta el momento del completo pago del precio. Esta asimilación, que hay que enmarcar en la decidida voluntad del Tribunal Supremo de no dejar desamparado al comprador, tiene por tanto más que ver con la aplicación de las normas de protección previstas para tal supuesto por el ordenamiento jurídico que con una afirmación técnica de identidad entre el pacto y la condición.

El principio de autonomía de la voluntad es una piedra angular de nuestro sistema jurídico que en el ámbito patrimonial ha permitido y permite la adaptación de instituciones de indudable contenido tradicional a las demandas de una

sociedad globalizada, interconectada e interdependiente. Por este motivo no pueden compartirse las afirmaciones del recurrente según las cuales el pacto contenido en la escritura de compraventa otorgada por la causante no es más que una condición o causa resolutoria de las contempladas en el artículo 1504 del Código Civil. En el supuesto de compraventa con precio aplazado y pacto de reserva de dominio, el comprador adquiere la posesión de la cosa y no puede enajenarla ni gravarla (artículo 4 de la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles), estando limitada la acción de sus acreedores a la posición jurídica adquirida (vid. regla decimoquinta de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de diciembre 2002). El vendedor por su parte, pese a conservar el dominio, está limitado por el derecho del comprador y sólo puede disponer de su derecho respetando su posición jurídica como sólo puede ser embargado su derecho en los mismos términos.

Por los precedentes razonamientos no podría accederse a la cancelación, por caducidad, de la reserva de dominio como pretende el recurrente, pues no se trata de una condición resolutoria (además, es una pretensión que no se ha formulado en el título presentado ni ha sido objeto de calificación —vid. artículo 326 de la Ley Hipotecaria—).

Resolución de 28-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 7.

CONCURSO DE ACREEDORES: VENTA DE BIENES CON PRIVILEGIO ESPECIAL.

En caso de venta de bienes con privilegio especial sin subsistencia de la hipoteca será necesario mandamiento judicial para cancelarla, acreditándose la debida intervención del acreedor hipotecario en el procedimiento.

Con carácter previo, y en relación con el primer defecto recurrido, 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.

Es evidente que, a partir del 1 de septiembre de 2020, fecha de entrada en vigor del texto refundido de la Ley Concursal de 2020, éste será la norma aplicable a los procedimientos concursales que se inicien con posterioridad a esa fecha. Finalmente, el texto refundido ha sido reformado, a su vez y en profundidad, por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. De acuerdo con su disposición transitoria primera, los concursos declarados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley (26 de septiembre de 2022) se regirán por la legislación anterior; pero, por excepción, se regirá por la nueva ley la liquidación de la masa activa cuya apertura hubiera tenido lugar después de su entrada en vigor.

No resultando del expediente la existencia de reglas especiales de liquidación, el artículo 421 del texto refundido de la Ley Concursal dispone que el administrador concursal realizará los bienes y derechos de la masa activa del modo más conveniente para el interés del concurso, sin más limitaciones que las establecidas

en los artículos siguientes y en el Capítulo III del Título IV del Libro Primero. Concretamente, respecto de las especialidades en materia de enajenación de bienes y derechos con privilegio especial, en artículo 210 del texto refundido de la Ley Concursal dispone en relación con la realización directa de los bienes hipotecados que: «1. En cualquier estado del concurso, el juez podrá autorizar la realización directa de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial (…) 4. Concedida la autorización judicial, las condiciones fijadas para la realización directa se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien o derecho afecto y, si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentase en el juzgado mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes determinando la fianza que hayan de prestar para participar en ella». De estos artículos resulta, primero, que la enajenación directa de una finca hipotecada en el procedimiento concursal exige bien autorización judicial directa en la fase común (artículo 210 del texto refundido de la Ley Concursal) o bien unas reglas de liquidación que así lo autoricen (artículos 415 y 423.1 del texto refundido de la Ley Concursal); y que, en todo caso, para la enajenación de bienes afectos a créditos con privilegio especial con subsistencia del gravamen, será preciso autorización judicial (artículos 212 y 225 del texto refundido de la Ley Concursal).

Se puede concluir que constituyendo el concurso de acreedores una ejecución, aunque universal, e implicando un acto de liquidación del patrimonio del concursado, es imprescindible, para poder inscribir la transmisión de cada finca a favor del adquirente o adjudicatario, la cancelación simultánea y expresa de todas las cargas de contenido económico que las gravaren y, singularmente de las hipotecas que recayeran sobre las mismas (artículos 225 del texto refundido de la Ley Concursal, 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 132 de la Ley Hipotecaria), no siendo suficiente para ello la mera manifestación, del acreedor o de la autoridad judicial, de que ha sido reembolsado. Esta cancelación de la hipoteca, en el ámbito del concurso de acreedores, será posible, en primer lugar, si el acreedor hipotecario consiente expresamente en ella, por sí o debidamente representado, en escritura pública, sea ésta la misma escritura de transmisión o una específica de cancelación. También será posible la cancelación de la hipoteca si se presenta, junto con la escritura de enajenación, mandamiento de cancelación de cargas del juzgado mercantil, donde se inserte la resolución del juez del concurso, que deberá ser firme (artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en la que acuerde la cancelación y donde se exprese, en relación con los acreedores privilegiados cuya garantía se cancele, la intervención que hayan tenido en el procedimiento y el destino dado al precio obtenido en la transmisión, es decir, se han respetado los derechos del acreedor con privilegio especial; y que se ha pagado o consignado el precio del bien a su favor.

Ninguna de estas circunstancias concurren en el supuesto objeto de este recurso, pues ni se aporta mandamiento de cancelación de cargas, ni el acreedor hipotecario ha comparecido en la escritura de transmisión a prestar su consentimiento cancelatorio. Por otra parte, el denominado certificado de «cancelación económica», que se incorpora a la escritura de transmisión, carece de eficacia a efectos registrales.

Resolución de 28-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 38.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LICENCIA.

Se analizan los requisitos administrativos exigibles para una división horizontal.

En los supuestos de división o segregación de fincas (con el concepto legal visto), de acuerdo con el artículo 26.1 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, la exigencia de licencia o autorización administrativa vendrá determinada por la Ley aplicable; tratándose de complejos inmobiliarios del artículo 26.6 del citado Real Decreto Legislativo 7/2015, así como en los supuestos regulados en el artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal, la exigencia de autorización administrativa viene impuesta por la legislación del Estado, como se deduce de la disposición final decimonovena de la Ley 8/2013 y la disposición final segunda del Real Decreto Legislativo 7/2015. Las normas sustantivas aplicables en este caso son el artículo 151 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, que dispone que requerirán, para su lícito ejercicio, licencia, orden de ejecución o declaración responsable urbanística, en los términos establecidos en la misma ley.

Desde la perspectiva del artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal, aplicable por ser legislación del Estado, debe entenderse que proporciona plena cobertura legal al artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Este precepto es claro al exigir para inscribir los títulos de división horizontal que no pueden constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite mediante nueva licencia que se permite mayor número.

La legislación de la Comunidad Autónoma de Madrid, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones autonómicas (vid. «ad exemplum» el artículo 137.1 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, o el artículo 187.1.k) del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña), no sujeta la división horizontal, como operación específica, a licencia de forma expresa. Sin embargo, en el ámbito de la legislación sustantiva madrileña, resulta exigible licencia a efectos de inscripción cuando la división horizontal de las edificaciones se configure de tal modo que pueda suponer un acto equiparado a los «actos de parcelación, segregación y división de terrenos, en cualquier clase de suelo», a tenor del referido artículo 152. Solo 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.

Puede afirmarse que en el presente supuesto se trata de un acto propiamente edificatorio que registralmente se traduce en la división horizontal y, por tanto, definición de diferentes elementos susceptibles de aprovechamiento y tráfico independiente. Dicho supuesto se encuentra expresamente contemplado en el apartado primero del artículo 10, letras d) y e), y en el apartado tercero del mismo artículo, así como en el artículo 26.6 de la Ley de Suelo estatal, dictados en el ámbito de las competencias del Estado. Es decir, como afirma la reciente Resolución de 25 de marzo de 2024 estos preceptos legales confirman la necesidad, a efectos registrales, del cumplimiento de los dos requisitos que se vienen repitiendo, y de los que se infiere, respecto del primer requisito, que la realización de estos actos urbanísticos necesita, como título habilitante, la correspondiente declaración responsable urbanística junto con el acto de conformidad expreso del Ayuntamiento que corresponda.

Por lo expuesto, en el presente caso, de conformidad con los artículos 10.3 de la Ley sobre propiedad horizontal y 26.6 de la Ley de Suelo estatal, para la inscripción de la división horizontal de los elementos descritos en la escritura calificada es preciso acreditar la licencia urbanística o el acto expreso de conformidad administrativa con la actuación declarada, a menos que mediante certificado de técnico competente se acredite que el número y características de los elementos resultantes sean los que resulten de la licencia de obras que autorizó la construcción de la edificación, por tratarse de un supuesto legal de excepción.

Resolución de 28-6-2024
BOE 17-7-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 38.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LICENCIA.

Se analizan los requisitos administrativos exigibles para una división horizontal.

En los supuestos de división o segregación de fincas (con el concepto legal visto), de acuerdo con el artículo 26.1 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, la exigencia de licencia o autorización administrativa vendrá determinada por la Ley aplicable; tratándose de complejos inmobiliarios del artículo 26.6 del citado Real Decreto Legislativo 7/2015, así como en los supuestos regulados en el artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal, la exigencia de autorización administrativa viene impuesta por la legislación del Estado, como se deduce de la disposición final decimonovena de la Ley 8/2013 y la disposición final segunda del Real Decreto Legislativo 7/2015. Las normas sustantivas aplicables en este caso son el artículo 151 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, que dispone que requerirán, para su lícito ejercicio, licencia, orden de ejecución o declaración responsable urbanística, en los términos establecidos en la misma ley.

Desde la perspectiva del artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal, aplicable por ser legislación del Estado, debe entenderse que proporciona plena cobertura legal al artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Este precepto es claro al exigir para inscribir los títulos de división horizontal que no pueden constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite mediante nueva licencia que se permite mayor número.

La legislación de la Comunidad Autónoma de Madrid, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones autonómicas (vid. «ad exemplum» el artículo 137.1 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, o el artículo 187.1.k) del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña), no sujeta la división horizontal, como operación específica, a licencia de forma expresa. Sin embargo, en el ámbito de la legislación sustantiva madrileña, resulta exigible licencia a efectos de inscripción cuando la división horizontal de las edificaciones se configure de tal modo que pueda suponer un acto equiparado a los «actos de parcelación, segregación y división de terrenos, en cualquier clase de suelo», a tenor del referido artículo 152. Solo 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.

Puede afirmarse que en el presente supuesto se trata de un acto propiamente edificatorio que registralmente se traduce en la división horizontal y, por tanto, definición de diferentes elementos susceptibles de aprovechamiento y tráfico independiente. Dicho supuesto se encuentra expresamente contemplado en el apartado primero del artículo 10, letras d) y e), y en el apartado tercero del mismo artículo, así como en el artículo 26.6 de la Ley de Suelo estatal, dictados en el ámbito de las competencias del Estado. Es decir, como afirma la reciente Resolución de 25 de marzo de 2024 estos preceptos legales confirman la necesidad, a efectos registrales, del cumplimiento de los dos requisitos que se vienen repitiendo, y de los que se infiere, respecto del primer requisito, que la realización de estos actos urbanísticos necesita, como título habilitante, la correspondiente declaración responsable urbanística junto con el acto de conformidad expreso del Ayuntamiento que corresponda.

Por lo expuesto, en el presente caso, de conformidad con los artículos 10.3 de la Ley sobre propiedad horizontal y 26.6 de la Ley de Suelo estatal, para la inscripción de la división horizontal de los elementos descritos en la escritura calificada es preciso acreditar la licencia urbanística o el acto expreso de conformidad administrativa con la actuación declarada, a menos que mediante certificado de técnico competente se acredite que el número y características de los elementos resultantes sean los que resulten de la licencia de obras que autorizó la construcción de la edificación, por tratarse de un supuesto legal de excepción.

Resolución de 2-7-2024
BOE 23-7-2024
Registro de la Propiedad de San Javier, número 2.

HERENCIA: PARTICIÓN REALIZADA POR CONTADOR PARTIDOR.

En el caso de partición realizada por contador partidor no es necesaria la aprobación judicial.

Reiteradamente ha afirmado este Centro Directivo —cfr. Resoluciones de 27 de diciembre de 1982, 19 de septiembre de 2002, 21 de junio de 2003, 13 de octubre de 2005, 20 de julio de 2007, 10 de enero de 2012, 18 de junio de 2013, 4 de octubre de 2017, 28 de febrero de 2018, 13 de septiembre de 2021 y 11 de enero y 5 de septiembre de 2023, entre otras— que la partición realizada por el contador-partidor no requiere el consentimiento de los herederos, aunque sean legitimarios, siempre que actúe dentro de sus funciones (funciones que se concretan en la «simple facultad de hacer la partición» —cfr. artículo 1057 del Código Civil—).

Precisamente, como consecuencia de la autoría particional que corresponde en exclusiva al contador-partidor testamentario y de que se trata de una partición unilateral efectuada por éste, a diferencia de lo que ocurre en la partición convencional (cfr. 1058 del Código Civil) ningún heredero, ni por sí ni por otro, actúa como otorgante del negocio o acto partitivo. Por ello, aunque estén interesadas en la sucesión personas sujetas a patria potestad, tutela o curatela (en terminología del Código Civil, en su redacción vigente antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021), no surgen en el curso de la partición conducida por el contador-partidor supuestos de actuaciones sujetas a control o refrendo judicial, hipótesis que se limitan a los casos de actuación de un representante legal —sea tutor, curador o defensor judicial— como parte otorgante de un acto particional en nombre de un «alieni iuris». Esta consideración aparece confirmada por el propio artículo 1057, párrafo tercero, del Código Civil.

Por lo demás, la jurisprudencia no ha exigido que esa citación a los representantes legales fuera fehaciente (vid., la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1984, entre otras citadas por ésta). Y esta Dirección General ha estimado suficiente, a efectos de la inscripción en el Registro, la sola manifestación del contador-partidor en la propia escritura de partición sobre el cumplimiento de tal requisito. En ella consideró suficiente que se especificara únicamente la identidad del legal representante y que «debe indicar nominalmente quiénes han sido citados y, en su caso, en qué concepto, a fin de hacer posible la apreciación de cumplimiento de lo previsto en el artículo 1.057-3.º del Código Civil, sin que sea suficiente la mera afirmación genérica de que se ha cumplido dicho trámite». Puede afirmarse que tampoco puede haber riesgo real de conflicto derivado de que alguno de ellos represente (en el acto partitivo) los intereses de otros, pues como ya se expresó, tal eventualidad queda descartada por la actuación unilateral del contador-partidor. El único conflicto posible es el que eventualmente pueda tener el propio contador con los restantes (o alguno de ellos) interesados en la partición hereditaria.

En el presente caso, en la realización del inventario de los bienes de la herencia por el contador-partidor, el requisito de la citación a los respectivos tutores

de dos de los herederos no puede equipararse a su intervención en una partición convencional por los herederos. Por ello, no es necesaria la aprobación judicial posterior a que se refiere el artículo 272 del Código Civil.

Resolución de 8-7-2024
BOE 23-7-2024
Registro de la Propiedad de Castropol.

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE INMATRICULACIÓN: FALTA TÍTULO TRASLATIVO HÁBIL.

No constituye título suficiente para sustentar un expediente de dominio de inmatriculación una escritura de herencia que no se ajusta a los requisitos derivados del Código Civil.

La registradora deniega la inmatriculación, en esencia, porque el título de propiedad aportado no es título material hábil para transmitir el dominio al promotor del expediente debido a diversos defectos. En primer lugar, tiene razón al señalar que en la escritura de herencia solo comparece y concurre como único adjudicatario el promotor del expediente, sin hacerse alusión alguna al resto de legitimarios y que, en cuanto a la facultad para el pago de la legítima en metálico, no se cumplen estrictamente los requisitos legales como protección de los derechos de los legitimarios.

No se cuestiona en la calificación que esta partición esté sujeta a las reglas establecidas en los artículos 841 y siguientes del Código Civil, sino que se exige que, se cumplan los requisitos exigidos por esos preceptos para la efectividad del ejercicio de esta facultad. Teniendo en cuenta que la apertura de la sucesión se produce el día 8 de febrero de 1997, esto es, posterior a la reforma de 13 de mayo de 1981, resulta plenamente aplicable la normativa vigente en cuanto a la facultad de pago de legítima en metálico. Conforme lo previsto por el artículo 844 del Código Civil, la decisión de pago en metálico no producirá efectos si no se comunica a los perceptores en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión y el pago deberá hacerse en el plazo de otro año más, salvo pacto en contrario. El segundo requisito deviene del artículo 843 del Código Civil, según el cual, salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, la partición así hecha requerirá aprobación por el letrado de Administración de Justicia o notario.

Distintas de la partición hecha por el testador son las denominadas normas para la partición o normas particionales, por las que aquél expresa su voluntad respecto de la adjudicación de determinados bienes en pago de la cuota hereditaria de los herederos en la partición que habrá de realizarse. En estos casos el título de adjudicación haría tránsito de una pretendida partición del testador a una partición que deberán realizar todos los herederos y no un solo grupo de ellos, teniendo en cuenta, eso sí, las normas particionales del testador que son obligatorias y vinculantes en tanto en cuanto no perjudiquen la legítima (vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2009, entre otras). Por ello, no se evita la existencia de la comunidad hereditaria. Para determinar si las disposiciones del testador comportan propiamente la partición de la herencia o se trata, más

bien, de normas particionales deben ser interpretadas adecuadamente tales disposiciones. Por los anteriores razonamientos, para admitir que el testador pretendió realizar la partición de su herencia no podría ser obstáculo —sin más— el hecho de que no manifestara expresamente que se trata de un testamento particional; tampoco que puedan existir otros bienes al tiempo del fallecimiento de la testadora o el hecho de que no haya avalúo de bienes ni coincidan los valores de los bienes adjudicados con las cuotas en que —respecto del remanente— han sido instituidos los herederos (pues, como ha quedado expuesto, en la partición hereditaria por la testadora prevalece lo dispositivo de modo que no proceden los complementos por diferencias de valor, salvo que el testador disponga lo contrario); y, asimismo, la circunstancia de que no haya referencia a la liquidación de deudas o manifestación sobre ellas. En definitiva, el núcleo de la cuestión planteada reside en la interpretación de la voluntad del testador, pues, a pesar de las referidas circunstancias, debe dilucidarse si pretendió otorgar un testamento de contenido particional, al menos en cuanto a los bienes relacionados en él, o fijar determinadas instrucciones para la ulterior partición.

Resolución de 8-7-2024
BOE 23-7-2024
Registro de la Propiedad de Aguilar de la Frontera.

BIENES PRIVATIVOS: PACTO DE ATRIBUCIÓN DE PRIVATIVIDAD.

Para que el pacto de atribución de privatividad a un bien sea inscribible es necesario que exprese la causa onerosa o gratuita.

La sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico-matrimonial, de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado según el cual se hacen comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia. La regulación que del régimen económico matrimonial contiene el Código Civil se caracteriza por un marcado principio de libertad que se manifiesta, entre otros, en los artículos 1315 (libertad en la determinación del régimen económico), 1325 (libertad en cuanto a su estipulación, modificación o sustitución), 1328 (libertad de pacto en tanto las estipulaciones no sean contrarias a las leyes o las costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge) y 1323 (posibilidad de transmitirse los cónyuges por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos), sin más limitaciones que las establecidas en el mismo Código (cfr. artículo 1315). El propio artículo 1355 —al permitir que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, con independencia de cuál sea la procedencia y la forma y plazos de satisfacción del precio o contraprestación— se encuadra dentro de ese amplio reconocimiento.

Este Centro Directivo ha admitido que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado (cfr. Resoluciones de 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991, 30 de julio de 2018,

12 de junio y 17 de diciembre de 2020, 15 de enero de 2021 y 4 de julio y 30 de noviembre de 2022).

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto son perfectamente lícitas las siguientes opciones en relación con la sociedad de gananciales, y la situación jurídica de los bienes privativos, en lo que se refiere al ámbito registral: Primera.—Justificar indubitadamente el carácter privativo del bien. Si el bien es fungible, como ocurre con el dinero, dicha justificación debe realizarse siempre mediante prueba documental pública. Segunda.—Que un cónyuge confiese el hecho del carácter privativo de la contraprestación con la que se adquirió el bien por el otro cónyuge, con lo que se sujeta al régimen especial de los artículos 1324 del Código Civil y 95.4 del Reglamento Hipotecario. Tercera.—Que los cónyuges celebren un negocio jurídico de atribución de carácter privativo, pero dejando claramente expresada la causa onerosa o gratuita de dicho negocio.

Por ello, debe entenderse que los cónyuges, por pacto, están determinando el carácter privativo del bien comprado por la esposa, abstracción hecha de que no haya podido acreditarse el carácter privativo de dicho bien —mediante aplicación directa del principio de subrogación real— por faltar la 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 la onerosidad de ese negocio entre los cónyuges resulta de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura (en términos idénticos a los analizados en las Resoluciones de esta Dirección General de 12 de junio de 2020, 8 de septiembre de 2021 y 30 de noviembre de 2022, como afirma el recurrente), de modo que dicho negocio tiene, «erga omnes», carácter oneroso y así resultará de su inscripción en el Registro. Por lo demás, la atribución de privatividad tendrá efectos «ex nunc», de modo que no impide el ejercicio de las acciones que a los acreedores reconoce el artículo 1401 del Código Civil.

Resolución de 8-7-2024
BOE 23-7-2024
Registro de la Propiedad de Terrassa, número 5.

HERENCIA: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.

Se reitera la doctrina tradicional respecto a la interpretación de las disposiciones testamentarias.

Del artículo 675 del Código Civil (al que se refiere el recurrente), resulta el entendimiento de las cláusulas conforme al sentido literal de las palabras a menos que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. Este mismo criterio es el consagrado en el artículo 421-6, apartado 1, del Código civil de Cataluña («en la interpretación del testamento, es preciso atenerse plenamente a la verdadera voluntad del testador, sin haberse de sujetar necesariamente al significado literal de las palabras utilizadas»). Ciertamente el primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se debe establecer cuál es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias. El Tribunal Supremo ha hecho aplicación en numerosas ocasiones de la

prueba extrínseca, y señala la importancia del factor teleológico y sistemático con objeto de llegar a una interpretación armónica del testamento. Por su parte, la Resolución de la Dirección General de 26 de mayo de 2016 precisa y delimita algunos principios de interpretación: que ha de primar el criterio subjetivista, que busca indagar la voluntad real del testador, armonizando en lo posible las distintas cláusulas del testamento, y acudiendo con la debida prudencia a los llamados medios de prueba extrínsecos o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta, tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo en diferentes Sentencias; que debe prevalecer mientras tanto la interpretación favorable a la eficacia de la institución, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código Civil (cfr., por ejemplo, el propio artículo 767, y los artículos 715, 743, 773, 786, 792 y 793, así como, «ex analogía», el 1284), y que es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquél tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento.

En cuanto a quién puede realizar la interpretación de las disposiciones testamentarias, este Centro Directivo ha manifestado en la Resolución de 30 de abril de 2014, reiterada por muchas otras, que, en principio, la interpretación del testamento corresponde a los herederos, o en su caso al albacea o en su defecto a la autoridad judicial y que a falta de datos concluyentes que resulten del testamento, debe prevalecer la interpretación literal de sus cláusulas. Por lo tanto, siendo razonable una duda que está fundada en la omisión de datos esenciales en la descripción de inmuebles, la cuestión es si los datos omitidos son esenciales o no. La falta de identificación indubitada supone en sí misma duda sobre la identidad absoluta de la finca. Por ello, es suficiente para suspender la inscripción en tanto no se acredite fehacientemente la identidad cuestionada.

Resolución de 8-7-2024
BOE 23-7-2024
Registro de la Propiedad de A Coruña, número 2.

PUBLICIDAD FORMAL: INTERÉS LEGÍTIMO.

El registrador debe calificar la existencia de un interés legítimo en el peticionario de la información.

En primer lugar, conviene recordar que el objeto del recurso es exclusivamente la calificación negativa del registrador, sin que puedan tenerse en cuenta otros documentos que los que fueron presentados en tiempo y forma.

Igualmente, es doctrina reiterada y conocida de este Centro Directivo que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento, el contenido del Registro sólo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes y derechos inscritos y, por tanto, este interés se ha de justificar ante el registrador. En consecuencia, ante una solicitud de publicidad formal, el registrador, debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá

valorar la existencia de un interés legítimo, y, en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información. No cabe para la investigación privada de datos no patrimoniales si no es cumpliendo estrictamente con la normativa de protección de datos.

Y si bien es cierto que, como ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado (vid. Resolución de 14 de julio de 2016) en los casos en que el solicitante de la información sea el propio titular registral de la finca, el interés legítimo debe presumirse sin necesidad de más indagaciones respecto de todos los asientos relativos a su finca, ello no dispensa de la aplicación de la citada legislación en materia de protección de datos, debiendo por ello el registrador, como ha señalado la resolución de reciente cita, adoptar las debidas cautelas respecto de los datos personales de otras personas incluidos en los citados asientos, respecto de los cuales se ha de valorar igualmente la concurrencia de un interés legítimo por parte del solicitante en relación con la causa o finalidad a que responda la solicitud.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que el anuncio de interposición de acciones no es motivo suficiente por sí solo para entender que concurre interés legítimo si no se acompaña de un principio de prueba del que resulte la verosimilitud de la solicitud. En el caso que nos ocupa, el interesado alega que se han podido cometer irregularidades por parte del Registro de la Propiedad en la tramitación de un proyecto de reparcelación, ya que, según manifiesta el Ayuntamiento de A coruña ha perdido varías fincas que fueron registradas por otros que aparecen en los folios 19 y 20 del estudio realizado por el Ayuntamiento valoradas en más de 8 millones de euros. Ni de la documentación aportada al expediente ni del informe de la registradora resulta que exista algún expediente de disciplina urbanística ni de ningún otro tipo por lo que la mera sospecha de que se han producido irregularidades en el proyecto de reparcelación supone una cuestión que excede del objeto de este recurso, ya que como hemos apuntado anteriormente los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales.

Por tanto, no concurre interés legítimo en la información que solicita el recurrente de certificación literal de todo el historial de las fincas, a fin de saber si las adjudicaciones derivadas del proyecto de reparcelación son o no ajustadas a derecho y equivalentes a los derechos que se incluyeron dentro de la unidad de actuación, por lo que, debe confirmarse la calificación de la registradora.

Resolución de 8-7-2024
BOE 23-7-2024
Registro de la Propiedad de Valencia, número 2.

REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN.

Se reitera el alcance de la falta de acreditación del cumplimiento de las obligaciones fiscales.

Conforme al artículo 420 del Reglamento Hipotecario, como ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 3 de mayo, 20 de julio y 15 de septiembre de 2016, 17 de mayo y 4 y 12 de junio de 2018, 21, 22 y 28 de noviembre de 2019 y 9 de enero de 2020, y esta Dirección General de Seguri-

dad Jurídica y Fe Pública en Resoluciones de 5 y 16 de junio, 16 de septiembre y 26 de noviembre de 2020 y 3 de febrero, 15 de abril y 16 de junio de 2021, 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. En este sentido, el artículo 255 de la Ley Hipotecaria es claro, al señalar: «No obstante lo previsto en el artículo anterior, podrá extenderse el asiento de presentación antes de que se verifique el pago del impuesto; más en tal caso se suspenderá la calificación y la inscripción u operación solicitada y se devolverá el título al que lo haya presentado, a fin de que se satisfaga dicho impuesto».

En el supuesto de este expediente, debe tenerse en cuenta que la escritura calificada se ha presentado a autoliquidación ante la Administración Tributaria competente; acompañándose del ejemplar de la carta de pago, que fue autoliquidado el Impuesto e ingresadas las cantidades que figuraban en la citada autoliquidación, 2.587,50 euros según carta de pago del modelo 600. Sin embargo, existe un error material en ambos documentos en relación con el número de protocolo de la escritura de préstamo hipotecario en el que consta 1.841/2023 donde debería expresar 2.841/2023, que es el defecto que ha llevado a la registradora a suspender la inscripción. Se acompaña para de subsanar el defecto, solicitud de rectificación de errores presentada en la Agencia Tributaria Valenciana. Por lo tanto, a efectos de proceder a la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, teniendo en cuenta que, a pesar del error material, existen otras circunstancias del modelo 600, tales como, sujeto pasivo, transmitente y notario autorizante que coinciden con los de la escritura presentada, así como el valor declarado que coindice con la total responsabilidad hipotecaria, que permiten entender que ha quedado debidamente acreditada la liquidación del Impuesto y que además la Administración Tributaria ha tenido conocimiento de la existencia de dicho error material.

Resolución de 9-7-2024
BOE 23-7-2024
Registro de la San Lorenzo de El Escorial, número 2.

PROPIEDAD HORIZONTAL: CONSENTIMIENTO DEL TITULAR PARA CANCELACIÓN DE DERECHOS INSCRITOS.

La cancelación de la inscripción de la servidumbre no cabe mientras no se haya producido la renuncia de todos los titulares registrales.

Dividida horizontalmente la finca 7.336, resultaron de la misma las viviendas que son las fincas registrales 7.679 a 7.685 de Cercedilla, por lo que se requiere la renuncia de cada uno de los titulares de las mismas, sin perjuicio de que hechas las renuncias de algunas de ellas y extinguida la servidumbre respecto de esas, continúe respecto de los titulares de las otras cuya renuncia no se produjo. Pero, en cualquier caso, la cancelación de la inscripción de la servidumbre no cabe mientras no se haya producido la renuncia de todos los titulares registrales. Otra cosa sería el caso en el que la servidumbre hubiera sido constituida a favor de los integrantes de la comunidad como tal, conjuntamente, pero, en el presente

caso, lo ha sido «a favor de todas y cada una de las fincas que de la misma puedan resultar cuando fuera objeto de declaración de obra nueva y división horizontal».

Resolución de 9-7-2024
BOE 23-7-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 2.

CAMBIO DE USO: APLICACIÓN DEL ART. 28 DE LA LS.

Se reitera la doctrina sobre los requisitos para la inscripción de un cambio de uso de una edificación.

De la regulación legal resulta indubitado 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. De ello se sigue que la alteración del uso permitido implica una alteración del contenido del derecho de propiedad, de la propiedad misma. El control administrativo sobre si una edificación concreta y determinada puede ser objeto de un uso específico se lleva a cabo con carácter previo mediante la oportuna licencia de edificación y determinación de usos y posteriormente con la licencia de ocupación (u otro título habilitante) que tiene por objeto la verificación de que la edificación autorizada se ha llevado a cabo de acuerdo con, entre otros extremos, los usos previstos y aprobados.

Verificada la inscripción en el Registro de la Propiedad con unos usos determinados cuyo reflejo consta en la forma establecida en el artículo 45 transcrito, cualquier modificación que de los mismos se lleve a cabo exige nuevamente la aplicación de la norma sobre inscripción en el Registro de obras nuevas (vid. artículo 28, apartado 3, de la Ley de Suelo).El cambio de uso de la edificación es equiparable a la modificación de la declaración de obra inscrita, como elemento definitorio del objeto del derecho, y, por tanto, su régimen de acceso registral se basará en cualquiera de las dos vías previstas por el artículo 28 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, con independencia del uso urbanístico previsto en planeamiento y el uso efectivo que, de hecho, se dé a la edificación.

No obstante, en la reciente Resolución de esta Dirección General de 9 de abril de 2024, relativa a una escritura de declaración de obra antigua de habilitación de buhardilla como vivienda en el País Vasco, se afirmó que la aplicación del régimen registral sobre edificaciones previsto en el artículo 28 de la actual Ley de Suelo a la constatación registral del cambio de uso de inmuebles se condiciona a que tanto la normativa urbanística de aplicación como la jurisprudencia que la interpreta posibiliten la prescripción o caducidad de la acción de restablecimiento de legalidad respecto al uso. En el caso de la Comunidad de Madrid, en relación con los actos de cambio de uso la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid —cfr. Sentencias de 24 de julio de 2019 y de 4 de noviembre de 2022—, ha mantenido que el procedimiento previsto en el artículo 195 de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid, es aplicable tanto a los actos de edificación como a los actos de uso del suelo ya finalizados cuando tales actos o el uso se realicen sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones señaladas en ellas, siendo que en todos los supuestos —y, por tanto, también en los de privación o

cese del uso— el ejercicio de la potestad para el restablecimiento de la legalidad urbanística está condicionado a que se lleve a cabo por la Administración en el plazo de cuatro años desde la total terminación de las obras, tal como dispone el artículo 195.1 de la citada ley, de modo que el transcurso del referido plazo determina que la Administración municipal no pueda privar del uso del inmueble si éste no se opone al permitido en el planeamiento.

Respecto al cómputo del plazo de caducidad de cuatro años, establecido en el artículo 195.1 de la Ley 9/2011, del Suelo de la Comunidad de Madrid, la jurisprudencia venía entendiendo que el citado plazo de caducidad se iniciaba cuando las obras, dispuestas para servir el fin o el uso previsto, se demuestran mediante la aparición de signos externos que posibilitasen a la Administración conocer los hechos constitutivos de la infracción. Sin embargo esta doctrina ha sido revisada a partir de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de noviembre 2013, recurso 583/2012, llegando a la conclusión de que dicho plazo debe comenzar conforme a la presunción contenida en el artículo 196 de la Ley 9/2011, «esto es, el expresado plazo de caducidad comienza desde el momento, que incumbe acreditar al interesado, en el que las obras están dispuestas para servir al fin o al uso previsto, sin necesidad de ninguna actuación material posterior y sin que se precise la aparición de signos externos que revelen su ejecución, lo que supone un cambio en la doctrina que venía aplicando esta Sección». A tal efecto no resulta suficiente acreditar que el local en cuestión, total o parcialmente, ha venido dándosele un uso residencial, dado que tal uso bien pudo dársele sin que existiese acceso de vehículo, sin cubrición de la nave o sin la actualmente distribución en diversas dependencias, «pues es necesario, reiteramos, acreditar, no desde cuando se le viene dando un uso residencial a la nave industrial, sino cuando fueron llevadas a cabo y ejecutadas las concretas obras, no otras (…)» —cfr. sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de octubre de 2021—.

Como ha puesto de manifiesto este Centro Directivo (vid. la Resolución de 11 de junio de 2024), para que opere la prescripción no sólo se necesita acreditar desde cuándo está destinada a vivienda, sino cuándo fueron las últimas reformas llevadas a cabo que culminaron la obra, plazo a partir del cual se computa la prescripción; y además debe acreditarse, como también se ha afirmado, que ese uso no es contrario al planeamiento urbanístico, pues en otro caso no operaría la prescripción.

La Resolución de 25 de marzo de 2024 también señaló que la declaración responsable, en cuanto constituye una manifestación del interesado en la que afirma, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos legales y técnicos establecidos para la realización de una actuación urbanística determinada, sólo tiene eficacia para permitir al que la realiza el inicio de la actividad de que se trate, sin necesidad de esperar a un control administrativo previo o posterior, cuando la legislación aplicable así lo permita para esa concreta actividad. Ahora bien, cuando esa actuación urbanística trasciende al interesado a través de su acceso al Registro de la Propiedad, pasando a poder afectar a terceros (ej. posibles adquirentes del local cuyo uso se ha cambiado para el de vivienda, o de parte de un piso que ha sido dividido en varios), los cuales son ajenos a esa declaración responsable y a las manifestaciones que en ella se han vertido, la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario impone la necesidad, a efectos de inscripción registral, de la existencia de ese reiterado control administrativo de la misma.

Resolución de 9-7-2024
BOE 23-7-2024
Registro de la Propiedad de Madrid, número 2.

HERENCIA: CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO.

El certificado debe cumplir con los requisitos exigibles.

En el caso debatido, se presenta en el Registro de la Propiedad de Madrid número 2 un certificado sucesorio europeo. El certificado es ineficaz por transcurso del plazo previsto, puesto que la validez de la copia —el certificado circula siempre en copia— conforme al artículo 70 del Reglamento (UE) n.º 650/2012, es de seis meses, habiéndose expedido indebidamente por el plazo de un año y ya transcurrido el plazo legal de los seis meses es cuando es presentado en el Registro (vid. al respecto la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de julio de 2021, C-301/2020, VE and HC v. Vorarlberger Landes).

Por otra parte, el certificado como ha indicado reiteradamente este Centro Directivo (vid. Resolución de 6 de junio de 2024) debe venir acompañado por certificado de defunción. Desde el punto de vista formal los certificados de defunción aportados no cumplen los requisitos requeridos que conducen al certificado multilingüe del Convenio de Viena de 1980; al certificado conforme al Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012, o residualmente a su apostilla según Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961.

Por otra parte, existe una menor interesada, según consta en el certificado sucesorio. Su tratamiento, no se encuentra en el Reglamento (EU) n.º 650/2012, sino como ha indicado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —vid., por todas Sentencia de la Sala Sexta de 19 de abril de 2018, C— 565/2016 (Saponaro, KalliopiCholoi XYlina)— está en el Reglamento (UE) 2019/1111 Bruselas II ter [por la fecha de fallecimiento del causante en el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 —Bruselas II—], y consiguientemente en el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

Resolución de 9-7-2024
BOE 23-7-2024
Registro de la Propiedad de Oviedo, número 2.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No puede inscribirse una base gráfica si se acreditan dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

La registración de un exceso de cabida stricto sensu solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación

no se altera a realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados. El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso la calificación contiene la fundamentación necesaria relativa a las dudas de identidad, basadas en la oposición del colindante coherente con la descripción resultante del historial registral sustentada en documentación contradictoria, por lo que es reveladora de la existencia de un conflicto latente en la delimitación de las parcelas catastrales. Por tanto, constatado que existe una controversia, no sólo entre un titular registral y un titular catastral afectado, sino entre titulares registrales de fincas registrales colindantes acerca de su respectiva georreferenciación, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo, formulada en Resoluciones como la de 23 de mayo de 2022, entre otras, que estima justificadas las dudas del registrador sobre la identidad de la finca en un expediente del artículo 199, dada la oposición de dos colindantes que resultan no solo ser titulares catastrales de los inmuebles catastrales afectados en parte por la georreferenciación que pretende inscribir el promotor, sino también titulares registrales de las fincas colindantes, aunque no tengan inscrita en el Registro de la Propiedad su correspondiente georreferenciación.

Resolución de 9-7-2024
BOE 23-7-2024
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 2.

OBRA NUEVA: SEGURO DECENAL.

La exoneración del seguro decenal puede aplicarse en los caos de copropietarios, pero no será efectiva si al vender se pone de manifiesto que la vivienda no ha sido utilizada por ellos.

El seguro de daños o caución constituye una garantía con la que el legislador pretende tutelar a los adquirentes de viviendas frente a los daños materiales ocasionados por vicios o defectos de la construcción. Es el artículo 19.1 de la ley el que obliga a la constitución del seguro de daños materiales o seguro de caución, «para garantizar, durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructu-

rales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio». La ley impone al promotor la obligación de suscribir el citado seguro —cfr. artículo 9.2.d)—; obligación que, conforme a la disposición adicional primera, número uno, del mismo texto legal, es exigible, desde su entrada en vigor, «para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda».

Ahora bien, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dio nueva redacción a la disposición adicional segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación, añadiendo un nuevo párrafo a su número uno, para incorporar una excepción a la regla general de la obligatoriedad del seguro de caución antes referido, en «el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio».

En el supuesto de hecho a que se refiere este recurso no se plantea cuestión alguna sobre la concurrencia del requisito objetivo de la exoneración de la obligación de constitución del seguro decenal, pues se trata de una edificación integrada por una única vivienda unifamiliar. Por el contrario, y en lo que respecta al requisito subjetivo, el registrador niega tanto que la sociedad vendedora, cotitular registral, reúna la condición de autopromotor individual, como que haya quedado acreditada la utilización de la vivienda para uso propio. La acreditación del primer extremo de debate, como señala el recurrente, resulta en este punto improcedente. En efecto, la obra nueva fue declarada e inscrita en el año 2022, figurando como autopromotores individuales los dos titulares registrales, ahora vendedores (doña H. S. E. D. E. y la sociedad «Kogmot AB»), y se hizo constar en la inscripción únicamente la exigencia impuesta en la disposición adicional segunda de la Ley relativa a la necesidad de contratación del seguro decenal por el tiempo que reste para completar los diez años, salvo que el autopromotor, previa acreditación de haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma.

No obstante, y en relación con el requisito subjetivo, debe recordarse, sucintamente, que es doctrina reiterada de esta Dirección General que el concepto de autopromotor individual no debe ser objeto de interpretaciones rigoristas o restrictivas, sino que ha de interpretarse de forma amplia. Por ello, la Resolución de este mismo Centro Directivo de 16 de mayo de 2014 llegó a la conclusión de que el hecho de que una única vivienda familiar pertenezca en copropiedad a varias personas distintas no impide que puedan ser considerados como autopromotores individuales a estos efectos atendiendo a la finalidad de la norma.

La mera manifestación del promotorvendedor, como igualmente ha declarado este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 9 de julio de 2003 y 28 de octubre de 2004 y Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003), resulta insuficiente a los efectos de probar dicho uso propio en el momento de la enajenación de la vivienda, debiendo acreditarse entonces tal extremo mediante prueba documental adecuada, ya sea a través de un acta de notoriedad, certificado de empadronamiento, o cualquier otro medio de prueba equivalente admitido en Derecho. Ciertamente, los recurrentes reconocen que la utilización de la vivienda no se ha realizado (ni pretende realizarse) en exclusiva por los transmitentes, sino que, de forma temporal y con la finalidad de obtener un rendimiento económico, aquella está destinada a su uso por terceras personas a través de contratos de cesión temporal de uso, para lo que se obtuvo la pertinente licencia administrativa en el año 2019, lo que,

indudablemente, evidencia el incumplimiento del requisito impuesto por la disposición adicional segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación.

Resolución 9-7-2024
BOE 23-7-2024
Registro de la Propiedad de Monóvar.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No puede inscribirse una base gráfica si se acreditan dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

Respecto de la inscripción de la georreferenciación, 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».

En el presente caso, la registradora funda su nota de calificación en las alegaciones de las partes, que alegan invasión de finca colindante. A la vista de las georreferenciaciones alternativas de la finca objeto del expediente, aportada a la escritura calificada, y de la aportada por el colindante para fundar se alegación, se observa que el técnico de la finca objeto del expediente no ha ajustado el trazado norte del lindero a la línea superior al extremo del camino o servidumbre de paso, solapando parcialmente con la parcela catastral por el lindero norte, la cual se corresponde con la finca registral 31.179.

En el presente caso, las coordenadas de la superficie de la finca ocupada por la edificación se identifican y acreditan con el informe catastral de ubicación de construcciones. Y como ha declarado la Resolución de esta Dirección General de 29 de marzo de 2023, lo que ha de apreciar el registrador es que la superficie georreferenciada de la obra se ubica íntegramente dentro de la finca sobre la cual se declara la construcción. Además de la georreferenciación de la edificación, también es necesaria la de la parcela, para poder calificar que la edificación esté efectivamente ubicada en su integridad dentro de la parcela y no se extralimite de ella. Para ello no basta una simple comparación aritmética entre la superficie de la edificación y la de la parcela, sino que el registrador debe efectuar una comparación geométrica espacial que precise dónde está exactamente ubicada la edificación y que la ponga en relación con la delimitación geográfica de la parcela y de las colindantes. Ahora bien, para que el registrador pueda exigir que se le aporte la georreferenciación de la parcela, e incluso exigir la tramitación del expediente del art. 199, es preciso: primero, que tenga dudas acerca de la exacta ubicación de la edificación, en cuanto a si podría invadir fincas vecinas; y segundo, y dado que su juicio sobre este particular no puede ser arbitrario ni discrecional, habrá de mo-

tivar y fundamentar tales dudas; de lo contrario, es decir, si no ha justificado sus dudas y se ha limitado a pedir la georreferenciación de la parcela, su calificación negativa no puede mantenerse. Dudas que en el presente caso no se han emitido. Y ello porque la declaración de obra nueva no se contiene entre los supuestos enumerados en el párrafo primero del artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria, en los que la georreferenciación de la finca es circunstancia esencial de la inscripción.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 17-5-2024.
BOE 3-7-2024
Registro Mercantil de Valencia, número III

SOCIEDADES SUJETAS O NO A LA LEY DEL MERCADO DE VALORES.

SE REVOCA

Entendemos las empresas de servicios de inversión como aquellas en las que concurren en su actividad la triple condición, desarrollar la actividad de prestación de servicios o de inversión de forma profesional y en relación a terceros, referida a instrumentos financieros regulados en la LMV y adoptar alguna de las formas recogidas en la misma (sociedad de valores, agencia de valores, sociedad gestora de cartera o empresa de asesoramiento financiero).

No obstante, lo anterior, para que una sociedad de capital se encuentre sujeta a las exigencias de la Ley del Mercado de Valores es preciso que el objeto que constituya su actividad se acomode a sus previsiones sin que la mera referencia a actividades que pueden quedar cubiertas por la norma sea suficiente si dichas actividades no se llevan a cabo en los estrictos términos que la ley exige.

En el caso que nos ocupa se observa que la sociedad comprende entre sus actividades algunas que las que pueden constituir actividades sujetas a la Ley del Mercado de Valores pero no las somete a su regulación porque del título constitutivo resulta que las actividades descritas ni implican que se traten de actividades de inversión con relación a terceros y sujetas a la Ley del Mercado de Valores ni voluntad de sujetarse a su regulación.

No procede exigir una concreción de actividades cuando las relacionadas dentro del objeto social no implican la sujeción al tipo legal especial previsto en la normativa del mercado de valores ni existe indicio alguno de que las actividades puedan llevarse a cabo de modo que determine su sujeción a dicha norma.

Resolución de 17-5-2024.
BOE 3-7-2024
Registro Mercantil de Alicante, número IV

DEPÓSITO DE CUENTAS SIN INFORME DE AUDITOR CONSTANDO EN EL REGISTRO SOLICITUD DE NOMBRAMIENTO DE AUDITOR POR LA MINORÍA.

SE CONFIRMA

Constando en el RM solicitud de designación de auditor por la minoría, aunque este no se haya designado, no cabe el depósito de cuentas sin que se acompañe el informe de un auditor nombrado por el registrador mercantil, sin que quepa oponer que se acompaña informe por auditor nombrado voluntariamente por la sociedad, pero que no constaba previamente inscrito en el registro ni se acreditó haber entregado dicho informe al solicitante con anterioridad a la designación por el registrador mercantil.

Resolución de 21-5-2024.
BOE 3-7-2024
Registro Mercantil de Madrid, número XIII

NOMBRAMIENTO E INSCRIPCIÓN DE AUDITOR VOLUNTARIO CERRADO EL EJERCICIO SOCIAL Y DERECHO DEL MINORITARIO A SOLICITAR DESIGNACION DE AUDITOR.

SE REVOCA

La DG confirma su doctrina de que el derecho del socio minoritario que reconoce el art. 265.2 LSC no queda menoscabado por el hecho de que la sociedad no obligada a verificación contable haya designado, por medio de su órgano de administración un auditor voluntario siempre que dicho nombramiento sea debidamente inscrito en el Registro Mercantil ya haya sido antes o después del cierre del ejercicio social. Y sin perjuicio de que si un socio minoritario desea que sea la junta general de la sociedad no obligada a la que lleve a cabo el nombramiento de auditor voluntario antes del fin del ejercicio tiene el derecho a acudir a utilizar la vía de solicitar y obtener convocatoria de junta general en la que dicha cuestión se comprenda en el orden del día (art. 168 LSC).

Resolución de 4-6-2024.
BOE 3-7-2024
Registro Mercantil Central, número I

DENOMINACION SOCIAL: IDENTIDAD

SE CONFIRMA

La DG confirma la doctrina de que es necesario, además de garantizar la personalidad jurídica a las sociedades mercantiles se impone la necesidad de asignar un nombre que las identifique en el tráfico jurídico como sujeto de derecho. La identidad no tiene que ser total y absoluta, sino detectar elementos que puedan

inducir a error sobre la identidad de las sociedades, incluido a nivel fonético. Concretamente, las denominaciones sociales en relación con el concepto de identidad debe considerarse ampliado a lo que se llama "cuasi identidad" o "identidad sustancial".

En el caso que nos ocupa, se ha denegado la primera opción de denominación de una lista de denominaciones presentada al registro mercantil central al darse los requisitos exigidos de identidad con otra sociedad ya existente, pero si se ha admitido una segunda opción. El recurrente debería haber pedido aclaración al registro mercantil central en relación con la denegación de la primera denominación solicitada por ser dicho registro el encargado de gestionar y dar la publicidad de las denominaciones de sociedades de capital y otras entidades.

Resolución de 13-5-2024.
BOE 5-7-2024
Registro Mercantil de Pontevedra, número III

MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DEL OBJETO SOCIAL.

SE CONFIRMA

La supresión de actividades incluidas en el objeto social —en el caso que nos ocupa eliminan todas las actividades distintas del fútbol— debe ser considerada como una modificación sustancial de dicho objeto social (art. 346 LSC y Resolución de 29 de junio de 2022). Esto debe ser entendido aunque dichas actividades que han sido eliminadas del objeto social no hayan sido desarrolladas por la sociedad por lo que es necesario publicar la modificación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o comunicar por escrito a cada uno de ellos socios que no hayan votado a favor del acuerdo, y que se haga constar por los administradores que ningún socio ha ejercitado el derecho de separación dentro del plazo establecido o que la sociedad, previa autorización de la junta general, ha adquirido las participaciones sociales de los socios separados, o la reducción del capital social.

Resolución de 14-5-2024.
BOE 5-7-2024
Registro Mercantil de Madrid, número I

CONSTITUCION SOCIEDAD: PLAZO PARA LA APORTACIÓN DINERARIA.

SE REVOCA

La aportación dineraria que se lleva a cabo en entidad bancaria cuando se constituye una sociedad de responsabilidad limitada que se acredita con certificación bancaria debe constar que la fecha de ingreso de la cantidad dineraria está comprendida dentro de los dos meses anteriores a la fecha de escritura de la constitución.

En el supuesto que nos ocupa este requisito se cumple porque consta en la certificación caducada por un día un sello de la entidad con fecha posterior, por lo que debe entenderse renovada aquella.

Resolución de 28-5-2024.
BOE 5-7-2024
Registro Mercantil de Madrid, número XIII

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SOLICITUD DE PRESENCIA NOTARIAL. CIERRE REGISTRAL POR FALTA DEPÓSITO DE CUENTAS. LUGAR DE CELEBRACIÓN DE LA JUNTA.

SE CONFIRMA

La DG confirma la doctrina de que cuando la sociedad tiene inscrita una anotación preventiva de solicitud de presencial notarial de las reguladas en el art. 203.1 LSC respecto de la junta general exige que se presente con el título a inscribir el acta expedida por notario que ha estado presente en dicha junta, no concurriendo este requisito en el caso que nos ocupa porque se trata de acta elaborada por el secretario de la junta general y protocolizada ante otro notario el mismo día. (Sentencia del TS 561/2022 de 12 de julio de la Sala de lo Civil, Resoluciones de la DGSJFP de 8 de febrero y 4 de julio de 2022, entre otras)

No procede la inscripción por estar la hoja de la sociedad cerrada por falta de depósito de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2022 y no encontramos en ninguno de los supuestos regulados como excepción legal. (art. 282.2 LSC)

Finalmente, no puede ser considerada válida la celebración de una junta general y los acuerdos adoptados en ella cuando la convocatoria determina que la misma se celebra en el domicilio social y realmente se celebra en otro lugar, en el caso que nos ocupa, en un vehículo —aunque sea según comenta el recurrente, estacionado a la altura de dicho número del domicilio social.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

La ausencia de contacto del progenitor con el menor como causa de privación total de la patria potestad

The absence of contact of the parent with the minor as a cause of total deprivation of parental authority

por

ELENA FERNANDEZ DE LA IGLESIA*

Profesora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La privación de la patria potestad requiere que los progenitores *incumplan sus deberes* de forma grave y reiterada, así como *que sea beneficiosa para el hijo*.

La causa más frecuente de privación de patria potestad es la de ausencia de contacto del progenitor con el menor cuando no se ha interesado por su situación ni sus necesidades. El reconocimiento de un menor no exime automáticamente al progenitor de la posible privación de la patria potestad si este incumple gravemente sus deberes parentales.

Los incumplimientos del progenitor deben ser graves, reiterados y, prolongados en el tiempo, haciendo dejación total de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada, afectando a la relación paterno-filial de manera seria y justifica.

* 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.

La patria potestad es una función con un amplio contenido, no un mero título o cualidad, de ahí que se mantenga la incompatibilidad entre mantener la potestad y, a la vez no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la patria potestad. Su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo.

ABSTRACT. The deprivation of parental authority requires that the parents fail to comply with their duties in a serious and repeated manner, as well as that it be beneficial for the child.

The most frequent cause of deprivation of parental authority is the absence of contact between the parent and the minor when the parent has not been interested in their situation or their needs. The recognition of a minor does not automatically exempt the parent from the possible deprivation of parental authority if he or she seriously fails to fulfill his or her parental duties.

The parent's breaches must be serious, repeated and prolonged over time, causing a total abandonment of her functions, both emotionally and economically, and without justified cause, affecting the parent-child relationship in a serious and justifiable manner.

Parental authority is a function with a broad content, not a mere title or quality, hence the incompatibility between maintaining power and, at the same time, not exercising for the benefit of the child any of the duties inherent to parental authority. Its deprivation, whether temporary, partial or total, inevitably requires non-observance of those duties in a constant, serious and dangerous manner for the beneficiary and recipient of parental authority, the child.

PALABRAS CLAVE. Patria potestad. Privación. Incumplimiento de obligaciones paterno filiales. Recuperacion de la patria potestad.

KEYWORDS. Custody. Deprivation. Non-compliance with parental-filial obligations. Recovery of parental rights.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DEBERES GENÉRICOS DE LA PATRIA POTESTAD.—III. LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO CIVIL. EL LENGUAJE INCLUSIVO DEL ART. 170 CC.—IV. LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ Y LA PRIVACION DE LA PATRIA POTESTAD. A. Motivos para la privación de la patria potestad. *a. El abandono del menor: El incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia. b. El maltrato físico o psicológico. c. Otras causas*. B. Reconocimiento de hijos y posterior privación de patria potestad.—V. RECUPERACIÓN O REVERSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—VI. EFECTOS DE LA PRIVACION DE LA PATRIA POTESTAD.—VII. CONCLUSIÓN.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de comentario es la reciente STS de 20 de enero de 2024 centrada en el estudio de la privación de la patria potestad al padre que reconoció al niño en el momento de su nacimiento pero que, desde entonces, no ha mantenido ningún contacto con él, ni se ha interesado por su situación ni sus necesidades.[1]

En las dos instancias inferiores se ha desestimado la demanda de privación de la patria potestad interpuesta por la madre del niño contra el padre, que fue declarado en rebeldía en primera instancia y no se ha personado en ninguna de las instancias. Interpone recurso de casación la madre y ya adelantamos que va a ser estimado.

La privación de la patria potestad supone la pérdida de derechos y responsabilidades legales sobre el menor, incluyendo la toma de decisiones sobre su educación, salud y bienestar. No obstante, no exime a sus progenitores de las obligaciones económicas, tales como la obligación de proporcionar manutención al niño.

II. DEBERES GENÉRICOS DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad engloba al conjunto de derechos y deberes que tienen los padres respecto a sus hijos menores no emancipados y que se encuentran recogidos en el art. 154 CC. Su objetivo es la consecución del bienestar y desarrollo integral del menor. Y comprende los siguientes deberes y facultades:

El deber esencial derivado de la patria potestad, que además es la base de todos los demás, se centra en *velar* por los hijos.

Seguidamente, el Código establece la necesidad de *tenerlos en su compañía*, que se concreta en su custodia teniéndolos bajo su supervisión y vigilancia, con la finalidad de asegurar su seguridad y bienestar diario.

También se hace referencia a la *obligación de alojamiento* y de *alimentos*, esto es, de proveerles de una vivienda adecuada y una alimentación suficiente para el desarrollo físico y emocional del menor.

La obligación de *educación y formación integral* implica una educación escolar, formal adecuada, incluyendo no solo la inscripción, sino sobre todo la asistencia a la escuela. Pero también se refiere a la educación moral y social, lo que supone transmitir valores y normas de comportamiento que permitan al menor integrarse y desarrollarse positivamente en la sociedad.

Otra de las obligaciones nacidas de la patria potestad es la *representación legal* de sus hijos lo que supone actuar en nombre del menor, esto es, representarle en todos los actos jurídicos y administrativos hasta que alcance la mayoría de edad o la emancipación. También se refiere a la *obligación de administración de los bienes del menor,* esto es la gestión del patrimonio del menor de manera responsable y en su beneficio, sin perjudicar sus intereses futuros.

Derivado de los anteriores se encuentra la *obligación de la protección de la salud* del menor, donde se incluye la atención médica adecuada y la toma de decisiones informadas sobre su salud y tratamientos necesarios.

No obstante, la patria potestad puede ser limitada, suspendida o puede suponer la privación total por sentencia judicial en casos de incumplimiento grave de

los deberes parentales, como maltrato, abandono o incumplimiento de las obligaciones económicas y educativas.

La doctrina científica afirma que la *patria potestad* es una función con un amplio contenido, no un mero título o cualidad, de ahí que se mantenga la incompatibilidad entre mantener la potestad y, a la vez no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la patria potestad.

Como ejemplo del compendio de todas las facultades derivadas de la patria potestad, y de su privación la STS de 6 junio 2014, afirma que "la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 CC, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada"[2]

III. LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO CIVIL. EL LENGUAJE INCLUSIVO DEL ART. 170 CC

Según el art. 170 del Código Civil, en su redacción actual, señala que "*Cualquiera de los progenitores podrá ser privado total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.*

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación."

Así pues, está claro que el artículo 170 del Código Civil español hace referencia a la privación de la patria potestad de *cualquiera de los progenitores* por sentencia debido al incumplimiento de los deberes que éstos poseen. Aunque se trata de medida extrema y generalmente se toma en situaciones donde prima el interés superior del menor.

La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, en cuya disposición final primera, apartado 11, modificó el Código Civil, procediendo a la implementación del lenguaje inclusivo, redactando el art. 170, que anteriormente señalaba que "*El padre o la madre* podrán ser privados total o parcialmente de su potestad…"

Por imposición de la norma señalada, la privación requiere que los progenitores *incumplan sus deberes* (párrafo primero del art. 170) de forma grave y reiterada, así como *que sea beneficiosa para el hijo*, (párrafo segundo del art. 170).

Y, ello, porque la patria potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y que conlleva una serie de deberes personales y materiales en sentido amplio.

Por último, cabe destacar la necesaria interpretación restrictiva del art. 170 CC por la Jurisprudencia. Así se puede observar en la STS de 18 de octubre de 1996, que declaró que "la valoración de la realidad probatoria permite llegar a … no aparecer acreditado que el Sr. Paulino haya desatendido de forma grave

a su hija, al menos, en términos tales que *esa desatención hubiera supuesto una situación de comprobado riesgo y peligro en punto a la subsistencia económica e integridad física y espiritual de la hija*, y al no acontecer esto, *no resulta procedente y aconsejable la adopción de una medida tan drástica como es la privación de la patria potestad* a uno de los progenitores biológicos, sin que sea posible olvidar que en la actualidad la menor interesada tiene dieciséis años de edad."[3]

IV. LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ Y LA PRIVACION DE LA PATRIA POTESTAD

A la hora de declarar la privación o no de la patria potestad la discrecionalidad del juez es amplia. Será el Juez, quien caso por caso, determine si se recurre a ella o no siempre atendiendo al interés superior del menor. También será el juez quien declare la recuperación de la paria potestad

La STS de 5 de marzo de 1998[4] afirmó que la amplitud del contenido del artículo 170 CC y la variabilidad de las circunstancias *"exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación* [...] en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor [...]." Pues la patria potestad constituye un officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor, formulándose las causas de su privación en forma de cláusula general en el artículo 170 CC, requiriendo que se apliquen en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes.

Estas decisiones subrayan que *el Tribunal Supremo otorga una amplia discrecionalidad a los jueces para evaluar cada caso en particular, siempre priorizando el interés superior del menor, y reconocen la posibilidad de reversión de la privación de la patria potestad si cesan las causas que la motivaron y esto resulta beneficioso para el hijo*.

Cuestión que se concreta en la STS de 12 de febrero de 1992 que basa el análisis sobre el otorgamiento o no, a los abuelos de la custodia del nieto frente al padre, tras el fallecimiento de la madre, *atendiendo prioritariamente al interés del menor*, en que "el derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores y, dentro del mismo, el específico de la guarda y tutela de aquellos, incluidos entre los que se denominan derechos-función, por la especial naturaleza que les otorga su carácter social, viene a establecer que, en determinados supuestos, la falta de ejercicio temporal de la patria potestad o su ejercicio en forma no encaminada a la finalidad social que su institución comporta, pueda acarrear la extinción de tal derecho, siempre que concurran los requisitos que la Ley contempla y sea acordada por un organismo judicial, como así resulta del artículo 158 CC, según el cual, el juez, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará "las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del titular de la potestad de guarda", y del artículo 170 CC, a cuyo tenor, el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, sin que contra lo resuelto en el ejercicio de

esa facultad, proceda el recurso de casación, a no ser que se impugne la apreciación de las pruebas por error de hecho o de derecho."[5]

Y, lo mismo ocurre en la STS de 31 de diciembre de 1996, que establece que, aunque la patria potestad, por derecho natural y positivo viene otorgada a los progenitores, atendiendo a que integra en su función no sólo derechos sino muy principalmente deberes, puede en determinados casos restringirse, suspenderse e incluso cabe privar de la misma por ministerio de la ley, cuando su titulares, por una u otras razones no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para el descendiente, llegando a la solución más radical en el supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica, conforme prescribe el artículo 170 del código civil, que según interpretación doctrinal y jurisprudencial, *mas que una sanción al progenitor incumplidor implica un medida de protección del niño, y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo*, en cuanto la conducta de aquél, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación de dicho sujeto infantil.[6]

La STS de 5 marzo de 1998 reitera la línea jurisprudencial expuesta al señalar que la amplitud del contenido del art. 170 CC y la variabilidad de las circunstancias "exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación [...] en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor [...]."[7] Por tanto este interés del menor debe tenerse en cuenta a la hora de examinar si la privación de la patria potestad es conveniente o no para la menor. Interés que se ha visto potenciado y desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.

En la STS de 23 de mayo de 2005[8] se privó de la patria potestad a los padres biológicos de una menor entregada voluntariamente poco después de nacer a la Administración, para su cuidado como consecuencia de la imposibilidad del padre y de la madre para cuidarla, por tener ésta una enfermedad psíquica que se lo impide y que la incapacita, y él por necesidades laborales, no pudiendo tampoco, en principio, atenderla la familia externa. *Esa desatención real justifica la privación en aplicación del principio "favor filii*".[9]

Por otro lado, hay que tener en cuenta que cabe que el *régimen de comunicación y visitas* subsista tras la privación de la patria potestad, aunque esto dependerá de las circunstancias específicas del caso y de la decisión del juez. El Juez tendrá como consideración previa en cualquier decisión relacionada con la patria potestad y el régimen de visitas el interés superior del menor. Si el juez determina que mantener un régimen de visitas es beneficio para el menor, este puede mantenerlas incluso después de la privación de la patria potestad.

En cuanto a la determinación de la privación de la patria potestad hay que recordar que ésta *no exime al progenitor de la obligación de pagar la pensión de alimentos*. La obligación de proporcionar alimentos a los hijos es un deber inherente a la *relación paterno-filial* y *no está directamente ligada a la titularidad de la patria potestad*. Recordemos que el artículo 110 del Código Civil establece que "el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores de edad ya prestarles alimentos ".

A. Motivos para la privación de la patria potestad

La jurisprudencia ha sido la que ha determinado los motivos para que concurra la privación de la patria potestad.

a. El abandono del menor: El incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia.

La causa más habitual es la del *abandono del menor*. Abandono que tiene lugar cuando el padre o la madre, o inlcuso los dos, han dejado de ejercer sus deberes y responsabilidades hacia el niño sin causa justificada. Y por abandono, como vamos a ver en las sentencias que vamos a exponer a continuación, nos referimos tanto a que se desentienden por completo del cuidado del menor o cuando se desentiendan de su manutención.

L*a privación total o parcial de la patria potestad requiere la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia*. La STS de 24 de abril de 2000 señala que "la patria potestad es en el derecho moderno, y concretamente en nuestro derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39. 2 y 3 de la constitución ; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el artículo 3. 1 de la convención sobre los derechos del niño adoptada por la asamblea general de las naciones unidas el 20/11/1989 incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación".[10]

La STS de 1 de octubre de 2004, confirmaba una sentencia de privación de la patria potestad porque el padre sólo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó a su hija a la administración por no poder atenderla.[11]

La STS de 11 de octubre de 2004 confirmaba una sentencia de privación de la patria potestad porque el padre *sólo había pagado algunas mensualidades de pensión* y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó a su hija a la administración por no poder atenderla. [12] El padre no había cumplido con sus deberes de manera reiterada y no justificó adecuadamente su ausencia y falta de apoyo económico y emocional.

Posteriormente, la STS de 23 de mayo de 2005 establece que el mantener a la menor en la situación en que se encuentra (tutela pública y acogimiento preadoptivo por terceros), obliga, en atención al "favor filii", a mantener la Sentencia del Juzgado, anulando la de la Audiencia, con retirada de la patria-potestad a los padres, como consecuencia obligada.[13]

La sala de lo Civil del Alto Tribunal, en la sentencia de 23 de marzo de 2018 expone que "se fundamenta la privación de la patria potestad y, por ende, del régimen de visitas entre padre e hijo, en dos hechos: (i) la falta de comunicación alguna entre Justiniano y su padre en los últimos ocho años y (ii) en que éste no ha abonado puntualmente y voluntariamente los pensiones alimenticias establecidas en favor del niño, habiendo sido condenado penalmente por esa razón como autor de un delito de abandono de familia."[14]

La STS de 23 de mayo de 2019[15] justifica la privación de la patria potestad, así como la valoración del interés del menor consecuencia de la *calificación de graves y reiterados de los incumplimientos del progenitor, prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hijo, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada*, y todo ello desde que el menor contaba muy poca edad. Las circunstancias económicas del recurrente podrían justificar no pagar la pensión alimenticia fijada a favor del menor, en la cuantía señalada, pero nunca no pagar nada, con desatención total de su obligación. Todo ello ha provocado que quede afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica.

Criterio, que continua sin modificación en la actualidad como puede verse en la STS de 20 de enero de 2024[16] que privó de la patria potestad a un progenitor que, tras la ruptura con la madre durante el embarazo, reconoció su paternidad pero se *desentendió por completo del menor desde su nacimiento*. El tribunal consideró que mantener la patria potestad bajo estas circunstancias no beneficiaba al menor y generaba inseguridad jurídica.

Interpretación restrictiva de esta causa de privación de la patria potestad que se mantiene en la STS de 10 de noviembre de 2005, donde la actora demandó al padre de sus dos hijas, con el cual había estado conviviendo en unión de hecho durante cuatro años. El Tribunal estimó que *no se ha acreditado que se hubiera producido un incumplimiento grave de los deberes propios de la patria potestad* por el demandado por lo que no decretó la privación de la patria potestad.[17]

Sobre cuando debe determinarse el abandono y consiguientemente el otorgamiento de la medida de privación de la patria potestad, la jurisprudencia señala en la STS de 6 junio 2014 que el momento en que debe determinarse si el padre estaba o no incurso en causa de privación de la patria potestad es el de la *declaración de desamparo*. Pero también pone de manifiesto la existencia de la *doctrina contradictoria sobre el carácter estático o dinámico de la medida de privación de la patria potestad*, simplificando el problema sobre cómo y cuándo debe concurrir una causa de privación de la patria potestad, conforme al artículo 170 CC, y sin atender de una forma específica e individualizada al interés superior y preferente de un menor que se encontraba incurso en una situación de verdadero riesgo, abandono y desprotección, tanto material como moral, en el corto espacio de tiempo que convivió con sus padres.

Por último, concreta que "la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el art. 154 CC, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo…"[18]

No cabe alegar la causa de abandono o de incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, cuando el padre desconocía el paradero de la hija a causa de que la madre se lo había ocultado (STS de 27 noviembre de 2003)[19], o por no existir un incumplimiento reiterado (STS, de 11 octubre de 2004)[20]

b. El maltrato físico o psicológico

Otra de las causas de privación de la patria potestad se centra en *el maltrato físico o psicológico,* esto es, cualquier forma de abuso o violencia que ponga en peligro la integridad física o emocional del niño.

Estamos ante una medida extrema que los tribunales pueden adoptar para proteger a los niños de situaciones de grave peligro y abuso. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha abordado varios casos donde se ha aplicado esta medida, destacando la gravedad de los comportamientos que pueden llevar a dicha decisión.

Así por ejemplo, en los casos de *maltrato físico*, últimamente, la STS de 12 de febrero de 2021 impuso la privación de la patria potestad a un padre que había infligido maltrato físico reiterado a su hijo. El tribunal subrayó que el maltrato físico es una violación grave de los deberes parentales y que mantener la patria potestad en tales circunstancias pone en peligro el bienestar del menor.

Previamente, ya la STS de 9 de noviembre de 2015 confirmó la privación de la patria potestad a un padre por incumplir el pago de la pensión y el régimen visitas. La sentencia de instancia valoró que el padre, que había sido condenado por un delito de lesiones en el ámbito familiar en 2007, había incumplido sin causa justificada el régimen de visitas, fijado en el punto de encuentro.[21]

Interesante en la STS de 13 de enero de 2017 donde se amplia la posibilidad de *privar de la patria potestad al progenitor cuando infiere maltrato a la hermana, o incluso es autor de un delito de violencia de género*. Concretamente admite que el progenitor no reúne las características propias de un buen padre de familia, por lo que se afectaría gravemente el interés de su propio hijo si se permitiese el ejercicio de la patria potestad por quien es evidente que no está capacitado para el cumplimiento de las obligaciones de cuidado y respeto de un menor (art. 170 CC). Para *la privación de la patria potestad no es necesario que la agresión o incumplimiento de deberes tenga como sujeto pasivo directo al hijo, sino como se refiere en las sentencias citadas, también se puede inferir de la agresión a la madre o, como en este caso, a una hermana*. El maltrato en el ámbito de la violencia de género, aunque cometidos sobre personas diferentes al hijo del agresor, son circunstancias relevantes para justificar la privación de la patria potestad.[22]

En relación con la STS de 18 de mayo de 2017, cabe señalar que versa su supuesto de hecho sobre un progenitor que había sido condenado *por violencia doméstica, incluyendo actos de violencia física contra el menor.* El Tribunal Supremo decidió privar al progenitor de la patria potestad, destacando que el entorno violento no era adecuado para el desarrollo del niño y que el interés superior del menor exigía esta medida

Como ejemplos de *maltrato psicológico* nos encontramos con la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2019, que privó de la patria potestad a una madre que sometía a su hijo a continuas humillaciones y agresiones verbales. El tribunal consideró que el maltrato psicológico tenía un impacto devastador en el desarrollo emocional y mental del menor, justificando así la privación de la patria potestad.

La STS de 30 de noviembre de 2020 se involucró a un padre que ejercía un control psicológico excesivo sobre su hijo, incluyendo aislamiento social y manipulación emocional. El Tribunal Supremo concluyó que tales conductas consti-

tuían un incumplimiento grave de los deberes parentales y procedió a la privación de la patria potestad para proteger al menor.

c. Otras causas

En este epígrafe genérico, cabe señalar como causas que posibilitan la privación de la patria potestad, el *estar en prisión uno de los progenitores* como ocurre en la SAP de Araba/Álava, de 7 de septiembre de 2023.[23] Resolución que determina que el progenitor *no puede ejercer la patria potestad mientras esté en prisión*, por lo que resulta conveniente que la madre tenga el ejercicio exclusivo para poder decidir sobre las cuestiones que afectan al menor y que son importantes para su desarrollo emocional y educativo, privando al padre de la Patria Potestad.

O, la STS de la Sala 2ª de lo Penal de 17 de diciembre de 2015 que privó de la patria potestad a un padre que, tras ser condenado por un delito de lesiones en el ámbito familiar, no mantuvo contacto con su hija ni cumplió con las obligaciones impuestas en las sentencias previas. La falta de interés y el incumplimiento prolongado justificaron la medida adoptada por el tribunal.[24]

Otra de la causas son los *problemas de conducta o adicción: el alcoholismo o la drogadicción* afectan a la capacidad para cuidar del menor.

B. Reconocimiento de hijos y posterior privación de patria potestad

El artículo 110 del Código Civil establece que el reconocimiento de un hijo conlleva la obligación de alimentar y educar al menor. Reconocimiento que no exime automáticamente al progenitor de la posible privación de la patria potestad si este incumple gravemente sus deberes parentales.

El Auto del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2018 confirma la privación de la patria potestad a un progenitor que, tras reconocer a su hijo, mostró un total desinterés por el menor y no cumplió con sus obligaciones de manutención y cuidado. Se subraya que la mera formalidad del reconocimiento no es suficiente para mantener la patria potestad si no va acompañada del cumplimiento efectivo de los deberes parentales.[25]

La jurisprudencia del Tribunal Supremo respalda esta medida en situaciones donde el bienestar del menor está en riesgo debido a la negligencia o desinterés del progenitor reconocido. En estos casos, el tribunal siempre considerará el interés superior del menor como criterio principal para tomar su decisión.

V. RECUPERACIÓN O REVERSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

El padre o la madre puede solicitar la restitución de la patria potestad si las circunstancias han cambiado significativamente y pueden demostrar que ahora están en condiciones de cumplir con sus deberes parentales, lo cual puede incluir la *rehabilitación personal,* por ejemplo el tratamiento exitoso de problemas de adicción o de conducta; o, el *cumplimiento de sus obligaciones* de manutención

y contacto con el menor, las mejoras en la estabilidad (situación económica, social y emocional del progenitor), y, desde luego, el *interés superior del menor* que es primordial en todas las decisiones relacionadas con la patria potestad.

La STS de 5 de marzo de 1998 reconoce que la privación de la patria potestad puede ser revisada si cesan las circunstancias que la motivaron y si dicha recuperación es en el mejor interés del menor. La sentencia enfatiza que cualquier cambio debe ser significativo y comprobable.[26]

En el mismo sentido, la STS de 11 de octubre de 2004 establece que, aunque la privación de la patria potestad es una medida grave, puede revertirse si se acredita que las condiciones que justificaron la privación ya no existen y que la recuperación de la patria potestad contribuiría positivamente al bienestar del menor.[27]

Para la reversión es necesario que haya pruebas claras y contundentes de que el progenitor ha superado los problemas que llevaron a la privación. Y, por supuesto tener presente la importancia de evaluar siempre el impacto de tal cambio en el menor.

En los casos en los que los padres trabajen para rehabilitarse y recuperar la patria potestad, demostrando que han cambiado las condiciones que llevaron a la privación, cualquier intento de reunificación se realiza bajo la supervisión y autorización de un tribunal para asegurar el bienestar del menor.

VI. EFECTOS DE LA PRIVACION DE LA PATRIA POTESTAD

La privación de la patria potestad tiene varios efectos importantes tanto para los padres como para los hijos.

En cuanto a los padres, debemos hablar de la pérdida de derechos y responsabilidades que se concretan en la pérdida del derecho a la custodia y cuidado de sus hijos pudiendo ser los menores colocados bajo la tutela de otros familiares, o, en hogares de acogida, o, en instituciones tutelares. También los padres pierden la capacidad de tomar decisiones importantes en la vida de sus hijos, incluyendo decisiones sobre educación, salud, religión y otros aspectos fundamentales de su bienestar. La privación de la patria potestad puede restringir o eliminar el derecho de los padres a visitar y comunicarse con sus hijos.

En cuanto al menor, el principal objetivo de la privación de la patria potestad es su protección de situaciones de abuso, negligencia, explotación o cualquier otra forma de maltrato. Proveerle de un ambiente más seguro y estable, ya sea con otros familiares, tutores o en un entorno institucional adecuado.

Como ya se ha mencionado anteriormente, aunque los padres pierdan la patria potestad, en muchos casos, esto no los exime de sus responsabilidades económicas hacia los hijos, como el pago de la manutención. En idéntico sentido, los derechos sucesorios de los hijos generalmente no se ven afectados por la privación de la patria potestad.

Por último señalar que la privación de la patria potestad es una medida seria que se toma para proteger el interés superior del menor. Cada caso es único y las implicaciones pueden variar por eso tras la toma de la medida de privación, el progenitor que continue ostentando la patria potestad deberá actualizar los re-

gistros oficiales y legales para reflejar el cambio en la custodia y patria potestad, asegurando que las instituciones educativas, médicas y legales estén informadas.

VII. CONCLUSIÓN

Teniendo en consideración el conjunto de derechos y deberes que tienen los padres respecto a sus hijos menores no emancipados recogidos en el art. 154 CC que conforman la patria potestad, es sabido que la misma puede ser limitada, suspendida o puede suponer la privación total por incumplimiento grave de estos deberes parentales y entre ellos se encuentra el abandono o incumplimiento de las obligaciones económicas y educativas tal como hemos podido ver en el supuesto analizado amparado por el art. 170 CC.

Para poder llegar a la privación de la patria potestad, el Juez será quien la determine teniendo en cuenta el interés superior del menor habiéndose establecido por la jurisprudencia determinados motivos para que concurra la privación de la patria potestad entre los que se encuentra el abandono del menor por incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia. En el presente caso, la privación de la patria potestad tiene varios efectos importantes como pérdida del derecho a la custodia y cuidado de los hijos, pérdida de la capacidad de tomar decisiones importantes en la vida de sus hijos, la eliminación o restricción de las visitas y comunicaciones, aunque en muchos supuestos no se exime al progenitor privado de la patria potestad de sus responsabilidades económicas hacia los hijos como el pago de la manutención.

Es evidente que la privación de la patria potestad es una medida que otorga el Juez en cada caso particular haciendo uso de la amplia facultad discrecional de apreciación que se le concede con la intención de proteger el interés superior del menor.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 20 de enero de 2024. Nº de Recurso: 5504/2022. Nº de Resolución: 106/2024. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucan. Roj: STS 433/2024 — ECLI:ES:TS:2024:433. Id Cendoj: 28079110012024100115.
- STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 23 de mayo de 2019. Número Sentencia: 291/2019 Número Recurso: 3383/2018. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. Numroj: STS 1661:2019. Ecli: ES:TS:2019:1661.
- STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 23 de marzo de 2018. Número Sentencia: 171/2018 . Número Recurso: 2999/2017. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. Numroj: STS 965:2018. Ecli: ES:TS:2018:965
- STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 13 de enero de 2017. Número Sentencia: 14/2017 Número Recurso: 1148/2016. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 13:2017. Ecli: ES:TS:2017:13
- STS Sala 2ª de lo Penal. Sección: 1ª. Sentencia de 17 de diciembre de 2015. Número Sentencia: 805/2015 Número Recurso: 10498/2015. Ponente: Andrés Palomo del Arco. Numroj: STS 5456:2015. Ecli: ES:TS:2015:5456

- STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 9 de noviembre de 2015. Número Sentencia: 621/2015 Número Recurso: 1754/2014. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. Numroj: STS 4575:2015. Ecli: ES:TS:2015:4575.
- STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 6 de junio de 2014. Número Sentencia: 315/2014 Número Recurso: 718/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana.
- STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 10 de noviembre de 2005. Número Sentencia: 900/2005 Número Recurso: 1540/1999. Ponente: Clemente Auger Liñán.
- STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 23 de mayo de 2005. Número Sentencia: 384/2005 Número Recurso: 2046/2001. Ponente: Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.
- STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 11 de octubre de 2004. Número Sentencia: 998/2004 Número Recurso: 5226/1999. Ponente: José Almagro Nosete.
- STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Número Sentencia: 1127/2003 Número Recurso: 500/1998. Ponente: D. Alfonso Villagómez Rodil.
- STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 24 de abril de 2000. Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.
- STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 5 de marzo de 1998. Número Sentencia: 183/1998 Número Recurso: 506/1994. Ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes.
- STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 31 de diciembre de 1996. Número Sentencia: 1165/1996 Número Recurso: 1743/1993. Ponente: José Almagro Nosete.
- La STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 18 de octubre de 1996. Número Sentencia: 848/1996 Número Recurso: 1563/1990. Ponente: Alfonso Barcala Trillo-Figueroa. Numroj: STS 5661/1996. Ecli: ES:TS:1996:5661
- Auto de la TS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 18 de julio de 2018. Número Recurso: 726/2018. Ponente: Francisco Marín Castán. Numroj: ATS 8379:2018. Ecli: ES:TS:2018:8379A
- SAP de Araba/Álava, Sección: Primera, sentencia de 7 de septiembre de 2023. Número Sentencia: 1075/2023 Número Recurso: 633/2023. Ponente: María Mercedes Guerrero Romeo. Numroj: SAP VI 1003:2023. Ecli: ES:APVI:2023:1003.

IX. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA

- Código Civil
- Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. «BOE» núm. 51, de 01/03/2023.

NOTAS

[1] STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 20 de enero de 2024. Nº de Recurso: 5504/2022. Nº de Resolución: 106/2024. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucan. Roj: STS 433/2024 — ECLI:ES:TS:2024:433. Id Cendoj: 28079110012024100115

[2] STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 6 de junio de 2014. Número Sentencia: 315/2014. Número Recurso: 718/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. "El momento en que debe determinarse si el padre estaba incurso en causa de privación de la patria potestad es el de la declaración de desamparo."

[3] La STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 18 de octubre de 1996. Número Sentencia: 848/1996 Número Recurso: 1563/1990. Ponente: Alfonso Barcala Trillo-Figueroa. Numroj: STS 5661/1996. Ecli: ES:TS:1996:5661

[4] STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 5 de marzo de 1998. Número Sentencia: 183/1998 Número Recurso: 506/1994. Ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes.

[5] STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 12 de febrero de 1992. Ponente: Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa. Los abuelos maternos de un menor, aun no inscrito, interponen demanda frente al padre solicitando la custodia sobre su nieto. Los padres del menor habían sido condenados como autores de una falta por lesiones menos graves originadas en riña tumultuaria un año antes de que el pequeño naciera. Al año siguiente, los padres del menor se separan, concediéndose la custodia a la madre, con suspensión del derecho de visitas correspondiente al marido. A los pocos meses, la madre fallece, ostentando los abuelos actores la custodia provisional y de hecho del menor. En trámite de ejecución de la sentencia de separación, el padre del menor solicita la guarda y custodia del hijo, manifestando que no se oponía a la concesión de un derecho de visita y comunicación a los abuelos maternos. Los abuelos se oponen a esta petición.

El Alto Tribunal estima que en el presente procedimiento no se discute la existencia o supresión de la patria potestad que ostenta el padre, sino las medidas correctoras tendentes a evitar y prevenir abusos para el menor.

[6] STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 31 de diciembre de 1996. Número Sentencia: 1165/1996 Número Recurso: 1743/1993. Ponente: José Almagro Nosete.

[7] STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 5 de marzo de 1998. Número Sentencia: 183/1998 Número Recurso: 506/1994. Ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes.

El Juzgado considera que "el padre ha incumplido sus deberes legales" y que "ha satisfecho alimentos en algunas épocas". Dice el TS que el juzgado "parece justificar o centrar la no privación de la patria potestad y el interés de la niña en que "el padre ha satisfecho alimentos en algunas épocas", *como si el privarle totalmente de dicho derecho-deber, concebido como función, justificase el no pago de pensión en el futuro, lo que en modo alguno ocurre y se puede afirmar teniendo en cuenta que, según el artículo 110, el deber de prestar alimentos subsiste y que la recuperación de la patria potestad, cuando se ha privado de ella, solo puede acordarse "cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación"* (artículo 170.p.2º.)…"

Finalmente, el examen del informe del Equipo Psicosocial del Juzgado de Familia aconseja igualmente la privación de la patria potestad, pues que, como pone de relieve, el Sr. Luis nunca ejerció su derecho de visitas, que no reclama hasta que la Sra. María Esther inicia el pleito para privarle de la patria potestad…

[8] STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 23 de mayo de 2005. Número Sentencia: 384/2005 Número Recurso: 2046/2001. Ponente: Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares. Pretensión de privación definitiva de patria potestad ya suspendida por imposibilidad de atender al hijo por sus progenitores

[9] El TS estima en relación con el principio del interés superior del menor, mantenerle en la situación en que se encuentra (tutela pública y acogimiento preadoptivo por terceros), con retirada de la patria-potestad a los padres, como consecuencia obligada.

[10] STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 24 de abril de 2000. Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Señala la sentencia que "el acierto de la juzgadora de primera instan-

cia … que se refiere a la omisión por los demandados de los deberes de asistencia material y moral respecto a su hijo menor, desde los primeros meses de su vida, cuando las atenciones de los progenitores son absolutamente indispensables, por lo que la media de privación de la patria potestad, aunque en extremo dura para los padres, ha resultado una medida indispensable de protección de los intereses superiores del menor, o, mejor dicho, necesaria para la protección integral del menor conforme al mandato constitucional."

[11] STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 11 de octubre de 2004. Número Sentencia: 998/2004 Número Recurso: 5226/1999. Ponente: José Almagro Nosete. Incumplimiento habitual y reiterado de sus deberes derivados de la patria potestad respecto a hija extramatrimonial. Ausencia de alimentación, sustento y atención de la menor desde hace varios años..

[12] STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 11 de octubre de 2004. Número Sentencia: 998/2004 Número Recurso: 5226/1999. Ponente: José Almagro Nosete

[13] STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 23 de mayo de 2005. Número Sentencia: 384/2005 Número Recurso: 2046/2001. Ponente: Rafael Ruiz De La Cuesta Cascajares. Privación definitiva de patria potestad ya suspendida por imposibilidad de atender al hijo por sus progenitores.

[14] STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 23 de marzo de 2018. Número Sentencia: 171/2018. Número Recurso: 2999/2017. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. Numroj: STS 965:2018. Ecli: ES:TS:2018:965

[15] STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 23 de mayo de 2019. Número Sentencia: 291/2019 Número Recurso: 3383/2018. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. Numroj: STS 1661:2019. Ecli: ES:TS:2019:1661

[16] STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 20 de enero de 2024. Nº de Recurso: 5504/2022. Nº de Resolución: 106/2024. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucan. Roj: STS 433/2024 — ECLI:ES:TS:2024:433. Id Cendoj: 28079110012024100115

[17] La STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 10 de noviembre de 2005. Número Sentencia: 900/2005 Número Recurso: 1540/1999. Ponente: Clemente Auger Liñán.

[18] STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 6 de junio de 2014. Número Sentencia: 315/2014 Número Recurso: 718/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

[19] STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Número Sentencia: 1127/2003 Número Recurso: 500/1998. Ponente: D. Alfonso Villagómez Rodil. Desestimación de la demanda por la que la madre de una menor, fruto de una relación extramatrimonial, pretende que se prive de la patria potestad sobre la misma al padre.

[20] STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 11 de octubre de 2004. Número Sentencia: 998/2004 Número Recurso: 5226/1999. Ponente: José Almagro Nosete

[21] STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 9 de noviembre de 2015. Número Sentencia: 621/2015 Número Recurso: 1754/2014. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. Numroj: STS 4575:2015. Ecli: ES:TS:2015:4575.

El TTS ha valorado los hechos que ha declarado probados con los criterios discrecionales, pero de racionalidad, que exige el ordenamiento jurídico. Así *califica de graves y reiterados los incumplimientos del progenitor prolongados en el tiempo,* sin relacionarse con su hija, sin acudir al punto de encuentro, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada, y todo ello desde que la menor contaba muy poca edad; por lo que ha quedado afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio de la menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor.

[22] STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 13 de enero de 2017. Número Sentencia: 14/2017 Número Recurso: 1148/2016. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 13:2017. Ecli: ES:TS:2017:13

[23] SAP de Araba/Álava, Sección: Primera, sentencia de 7 de septiembre de 2023. Número Sentencia: 1075/2023 Número Recurso: 633/2023. Ponente: María Mercedes Guerrero Romeo. Numroj: SAP VI 1003:2023. Ecli: ES:APVI:2023:1003.

[24] Delito de maltrato habitual, lesiones en el ámbito familiar y asesinato. STS Sala 2ª de lo Penal. Sección: 1ª. Sentencia de 17 de diciembre de 2015. Número Sentencia: 805/2015

Número Recurso: 10498/2015. Ponente: Andrés Palomo del Arco. Numroj: STS 5456:2015. Ecli: ES:TS:2015:5456

[25] Auto de la TS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 18 de julio de 2018. Número Recurso: 726/2018. Ponente: Francisco Marín Castán. Numroj: ATS 8379:2018. Ecli: ES:TS:2018:8379A

[26] STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 5 de marzo de 1998. Número Sentencia: 183/1998 Número Recurso: 506/1994. Ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes.

[27] STS Sala de lo Civil. Sección: 1ª. Sentencia de 11 de octubre de 2004. Número Sentencia: 998/2004 Número Recurso: 5226/1999. Ponente: José Almagro Nosete

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 (2ª parte).

A necessary analysis ot the operation of the support measures after three years of validity of Law 8/2021, of June 2 (Part 2)

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.— IV. LA GUARDA DE HECHO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD. 1. Concepto, naturaleza y caracteres. 2. Régimen jurídico de la guarda de hecho de la persona con discapacidad. A. *Ámbito objetivo de actuación: asistencia y representación. B. Control y vigilancia en la actuación del guardador de hecho. C. La prueba y la acreditación de la existencia de la guarda de hecho como medida de apoyo informal*. 3. Revisión de las medidas y publicidad de la guarda de hecho.— V. LA COMPATIBILIDAD *VERSUS* INTERRELACIÓN ENTRE LAS MEDIDAS DE APOYO.— VI. BIBLIOGRAFÍA.— VII. ÍNDICE DE RERSOLUCIONES CITADAS.

IV. LA GUARDA DE HECHO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.

La Ley 8/2021 a la hora de concretar las medidas de apoyo otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad. Dentro de las medidas voluntarias, adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela. Se trata de una institución jurídica de apoyo, a semejanza de la curatela, a su mismo nivel y preferente a ésta; si bien, a diferente de la curatela, que precisa de una investidura jurídica formal para su acreditación "la guarda de hecho es una medida informal de apoyos". Tampoco es necesario que exista un reconocimiento oficial de la discapacidad de la persona, como dice el Preámbulo de la citada Ley 8/2021 "es importante señalar que podrá beneficiarse de las medidas de apoyo cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo". Ahora bien, tal como se configura en la Ley 8/2021 la guarda de hecho tiene un mayor alcance, protagonismo en las relaciones jurídico privadas y, en consecuencia, una mayor presencia en el ámbito notarial

Como se destaca, asimismo, el mencionado Preámbulo la realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho —generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables—, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea, pues, es su propia voluntad la que quiere y determina la existencia de esta medida de apoyo —en el fondo se trata de una medida de apoyo voluntariamente elegida— con una base asistencial. Si bien, para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*; de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso concreto, previo examen de las circunstancias. De ahí que, el guardador sea la persona que presta su apoyo habitual en la vida de la persona con discapacidad.

1. Concepto, naturaleza y caracteres

A falta de una definición legal en nuestro Código Civil, en la doctrina LECIÑERA IBARRA manifiesta al respecto que el guardador de hecho "es la persona que de manera espontánea y por iniciativa propia, sin ningún tipo de investidura judicial formal, asiste con carácter de estabilidad y permanente a una persona con discapacidad, con la que le une normalmente una relación de confianza por ser familiar o allegado"[1]. Para ÁLVAREZ ÁLVAREZ "es aquella situación en la que la persona, denominado guardador de hecho, asume funciones de protección y de asistencia respecto de un menor de edad o de una persona con discapacidad"[2]. En fin, para LÓPEZ SAN LUIS lo que se pretende con esta medida de apoyo es "que la persona mayor, aquejada de una discapacidad intelectual pueda, con la ayuda de un guardador, tomar decisiones en el ejercicio libre de su capacidad jurídica"[3].

Por su parte, la Circular 8/2021, de 16 de noviembre de la Fiscalía General del Estado sobre "criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores conceptúa en su página 4 la guarda de hecho como "aquella situación en la que una persona asume funciones de protección respecto de un menor de edad o de un incapaz sin que concurra un específico deber establecido por el ordenamiento jurídico" y en consideración al interés superior del menor plasmado en cuatro objetivos, establece varios criterios de actuación a la vez que, afirma que cabe entender que "la delegación paterna parcial de la patria potestad no genera propiamente una guarda de hecho".

Si bien, lo que constituye una novedad de la Ley es, precisamente, reforzar la figura jurídica del guardador de hecho al calificarla de medida de apoyo que, asiste a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias y, que puede también operar, aunque existan medidas voluntarias o judiciales, siempre que éstas no se estén aplicando eficazmente (artículo 263 del Código Civil). Por tanto, el legislador es consciente que, existen guardadores de hecho que están prestando su apoyo y que si lo hacen de

forma adecuada y suficiente para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, podría continuar y permanecer desarrollando tal función de apoyo durante el tiempo que resulte necesario —necesidad de la medida— y con el alcance que precise —proporcionalidad de la medida—, sin que deba adoptarse otra medida de apoyo; incluso, podrán operar si las medidas de naturaleza voluntaria o judiciales fueran insuficientes, o se lleven a cabo de un modo incorrecto y se compruebe que existe una guarda de hecho que presta su apoyo de manera suficiente. Por lo que, pueden existir simplemente una guarda de hecho ya constituida, o además de ésta, haber otras medidas de apoyo voluntarias o judiciales que, no se están aplicando eficazmente. De forma que, de ser suficiente como única medida de apoyo se mantendrá en los términos reseñados, y, asimismo, continuará prestando su apoyo, aunque existan otras medidas de apoyo voluntarias o judiciales ineficaces. La importancia de la suficiencia y adecuación a la situación particular de la persona con discapacidad (proporcionalidad, necesidad y mínima intervención) y ha de priorizarse en su configuración legal a los demás apoyos asistenciales o de carácter representativo[4]. Por lo que, si de hecho hay alguien que, a pesar de no haber sido designado voluntariamente por el propio interesado (apoyos voluntarios), ni nombrado por el juez (apoyos judiciales), se está encargando eficazmente de prestar el apoyo que necesita la persona con discapacidad, no se da el presupuesto que exige la nueva Ley para que el juez adopte la medida de apoyo. Además, la regulación más específica de la guarda de hecho da por supuesto que el apoyo del guardador no va a ser sustituyendo, actuando en lugar de la persona con discapacidad (artículo 264 del Código Civil)[5]. En consecuencia, solo en el caso que el guardador de hecho no prestase su apoyo de manera suficiente, o de existir medidas de apoyo voluntarias o judiciales tampoco operen de forma adecuada, corresponderá a la autoridad judicial adoptar las medidas de apoyo necesarias —bien nombrando un curador o removiendo del cargo al anterior, o, en fin, extinguiendo el poder preventivo otorgado en su caso—. De ahí que, si no se actúa de forma adecuada cuando se desatiende a la persona con discapacidad en su ámbito personal (falta de cuidado y atención) o patrimonial (mala administración), o se abusa de la confianza del guardado o se ejerce sobre él una influencia indebida en su propio beneficio no resulta operativa la guarda de hecho[6]. Precisamente, en el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022 considera que la guarda de hecho no es adecuada cuando existen "abusos del guardado de hecho o influencia indebida del mismo sobre la persona con discapacidad"[7]. O, en fin, existen conflictos de intereses reiterados entre el guardado y el guardador de hecho[8].

Por lo que, atendiendo a lo expuesto, en primer lugar, se trata de una medida de origen legal estable, con vocación de permanencia y adaptable de una manera más flexible a cualquier situación jurídica en que se encuentre la personas con discapacidad, siendo procedente que si se "viene ejerciendo adecuadamente", continúe manteniéndose como tal medida de apoyo, y no se proceda al nombramiento de otra medida como la curatela, sin perjuicio de solicitar la correspondiente autorización judicial en el caso excepcional que se debieran realizar actos representativos distintos de los previstos en el artículo 264 apartado tercero del Código Civil[9]. En este supuesto, se parte de la existencia de la misma; por lo que, la problemática

puede devenir cuando no exista guarda de hecho, o no halla familiares que estén en condiciones de asumirla; en estos casos, lo procedente sería la constitución de una medida de apoyo como la curatela[10].

Al igual que, podría suceder si la propia guarda de hecho no funciona correctamente en su función asistencial, o en su caso, representativa, no motivado ello necesariamente por la actuación del guardador/es, sino por la propia circunstancia personal del guardado, o de la estructura familiar que, pese a sus esfuerzos, se ve imposibilitada para asumir tal función de apoyo[11].

O, en fin, de la propia condición personal y/o patrimonial del guardador que, le impide ejercer adecuadamente la guarda de hecho[12].

Y, en segundo lugar, se ha constatado en el artículo 264 que la guarda de hecho continúe incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial "siempre que no se estén aplicando eficazmente". La cuestión puede derivar si, existiendo tales medidas de apoyo voluntarias o judiciales, y el guardado acude a un notario para llevar a cabo una actuación patrimonial concreta, y aquél conoce la existencia de tales medidas de apoyo voluntarias o judiciales —certificación del registro civil acreditativa de las mismas—, corresponde, en principio, aplicarlas y, por su parte, al guardador de hecho alegar su insuficiencia o no aplicación eficaz de las mismas para justificar su actuación. En tal situación, corresponderá al guardador probar tales circunstancias, pues, no consideramos que, esa labor indagatoria corresponda realizarla al notario[13]. De forma que, si las pruebas aportadas por el guardador corroboran que las medidas de apoyo voluntarias o judiciales no se están aplicando eficazmente, puede proceder a dar carta de naturaleza a la función asistencial del guardador que, opera adecuadamente, pues, de tratarse de una actuación representativa vendrá precedida de autorización judicial[14]. De no considerar suficiente la documentación probatoria aportada por el guardador de hecho; no obstante, el notario procederá a dar operatividad al acto, si la persona con discapacidad es capaz de tomar sus propias decisiones (—juicio de capacidad positivo—, prescindiendo de los apoyos existentes —voluntarios, judiciales e informales —guardador de hecho—) sin riesgo de la anulación del contrato; o tras el juicio de capacidad correspondiente —positivo—, se reconoce por la persona con discapacidad al guardador de hecho como medida de apoyo —incluso, se aportan pruebas-[15]. Por lo que, no se da prevalencia a las medidas voluntarias o judiciales existentes en la realización de la correspondiente actuación patrimonial; o de no existir tal reconocimiento, valerse de tales apoyos voluntarios o judiciales; o, en fin, optar por remitir la cuestión al ámbito judicial —expediente de jurisdicción voluntaria—. Si bien, conviene precisar que, la guarda de hecho por su carácter de medida de apoyo informal, no hay un cauce específico en la propia Ley de Jurisdicción Voluntaria para que el juez declare que una persona determinada tiene la condición de guardadora de hecho de otra.

En todo caso, se muestra la dificultad de operatividad de la guarda de hecho asistencial, cuando existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, aunque no se estén aplicando eficazmente, pues, solo cuando excepcionalmente, se requiera una actuación representativa del guardador de hecho, es cuando habrá de obtenerse la correspondiente autorización judicial para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad y un reconocimiento judicial de su existencia. No obstante,

tal planteamiento lógico, nada impide que, en este caso de existencia de una guarda de hecho asistencial, su reconocimiento como medida de apoyo venga desde el ámbito notarial, como analizaremos.

En este contexto, ciertamente, ni se ha previsto expediente de jurisdicción voluntaria específico que, reconozca al guardador de hecho como medida de apoyo, ya que partimos de su naturaleza informal, ni tampoco se ha previsto que se le reconozca su actuación asistencial frente a la existencia de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que, no se están aplicando eficazmente. Pese a la pretendía desjudicialización, al final, compete a la autoridad judicial determinar si tales medidas voluntarias o judiciales se están aplicando eficazmente o no, porque si no, a nuestro entender, se deja sin operatividad la actuación asistencial del guardador de hecho en estos casos. Salvo que el notario confía en la propia existencia del guardador de hecho y en la insuficiencia de las medidas voluntarias y judiciales existentes, máxime cuando la propia persona del guardador suele ser un familiar de la persona en un reconocimiento formal de su existencia. Aunque en la práctica, como hemos indicado, el carácter informal de esta medida de apoyo va a provocar sobre todo en estos casos el problema de su legitimación para poder actuar y el ámbito de facultades que ha de desplegar en asistencia a la persona con discapacidad[16].

En todo caso, el guardador de hecho, en el desarrollo de su función de apoyo, deberá actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona guardada, apoyándole en su toma de decisiones, ya que el consentimiento lo prestará la persona con discapacidad. Con ello se ofrece a los terceros la seguridad que, la voluntad de la persona con discapacidad se ha conformado con plenas garantías —ya que ha sido informado, ayudado en su comprensión y dado plena efectividad a su voluntad, preferencias con el apoyo del guardador de hecho—. Estamos ante un consentimiento informado que, prestan las personas con discapacidad.

No obstante, además de su función asistencial, podrá realizar actos representativos concretos mediante autorización judicial, sin necesidad de entablar un previo procedimiento judicial de determinación de apoyos.

Por lo que, si alguien viniera ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad —cónyuge, padres, hermanos, o hijos—, continuará en el desempeño de su función, a menos que existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, que se estén aplicando eficazmente —de ahí, su consideración de medida de apoyo de carácter continuista y estable—. Por tanto, las medidas judiciales (curatela, asistencial o representativa) operan con carácter subsidiario; esto es, en defecto de guarda de hecho eficaz.

En todo caso, la guarda de hecho no es incompatible con la existencia de medidas voluntarias o legales; si bien, su operatividad tiene lugar cuando ésta medidas de apoyo voluntarias o judiciales, no resulten eficaces; y, principalmente, cuando éstas no existan. No obstante, puede compartir espacio de actuación en el ámbito personal con el representante sanitario nombrado en documentos de instrucciones previas, o asumir tal posición; o, en fin, operar de forma compartida con un curador nombrado, como analizaremos.

Por otra parte, en el tratamiento jurídico de las medidas de apoyo que ofrece el Código Civil, como hemos analizado, la institución que es objeto de una regulación más detenida, es la curatela que se configura como principal medida de

apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. La curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial —cuidado— lo que tiene como finalidad: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica. No obstante, en aquellos casos en que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas. Lo mismo que, se ha previsto para el guardador de hecho.

Ahora bien a propósito de la posibilidad de establecer una concurrencia de la guarda de hecho y otra medida de apoyo judicial se señala en el Grupo de Trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria constituido por el CGPJ con ocasión de la entrada en vigor de la reforma por ley 8/2021 se indica que "cuando exista una guarda de hecho que en la práctica se desarrolle de forma adecuada y suficiente, no se adoptarán medidas de apoyo judiciales. Sin perjuicio que la guarda de hecho puede coexistir con una medida de apoyo judicial cuanto esta última sea necesaria para algún tipo de acto o esfera en la que no es suficiente o adecuada la guarda de hecho. Para tomar esa decisión judicial es preciso valorar la situación concreta, esto es, estudiar la realidad socio-familiar de la persona con discapacidad; atender a la situación actual en cada población y la implementación social de la reforma. No obstante, con carácter general y a modo de aproximación podemos hacer las siguientes consideraciones: (…) la guarda de hecho se podrá entender no suficiente cuando, por las circunstancias de la persona con discapacidad, se advierta que va a ser necesaria la solicitud de autorizaciones judiciales por el guardador, para acudir de modo reiterado al juzgado (por ejemplo, en caso de patrimonio que por su entidad o cantidad implica una administración superior a la entendida como ordinaria) (…). Por cuanto, la autoridad judicial en cada caso deberá constatar, en primer lugar, si existe una guarda de hecho y en el caso de que así sea habrá de valorar: si procede respetar dicha guarda por ser adecuada y suficiente; o bien completarla con una medida judicial de apoyo pata alguna esfera concreta en que la guarda de hecho no viene actuando o no es suficiente o adecuada; o si se sustituye totalmente por una medida judicial de apoyo"[17].

2. Régimen jurídico de la guarda de hecho de la persona con discapacidad.

El guardador, en el desarrollo de su función de apoyo, aun siendo reiterativos, deberá actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona guardada, apoyándole en su toma de decisiones, ya que el consentimiento lo prestará la persona con discapacidad.

No obstante, además de su función asistencial encomendada por ministerio de la Ley, podrá realizar actos representativos concretos mediante autorización judicial, sin necesidad de entablar un previo procedimiento judicial de determinación de apoyos. Y, como novedad el reconocimiento de la capacidad de representar que se atribuye al guardador de hecho en situaciones excepcionales. De todas formas, ya con la reforma por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en la reforma del contenido del antiguo artículo 303 se le otorgaron judicialmente facultades tutelares a los guardadores de hecho cautelarmente, mientras se mantuviese la situación de

guarda de hecho y hasta que se constituyera la medida de protección adecuado, por lo que ya se ampliaron en ese momento sus funciones, además de dotarle de cierta permanencia. En todo caso, la regla general es que el guardador de hecho deberá prestar apoyo asistiendo a la persona con discapacidad, procurando 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 voluntad, deseos o preferencias. Ahora bien, como ocurre con otras medidas de apoyo la regla general de operatividad es la no sustitución, ni complemento, ni representación; con una matización de esto último, que solo excepcionalmente puede asumir una posición representativa[18].

Como hemos señalado, con esta reforma operada por la Ley 8/2021 se conforma la guarda de hecho como medida de apoyo informal, esto es, sin ninguna investidura formal (ni escritura pública, ni acta de notoriedad, ni resolución judicial —expediente de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de guardador de hecho—, ni la incoación de diligencias preprocesales) que asiste a la persona del guardado de manera espontánea y por iniciativa propia y al que le une una relación de confianza. Es, por ello, que se trata de una medida de apoyo asistencial y, excepcionalmente con facultades representativas, como sucede con la curatela[19].

Por tanto, la naturaleza de la guarda de hecho en la nueva regulación es la de constituir una medida de apoyo más que, requerirá de autorización judicial únicamente para realizar actos jurídicos representativos. De ahí que, cuando excepcionalmente el guardador de hecho requiera la autorización representativa, éste habrá de obtener autorización judicial para realizarla a través del expediente de jurisdicción voluntaria en el que se oirá a la persona con discapacidad (artículo 264.1 y 2 del Código Civil). En todo caso, para conceder autorización judicial, habrá de comprobarse previamente la necesidad de establecer esta medida a favor de la persona con discapacidad en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias de cada caso; y, podrá comprender una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo (artículo 264.1 del Código Civil). Por lo que, no será necesario plantear un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que bastará con la autorización para el supuesto concreto previo examen de las circunstancias personales y patrimoniales de la persona con discapacidad.

Sobre tales bases, estamos ante una medida de apoyo informal de carácter estable, permanente y con vocación de continuidad.

Ahora bien, desde tal planteamiento lleva a la doctrina a excluir del ámbito de la guarda de hecho a quien interviene de manera puntual[20], o actúa en casos aislados, que no se repiten en el tiempo; por lo que, para la doctrina en estos supuestos encajaría más en el contrato de mandato, en la gestión de negocios sin mandato, o, incluso, en una posible delegación[21]. O, como señala, SOLÉ RESINA estamos ante "otras medidas de apoyo alternativas a la guarda de hecho, de la que también pueden ser complementarias, como son las "redes de apoyo" entre iguales y los grupos de ayuda, promovidos por movimientos asociativos, así como las ayudas proporcionadas por profesionales y fundaciones u otro tipo de entidades con fines orientativos a este objetivo, que ofrecen apoyos para la toma de decisiones sobre temas personales y patrimoniales, con servicios de acompañamiento, de super-

visión de cuentas y gestión de ingresos y gastos, etc., que son de gran utilidad e interés para muchas personas"[22].

En todo caso, el carácter permanente de la guarda de hecho no excluye que su actuación pueda ser ocasional, y que, con el tiempo, pueda incrementarse su presencia en la vida de la persona guardada. Precisamente, se fomenta que la persona con discapacidad sea autónoma en la toma de sus propias decisiones; de ahí que, atendiendo a las circunstancias personales y patrimoniales de la persona no requiera una asistencia o apoyo de forma continuada y permanente, sino un apoyo o asistencia puntual[23]. Lo que, no impide que, en los términos apuntados, en un momento posterior se torne en una situación asistencial más permanente y estable en el tiempo, o, incluso representativa, si las circunstancias personales del guardado se han visto modificadas ante, por ejemplo, un avance progresivo de una enfermedad neurodegenerativa.

Por otra parte, la guarda de hecho no resulta incompatible con la existencia de medidas voluntarias o legales; si bien, su operatividad tiene lugar cuando ésta medidas de apoyo voluntarias o judiciales no resulten eficaces; y, principalmente, cuando éstas no existan. Efectivamente, a la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela.

Fuera de ellas, la figura de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo adquiere especial preferencia, en cuanto no resulta necesario iniciar un expediente de provisión de apoyos para nombrar un curador y, se manifiesta compatible y necesaria cuando las medidas judiciales o voluntarias no se ejercitan adecuada y eficazmente. Por lo que, la guarda de hecho coexiste con tales medidas judiciales o voluntarias existentes, operando cuando son insuficientes y manteniéndose en "suspenso o letargo" cuando resultan suficientes. Ahora bien, retornará en su actuación y función asistencial cuando cualquiera de aquellas, de nuevo, no se estén aplicando eficazmente —sean inadecuadas e ineficaces—. Por tanto, la guarda de hecho es una medida de apoyo informal, autónoma, y preferente en cuanto opera cuando no existen otras formas de apoyo voluntarias o judiciales; o de forma subsidiaria, cuando no se estén éstas aplicando eficazmente; coexistiendo, además, con las mismas. Ciertamente, si las medidas legales o judiciales operan eficazmente, la guarda de hecho entra, como hemos definido, en una especie de "letargo jurídico" que, renacerá o volverá a actuar, apoyar a la persona con discapacidad en caso de ineficacia de aquellas.

Se califica de medida de apoyo informal por la falta de un título formal que la legitime; de ahí que, no haga falta forma documental alguna que, la acredite para prestar la asistencia necesaria a la persona con discapacidad. No obstante, adquiere "formalización" cuando el guardador pretenda ejercer funciones representativas —en el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria—. Si bien, se trata de una institución que se desarrolla antes de su reconocimiento "formal" en cuanto medida de apoyo asistencial y, por tanto, no es ajena a la persona con discapacidad en cuanto opta por su reconocimiento y elección como medida de apoyo.

En este contexto, aunque responda más a una cuestión terminológica y en cierta forma predeterminada por su naturaleza de institución de apoyo de carácter informal, a nuestro entender, la nueva regulación la convierte en una "guarda de derecho" —aunque se siga manteniendo su nomenglatura de antaño— en cuanto su reconocimiento y tratamiento al mismo nivel que las demás medidas de apoyo.

En este contexto, cuando la guarda de hecho resulta insuficiente o no se está desarrollando de forma correcta, se puede adoptar una medida de apoyo judicial como la curatela que cubra esas carencias[24].

A. Ámbito objetivo de actuación: asistencia y representación

La guarda de hecho será, primordialmente, de naturaleza asistencial (mera asistencia, acompañamiento o colaboración con el guardado que conserva habilidades para tomar decisiones y actuar con dicho apoyo por sí mismo). No obstante, en los casos en los que sea preciso y solo de manera excepcional podrá atribuirse al guardador de hecho funciones representativas —actuación del guardador en representación del guardado ante un mayor deterioro de las facultades—. Efectivamente, las personas con discapacidad gozan de plena capacidad jurídica y en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos, por lo que, lo determinante es que, como todos, sea capaz de entender y ser consciente de las consecuencias jurídicas, económicas y familiares de los actos o negocios en que interviene. Por tanto, tras la reforma cuando una persona con discapacidad, por ejemplo, necesite celebrar un negocio jurídico, no tiene porqué designar una persona que la sustituya, sino que, podrá actuar por sí sola o podrá valerse de un apoyo como el propio guardador de hecho que, con su intervención como medida de apoyo asistencial, le orientará, ayudará y, en esencia, le asistirá en su toma de decisiones, siendo quien consiente, decide y formaliza el negocio la propia persona interesada[25]; y si se acude al notario, corresponde a éste realizar el juicio de capacidad como cuando se trata de cualquier otro ciudadano[26]. Como se indica 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. 5 que "el guardador de hecho puede comparecer ante notario para prestar simplemente su apoyo instrumental, para ayudar a la persona con discapacidad a entender y ser entendida, sin que su intervención represente una confirmación o aprobación de la decisión adoptada por el interesado en el ejercicio de su capacidad jurídica". A continuación se pregunta, si "por imitación a la curatela", "debe el notario, atendidas las circunstancias del caso, demandar su asentimiento", concluyendo que "el notario no es juez, que pueda condicionar el otorgamiento del instrumento público a la aprobación del guardador" y que "la función del guardador de hecho en el ámbito notarial, no debe ir más allá de prestar auxilio a la persona con discapacidad para expresar o tomar su decisión y comprender el contenido del instrumento público notarial". Todo ello en el contexto que la guarda de hecho puede como destaca la Circular ser un apoyo voluntario o un apoyo necesario en función de las circunstancias. Así "el artículo 264 se refiere a la guarda de hecho en caso de necesidad; mientras que el artículo 267 se refiere a la guarda de hecho voluntaria, cuando señala que "cesará "cuando la

persona a quien presente apoyo solicite que se organice de otra manera". De forma que "el guardador de hecho cuando compadece ante el notario, presta su auxilio sin otra acreditación que la voluntad de la persona con discapacidad. En cambio, en los casos de necesidad, el notario debe abstenerse e informar de la necesaria autorización judicial prevista en el artículo 264 del Código Civil".

Precisamente, en aras al respeto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, la guarda de hecho como persona que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la 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. De ahí que, en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, 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. Lo que, para parte de la doctrina, entre la que me incluyo, en la operatividad de esta medida de apoyo informal resulta posible acudir también al criterio del interés de la persona con discapacidad[27]. En todo caso, la persona que necesita apoyos o asistencia no ve judicializada su vida personal y patrimonial, si hay un sistema de apoyos voluntarios adecuados, o en su caso, un guardador de hecho que, también tiene una base voluntaria en cuanto es la voluntad de la persona la que ejercita su preferencia por esa medida concreta de apoyo. Ciertamente, la naturaleza de la actuación del guardador, puesta en relación con la voluntad de la persona con discapacidad, es variable y gradual y opera entre los dos extremos indicados, según las mayores o menores dificultades que existan para que la voluntad del guardado se manifieste por sí misma. De ahí que, sean muchos los supuestos en que oscile la intensidad de intervención del guardador en relación, precisamente, con las posibilidades y dificultades de acceso a la voluntad, deseos y preferencias del guardado, directamente manifestados o evidenciados en su trayectoria vital. De ahí que, en la práctica, como dice nuestro Tribunal Supremo, se puede ser configurar la guarda de hecho con excesiva amplitud y flexibilidad que, desconfigure los extremos de la suficiencia en la actuación del guardador, y, en esencia, su propia función como medida de apoyo, generando más recelo, ni ser excesivamente automatistas en la determinación de la medida de apoyo más adecuado y necesaria y siempre que, exista una duda sobre la voluntad del guardado se opte por la curatela. Se debe encontrar el justo equilibrio entre la judicialización y desjudicialización de las medidas de apoyo, operando simplemente con los principios que el propio legislador establece —mínima intervención, proporcionalidad y necesidad— y, la atención prioritaria a la voluntad, deseos y preferencia de la persona.

Ahora bien, como hemos indicado, si en la actuación se considera operativa la presencia de notario, corresponde a la persona consentir (consentimiento informado), siendo la labor del guardador de hecho en el proceso interno de formación de la voluntad del guardado, de apoyo, en concreto, orientándole, asistiéndole e

informándole. En todo caso, aunque no interviene en el acto como otorgante del mismo, si ha asistido al mismo en calidad de medida de apoyo, haciéndose constar ello por el notario en la correspondiente escritura pública. Ahora bien, en esta formación del consentimiento, aunque resulte reiterativo manifestarlo, de nuevo, resulta esencial el juicio notarial de capacidad que, representa la base fundamental sobre el que se sustenta la validez y eficacia del sistema negocial[28].

En este contexto, la función de la guarda de hecho 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[29]. No obstante, en los supuestos que fuera necesario y solo de manera excepcional podrá atribuirse al guardador de hecho funciones representativas. Estas facultades representativas unas provienen directamente de la Ley (artículo 264 apartado 3 del Código Civil); mientras que, otras, vienen otorgadas previa autorización judicial en caso de necesidad.

Al respecto, el artículo 264.2 del Código Civil dispone que, cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso[30].

No obstante, se podrá conceder la autorización judicial para un caso concreto, mediante un acto de jurisdicción voluntaria, o alcanzar a una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria sean necesario para el desarrollo de la función de apoyo. En este caso, estamos ante una autorización genérica para determinados actos. No es necesario, por tanto, incoar un procedimiento general de provisión de apoyos, basta la autorización judicial para realizar determinados actos representativos.

De ahí que, podamos señalar que, la actuación representativa del guardador de hecho: de una parte, implique una actuación representativa directa, por sí mismo, del guardado; y de otra parte, la actuación representativa necesitada de autorización judicial. Con carácter general puede convenirse que el apoyo directo ejercitable por el guardador por sí mismo, sin necesidad de autorización judicial, se identifique con la gestión común, diaria, habitual, de las necesidades ordinarias del guardado. No obstante, conviene poner de manifiesto, que de nuevo el legislador en la actuación representativa del guardado, así como sus límites remite a conceptos jurídicos indeterminados, necesitados de precisión.

Ahora bien, no debemos de nuevo olvidar que, ya con la reforma de la Ley 26/2015 se había modificado el antiguo artículo 303 del Código Civil, revitalizando con ello esta institución de guarda, al conceder cautelarmente al guardador de hecho hasta que se constituyese una medida de protección adecuado el otorgamiento judicial de facultades tutelares a los guardadores. Con la nueva reforma, se va más lejos, como hemos indicado, pues, se le instituye como medida de apoyo, dejando de tener carácter provisional y, en consecuencia, con cierta permanencia en su mantenimiento como tal medida y, también se le concede facultades representativas sin necesidad de acudir a ningún procedimiento judicial de determinación de apoyos. De forma que, acreditada ante el juez la existencia de guarda de

hecho, éste le podrá autorizar para realizar uno o varios actos representativos y, en algún caso con la necesaria autorización judicial.

Ciertamente, partimos de la base esencialmente asistencial de la guarda de hecho; pero excepcionalmente, se posibilita que la autoridad judicial le autorice para actuar como representante, concediéndole para ello autorización judicial que, podrá abarcar uno o varios actos. La función representativa ha de ser concretada en la correspondiente actuación/es representativas concedidas. En todo caso, siempre habrá de recabar autorización judicial para los actos enumerados por el artículo 287 del Código Civil[31]. Por lo que, a diferencia de aquellos casos en que excepcionalmente se requiera una actuación representativa del guardado, que exigirá del juez una previa comprobación de esa necesidad, atendiendo a las circunstancias del caso —personales y patrimoniales del guardado—, en los supuestos enumerados en el citado artículo 287 en sede de curatela representativa ya los propios actos contenidos en tal precepto determinan una necesaria actuación representativa; por lo que, en este caso la función representativa y autorización judicial van de la mano y operan de forma unitaria[32]. No hace falta realizar ninguna comprobación previa, ni atender a los términos y a los requisitos adecuados a las circunstancias del caso.

De todas formas, 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. 5) opta por una doble autorización, cuando refiriéndose al contenido del artículo 264 del Código Civil señala que "el guardador debe actuar en representación de la persona con discapacidad por causa de necesidad, que habrá de justificar ante el juez para que autorice su actuación representativa, sin perjuicio de recabar adicionalmente, de darse el caso, la autorización judicial prevista en el artículo 287 del Código Civil". La propia resolución judicial que otorga funciones representativas al guardador de hecho, ya determina que actos puede realizar el guardador. En todo caso, siempre para los del artículo 287 del Código Civil se necesita autorización judicial, salvo que ya estuvieran incluidos como tales en la citada resolución. Este artículo 287 en relación con el mencionado artículo 264 resulta aplicable a la guarda de hecho asistencial y a la representativa[33].

Ahora bien, recientemente la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 19 de enero de 2024[34] en un supuesto de partición realizada por contador partidor de una herencia de una madre viuda con tres hijos herederos en la que uno de ellos había sido incapacitado antes de la Ley 8/2021, prorrogándose la patria potestad y siendo ahora sus hermanos guardadores de hecho al fallecimiento de sus padres. Tras indicar que, la guarda de hecho en este caso es una circunstancia sobrevenida por el fallecimiento de los progenitores, que no responde a la revisión judicial de las medidas anteriormente adoptadas que, entre tanto no se modifiquen seguirán vigentes, aun cuando este vacante la figura del representante legal y sean ejercidas provisionalmente por el guardador, correspondiendo a la autoridad judicial determinar su suficiencia, idoneidad y permanencia, realiza los siguientes razonamientos: 1. No consta que, fallecidos los progenitores titulares de la patria potestad prorrogada, se haya puesto dicha circunstancia en conocimiento del Juzgado en el que se siguió el procedimiento de incapacitación, a fin de que puedan adoptarse las medidas necesarias para la

adecuada protección de la persona en situación de discapacidad; 2. En tanto no medie esa revisión, y aunque, en hipótesis, se pudiera constatar que la persona con discapacidad pueda eventualmente requerir como medida de apoyo una curatela asistencial y no representativa, o incluso que sea suficiente la guarda de hecho sobrevenida, esta es una decisión que compete al juez. Así es corroborado en el tenor literal de un precepto como el artículo 291 del Código Civil, relativo a la extinción de la curatela; 3. Si en el presente supuesto existiera falta absoluta de discernimiento, la medida de apoyo que habría de sustituir a la extinguida patria potestad rehabilitada debería contemplar la representación, pero a través de la curatela, en su modalidad representativa.

De ahí que, concluya que, por un lado que, en el presente expediente, existiendo ya medidas judiciales que han quedado extinguidas y no habiéndose producido conocimiento o control alguno por parte del juzgado competente en torno a la idoneidad de la guarda de hecho como sustitutiva de la medida anteriormente adoptada, debe concluirse que debió ponerse en conocimiento del Juzgado competente el fallecimiento de los progenitores y la situación de guarda de hecho adoptada por los familiares, citarse al Ministerio Fiscal para que, en su caso impulse el procedimiento de jurisdicción voluntaria pertinente; o, si hubiera sido nombrado, al defensor judicial a que se refiere el artículo 295 del Código Civil.

Y, por otro que, en el caso que por la autoridad judicial se valorase como idónea la guarda de hecho ejercida por los dos hermanos, estos deberían asumir la representación de los intereses de Don F. A. en el trámite de citación a la formación de inventario que prevé el artículo 1057 del Código Civil. Además, tratándose de una función representativa que excede de la prevista para la guarda de hecho, habrán de obtener la preceptiva autorización judicial que establece el expuesto párrafo primero del artículo 264 del Código Civil. Todo ello, salvo que el juez determine otras medidas de apoyo aplicables en este caso para auxiliar a Don F. A. M. C. en el ejercicio de su capacidad, en cuyo caso a estas habría que atenerse.

Ciertamente, se ha de revisar las incapacitaciones judiciales establecidas con anterioridad a la reforma, pues así lo exige la Ley 8/2021 (Disposición Adicional 5ª). Ahora bien, no se duda que al haber fallecido los padres y ya no resultar operativa la patria potestad prorrogada por esta causa —no obstante, la Disposición Transitoria 5ª apartado tercero que mantiene su operatividad hasta su revisión— al existir una persona con discapacidad que necesita una medida de apoyo, debe acudirse a falta de medidas de apoyo voluntarias, a la medida de apoyo subsidiaria que es la guarda de hecho —que asumen sus hermanos— con la exigencia, como señala el Centro Directivo de una previa declaración judicial para adoptar una medida de apoyo —proceso de revisión de medidas—; y, añade que los guardadores de hecho necesitan solicitar autorización judicial para la citación a la formación inventario. Todo ello sin olvidar que, la guarda de hecho es una medida de apoyo informal que contribuye a la desjudicialización del sistema y, responde su actuación a los principios de proporcionalidad, necesidad y mínima intervención; de ahí, su carácter asistencial como regla general, sin perjuicio de excepcionalmente tener una función representativa con la exigencia de la correspondiente autorización judicial cuando la naturaleza del acto así lo exige, y, en todo caso, en los supuestos del artículo 287 del Código Civil.

Ahora bien, en el apoyo de tipo representativo señalado y, por ende, en la necesidad de autorización judicial *ad hoc* hay que, tener en cuenta que todas las medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales y las personas que prestan apoyo —guardador de hecho— deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera; e, igualmente, habrá de procurar 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. Si bien, lo expuesto, no es menos cierto que cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, se puede operar asumiendo, excepcionalmente, funciones representativas. En este caso, el guardador de hecho en el ejercicio de sus funciones 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.

Pues bien, en estos casos de apoyo representativo, como hemos indicado, el guardador de hecho de una persona con discapacidad deberá solicitar autorización judicial y ésta antes de tomar una decisión entrevistará por sí misma a la persona con discapacidad —lo que resulta esencial— y podrá solicitará un informe pericial para acreditar la situación de esta. También podrá citar a la comparecencia a cuantas personas considere necesario oír en función del acto cuya autorización se solicite (artículo 52.3 de la LJV). Realizadas todas estas actuaciones, y, asimismo, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso, procederá a conceder la autorización judicial.

Ahora bien, atendiendo a lo expuesto, la actuación representativa del guardador podrá implicar la autorización para intervenir en uno o varios actos del guardado necesarios para el desarrollo de su apoyo, correspondiendo a la autoridad judicial determinar en alcance cuantitativo de tal apoyo representativo. Por otra parte, teniendo en cuenta que la protección integral de la persona con discapacidad alcanza no solo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria —domicilio, salud, comunicaciones, etc.—, el guardador podrá actuar en la esfera personal, como patrimonial del guardador, y en relación a esta última, solicitar autorización judicial para los actos de administración —ordinaria y extraordinaria— y de actos de disposición.

Lo cierto es que, de forma expresa se destaca que, en el ámbito patrimonial, necesitará el guardador de hecho autorización judicial para prestar el consentimiento en los actos enumerados en el citado artículo 287 del Código Civil en sede de curatela con facultades representativas expuestos en línea precedente a lo que nos remitimos. Por lo que, la remisión que hace el artículo 264.2 del Código Civil a dicho precepto opera solo para la curatela representativa, pues, en la propia redacción del mismo habla de que, en todo caso, quien ejerza guarda de hecho deberá recabar autorización judicial para prestar el consentimiento en los actos enumerados tal precepto. Por lo que, prestar consentimiento como señala la norma, solo puede operar en la guarda representativa, no en la asistencial. En todo caso,

resulta curioso que, en este artículo 264.2 se hable de prestar el consentimiento para el guardador de hecho, y esa mención no se haga en el artículo 287 —al que remite dicho precepto— para el curador con funciones de representación, pues, solo se habla del ejercicio de tales funciones por parte de éste. Es, pues, distinto el guardador de hecho que presta el consentimiento, del guardador de hecho representativo al que se concede autorización judicial para actuar como representante en uno o varios actos. Parece que la respuesta es clara, no.

Además, existe una correlación entre el apartado primero y segundo del mencionado artículo 264, en cuanto en su apartado segundo remite al primero, al señalar que, el guardador de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior, referido, como bien sabemos, a la guarda de hecho representativa.

Y, por supuesto, tenemos claro que, si, se impone autorización judicial al guardador de hecho para actuar como representante, deja de ser la guarda de hecho asistencial. En este sentido, se exige autorización judicial para nombrar al guardador de hecho representativo, autorizarle a actuar y en cierta forma controlar su actuación. Ahora bien, ello no prejuzga que, aun nombrado como guardador de hecho representativo y autorizado para actuar en determinados actos, necesariamente debe siempre solicitar autorización judicial para llevar a cabo los actos enumerados en el artículo 287 —nueva autorización judicial-[35].

Sobre tales bases, la constancia expresa de prestar el consentimiento no es más que la consideración de una guarda de hecho representativa —quizá sobra la aclaración—; pues, tanto representa —presta el consentimiento— el guardador de hecho al que se autoriza actuar como representante en uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo, como el que recaba la autorización judicial para los actos enumerados en el artículo 287 y, por supuesto, el curador que ejerce su función de representación para los actos que determinen la resolución judicial que lo nombra y, en todo caso, para los actos del tantas veces mencionado artículo 287.

Por tanto, las funciones del guardador alcanzan, como hemos precisado, no sólo a actos de administración ordinaria, sino también actos de administración extraordinaria o de disposición o gravamen; procediendo a llevar cabo una enumeración expresa de los actos que, necesita autorización judicial. Si bien, en ningún caso el guardador con facultades representativa sustituye la voluntad del guardado, pues, en todo momento está vinculado por la voluntad de éste. Cuando no se pueda determinar ésta, habrá de tenerse en cuenta por el guardador con facultades representativas en el ejercicio de su función, 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 (artículo 249.3 del Código Civil). De todas formas, el juez concederá la correspondiente autorización judicial previa comprobación de la necesidad y atendiendo a las circunstancias del caso[36]. Ahora bien, la exigencia de autorización judicial opera sólo cuando la guarda de hecho es representativa, no cuando es asistencial; pues, quien actúa en este último caso es la persona con discapacidad con la ayuda del guardador de hecho en esta toma de decisiones, informándole, asesorándole, o aconsejándole en su caso[37].

En cuanto, a la sanción de los actos realizados por el guardador sin la preceptiva autorización judicial, existe un debate doctrina acerca de su consideración de actos anulables o nulos; si bien, optando por este último supuesto ante la exigencia imperativa de autorización judicial que, impone el artículo 264 del Código Civil —en relación con el artículo 6.3 de dicho cuerpo legal-[38]. No obstante, no faltan quienes, en apoyo a la doctrina jurisprudencial fijada en la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2018[39], entienden que, lo procedente es aplicar como sanción la anulabilidad, como ocurrió, con los actos realizados por el tutor sin autorización judicial.

Ahora bien, no será necesaria autorización judicial, pues, se trata de facultades concedidas directamente por la ley, cuando el guardador de hecho —asistencial o representativo— solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona —reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones a las que se refiere el artículo 28 de la Ley 39/2006—[40]; o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar —criterios ambos cumulativos y operables atendiendo al contexto económico del guardado[41]—. No obstante, se trata de conceptos jurídicos indeterminados cuyo alcance puede generar no pocas dudas interpretativas, además de impedir el desarrollo de su actuación asistencial, pues, tales términos sujetos a interpretación del operador jurídico o económico o incluso administrativo, pueden dar lugar a situaciones absurdas de no permitir determinadas operaciones de la vida cotidiana del guardado que, constituyen situaciones de poca relevancia económica y beneficiosas para el mismo, por entender que aquél carece de autorización expresa para ello, desconociendo la norma y su alcance y debiendo acudir a la autoridad judicial para recabar la correspondiente autorización judicial[42].

De todas formas, las operaciones que tengan cierta relevancia económica dependerán de la situación personal y patrimonial o económica de cada persona, pues, no resulta igual la calificación jurídica de una operación de escasa relevancia económica de quien dispone de un cuantioso patrimonio; de aquel que, está en lo que se califica de clase media —media alta y media baja— quienes serán lo que, con más frecuencia recurran a guardadores de hecho. Por lo que, no serán muy numerosas las operaciones o actuaciones de cierta relevancia económica que exigen autorización judicial; de ahí que, entendamos que no se judicializará en exceso la vida del guardado. De lo que no cabe duda es que, además en la calificación de actos de escasa relevancia económica y que carezcan de especial significado personal o familiar va a exigir en todo caso un análisis no sólo de la voluntad, deseos o preferencias de la persona, de su trayectoria vital —su modo de vida— sus creencias, sus valores, sino también de su histórico patrimonial o bancario —esto es, su forma de operar en sus actuaciones patrimoniales—, o de su histórico personal o familiar —esto es, como interactuaba en el ámbito social y familiar—. En todo caso, en última instancia corresponde al juez en cada caso valorar tales conceptos indeterminados[43]. Un enfoque restrictivo de tales conceptos dejaría un exiguo margen de actuación al guardador, en franca contradicción con los principios generales de la reforma; y, además, una interpretación que condujera a judicializar toda la actuación ordinaria del guardador vendría a vulnerar la premisa

de la que la ley ha hecho regla que la guarda de hecho se configura como medida de apoyo alternativa al apoyo judicial en defecto de apoyos voluntarios formalizados en escritura pública. Precisamente, en las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores celebradas en Madrid los días 27 y 28 de septiembre de 2021 se dispone que "la determinación de cuáles son estos actos dependerá de cada caso concreto, por lo que resulta necesario tener en cuenta el contexto personal, su modo de vida, ingresos (atender al "histórico bancario" que puede resultar revelador a estos efectos), etc.". Asimismo, en el Documento interpretativo al protocolo marco entre la Fiscalía General del Estado y las Asociaciones Bancarias (Documento 1) sobre la guarda de hecho en la Ley 8/2021 de julio de 2023, pp. 7 a 9 se manifiesta que "con carácter general puede convenirse que el apoyo directo ejercitable por el guardador por sí mismo, sin necesidad de autorización judicial, se identifica con la gestión común, diaria, habitual, de las necesidades ordinarios del guardado". En todo caso, con arreglo a la ley "en el ámbito personal, la actuación directa del guardador quedará circunscrita a todo aquello que no suponga actuación "de trascendencia personal o familiar", ya que, en otro caso, requerirá autorización judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 287.1 del Código Civil. Dicha "trascendencia personal o familiar" deberá interpretarse como referida a aquellas decisiones que supongan cambios sustanciales en su modo de vida, con arreglo a su trayectoria vital, como podría ser, a modo de ejemplo, el cambio de residencia habitual". En cuanto al límite de "escasa relevancia económica" (…) no presenta dificultades la categorización como tales de los gastos y disposiciones finalistas que respondan a cargos habituales en cuenta o contra factura por tratarse de la atención de necesidades básicas de cuidado personal, habitación, alimentación, vestido o saludo; gastos relativos a la conservación ordinaria de su patrimonio en la parte necesaria para asegurar su disponibilidad para sus necesidades de cuidado; pago de suministros y prestaciones de servicio vitales; finalmente, otros gastos que, sin ser esenciales para su cuidado, san acordes con sus deseos y preferencias y se hubieran consolidado en su trayectoria anterior siempre que sean acordes a sus medios y posibilidades". En relación a las disposiciones de efectivo no finalista —como salvaguarda en consideración a que el guardado de hecho no rendirá habitualmente cuenta judicial de su gestión—, se hace imprescindible como buena práctica establecer límites cuantitativos de referencia. A tal efecto, son útiles, como pautas o cuantificaciones orientativas, las que resultan de los índices estadísticos oficiales relativos a gasto medio por persona y/o hogar que periódicamente publica el Instituto Nacional de Estadística (al vencimiento del primer semestre del año siguiente). El establecimiento de estas referencias no obsta a su flexibilización en razón de las circunstancias —medios y necesidades— del caso concreto".

Por otra parte, tampoco necesitará autorización judicial conforme establece el artículo 3.1 b) de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre para constituir patrimonio protegido, ni para aquellos actos de escasa relevancia económica o que la persona con discapacidad o, en su caso, el menor puede realizar por sí solos. Asimismo, se excluyen de la correspondiente autorización judicial los actos personalísimos.

Aunque, la remisión es al artículo 287 del Código Civil cabe ampliar la misma a lo previsto en el artículo 288 del citado cuerpo legal, pues, la autoridad judicial

cuando lo considere adecuado para garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad podrá autorizar al guardador (con facultades representativas) 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. Pensemos en aquellos supuestos en que la persona con discapacidad tenga intereses en elementos patrimoniales diversos (inmuebles en arrendamiento, acciones, títulos, imposiciones a plazos, fondos de inversión) cuya adecuada administración requiera la adopción de decisiones periódicas[44].

Por supuesto, no alcanza la citada remisión al artículo 289 del citado Código Civil en lo referente a la excepción de los actos particionales o de división de la cosa común que, como bien sabemos, el guardador como regla general carece de facultades representativas; por lo que, será necesaria autorización judicial para estos actos y para la venta de bienes muebles del guardado, aunque el mencionado artículo 287 solo se refiere a la venta de bienes inmuebles[45].

En todo caso, la legitimación de la actuación del guardador de hecho podrá resultar acreditada mediante actuación notarial, siendo recomendable la forma de escritura pública. El artículo 17.1 apartado segundo de la Ley del Notariado dispone que, las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases.

Respecto a lo que representa el ámbito personal del guardado, procede indicar que, quien ejerza la guarda de hecho, deberá recabar autorización judicial a través de un expediente de jurisdicción voluntaria para prestar consentimiento en los actos que, impliquen actos de trascendencia personal, a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.

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; b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia; c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) señalados, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

En los supuestos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. Asimismo, éste participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento[46].

Por tanto, en relación con el guardador de hecho podrá decidir cualquier actuación sanitaria del guardado prestando su consentimiento, 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 y, el paciente carezca de representante sanitario nombrado en instrucciones previas. De forma que, en el ámbito de la salud el guardador de hecho se encuentra asimilado al "cuidador personal", "allegado", o "persona vinculada por razones familiares o de hecho".

Respecto al documento de las instrucciones previas éste podrá ser otorgado por una persona mayor de edad, capaz y libre y supone una manifiesta anticipada del consentimiento informado que, será operativo en el momento en que llegue a situaciones en las que la persona mayor de edad (paciente) no sea capaz de expresar personal tal consentimiento relativo a los cuidados y el tratamiento de su salud; o, una vez, llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. De todas formas, el otorgante del documento, como hemos indicado, puede designar un representante (representante sanitario) para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. Este representante sanitario podrá convivir con la existencia de un guardador de hecho y tomar aquél las decisiones relativas a los tratamientos médicos de la persona con discapacidad. O, ser el guardador también el representante sanitario.

En todo caso, las instrucciones previas de cada persona deberán constar siempre por escrito. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la "lex artis", ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito. Serán inscritas

en el Registro nacional de instrucciones previas (artículos 1, 2 y 4 del Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero por el que se regula el Registro Nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal).

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 guardador de hecho— será el interlocutor válido con el médico responsable.

Ahora bien, hemos indicado que, el guardador de hecho opera en un doble campo de actuación: personal y patrimonial. Ahora bien, en el personal puede, a la vez, concurrir con el representante sanitario nombrado en un documento de instrucciones previas —o voluntades anticipadas— y, asimismo, puede darse el caso que, el guardador de hecho opere sólo en la esfera personal, mientras que un apoderado preventivo lo haga en la esfera patrimonial convergiendo/cooperando en el apoyo a la persona con discapacidad como en el supuesto anterior planteado y, que ambas medidas de apoyo funcionen eficazmente. De todas formas, lo que puede resultar la realidad práctica más habitual es que, el guardador opere en la esfera personal, y que, si también lo hace en la patrimonial, debe recabar, en la mayoría de las ocasiones, la correspondiente autorización judicial. Todo ello sin perder de vista que, la regla general en todas las medidas de apoyo es la asistencia a la persona con discapacidad, y excepcionalmente, pueden otorgarse funciones representativas. En todo caso, las posibles actuaciones en las que el guardador de hecho puede ejercer su función como medida de apoyo puede concretarse también en otros numerosos contextos: peticiones de recursos sociales, pensiones, plazas residenciales, centros de día, ayuda a domicilio, matriculaciones en centro de educación o formación profesional, entre otras, solicitudes a bancos, etc. La función del guardador tiene también reconocimiento en entornos sanitarios como se encuentra asimilado en el ámbito de la salud, como hemos indicado, al cuidador principal, allegado o persona vinculada por razones familiares o de hecho (artículos 5.3 y 9.2 de la Ley 41/2022 y el Anexo III apartado 7.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización. En fin, en las peticiones de auxilio a las FFCCSE por parte de guardadores de hecho ante agitaciones, incidentes, altercados familiares de la persona con discapacidad o trastorno mental, tienen amparo en el marco del artículo 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado[47].

En este contexto, aunque en la nueva regulación se considere a la guarda de hecho como medida legal de apoyo con labor asistencial o, excepcionalmente, con representación acreditada a través de la correspondiente autorización judicial

concedida en expediente de jurisdicción voluntaria; ello no impide que, cuando la autoridad judicial lo crea conveniente, podrá nombrar un defensor judicial, precisamente, para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan (artículo 264.4 del Código Civil). Asimismo, hemos de indicar que, al determinar las medidas de apoyo se ha de procurar evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida.

Por lo que, 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; 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 bienes hasta que recaiga resolución judicial; 5. Cuando la persona con discapacidad requiera medidas de apoyo con carácter ocasional, aunque sea recurrente (artículo 295 del Código Civil).

Si bien, nos permitimos señalar que, a nuestro entender, para apoyos ocasionales no entendemos el nombramiento de defensor judicial y no se ha optado por regular una medida de apoyo como la que si se recoge en el Código Civil catalán que es la asistencia. Una vez oída la persona con discapacidad, la autoridad judicial nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquélla.

No obstante, 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.

En todo caso, no será necesario tal nombramiento de defensor judicial, cuando, como señala el artículo 296 del Código Civil, se haya encomendado el apoyo a más de una persona (a más de un guardador), salvo que ninguna pueda actuar o la propia autoridad judicial de forma motivada considere necesario el nombramiento

Sobre tales bases, la guarda de hecho es una medida de apoyo, aunque informal y está sometida al control y vigilancia de la autoridad judicial; por lo que, ésta acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan —*vgr.,* un conflicto de intereses entre el guardador de hecho y el guardado—.

B. Control y vigilancia en la actuación del guardador de hecho

El artículo 265 del Código Civil contiene tres actuaciones del guardador de hecho que pueden ser requeridas por la autoridad judicial en cualquier momento, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado —tenga interés legítimo—, en concreto: 1. Requerirle para que informe sobre su actuación y la situación personal y patrimonial del guardado; pudiendo establecer las medidas de control

y vigilancia que estime oportunas (artículo 265 del Código Civil y artículo 52.1 y 2 de la LJV). La legitimación para solicitar tal requerimiento de información es muy amplia: de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal, o a instancia de cualquier interesado (expediente de jurisdicción voluntaria). Esta previsión se completa con lo dispuesto en el artículo 52.1 de la LJV. Lo que, favorece que la guarda de hecho se opere de forma adecuada, se eviten riesgos de abusos e influencias indebidas y el control *ex post* venga favorecido por la actuación de un número importante de actores; 2. Establecer las salvaguardas que estime conveniente para impedir abuso o influencias indebidas en el proceso de formación de la voluntad del guardador y, por ende, en su consentimiento. Se adoptarán citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal. En expediente de jurisdicción voluntaria el juez podrá "establecer las salvaguardas que estime necesarias", disponiendo el artículo 52.2 de la LJV que "el juez podrá establecer las medidas de control y vigilancia que estime oportunas". Entre estas salvaguardas podría incluirse el nombramiento de un defensor judicial, sin existiese algún conflicto de intereses entre el guardador de hecho y la persona con discapacidad[48]. Por su parte, en el artículo 762 de la LEC se prevé que, cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, podrá adoptar de oficio aquellas medidas cautelares que estime necesarias para la adecuada protección de la personas con discapacidad o de su patrimonio y, además podrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria. En las mismas circunstancias tal Ministerio Público podrá también solicitar del Tribunal la inmediata adopción de tales medidas cautelares. En todo caso, éstas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento. Y, siempre que, la urgencia de la situación no lo impida se podrán acordar previa audiencia de las personas con discapacidad. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de esta misma Ley (*vgr.*, por imposibilidad o falta de actuación del guardador). De todas formas, la autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de la actual normativa —respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales; ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad; actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera—, y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera (artículo 249 apartado 4 del Código Civil). De ahí que, resulte quizá más coherente que, las medidas de control y fiscalización funcionen desde la constitución de la curatela, y no desde ese momento temporal —constitución— para el caso del guardador de hecho; dado que, en la mayoría de los casos, precisamente, para su constitución, se parte de su consideración como un cargo de confianza. Si bien, ello no impide que, ante el conocimiento por la autoridad judicial de la existencia de guarda de hecho por el juez se procure evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida, adoptando para ello las medidas de control y garantías adecuadas, esto es, *a posteriori*, si resultase necesario (artículo 250 apartado 7 del Código Civil)[49]; 3. Solicitar la rendición de cuentas de su actuación en cualquier momento[50], aplicando, a falta de regulación

específica, lo previsto en sede de curatela en los artículos 292 y 293 del Código Civil y 51 de la LJV.

En todo caso, ante la actuación del guardado de hecho, como ocurre con otras medidas de apoyo, podrá la autoridad judicial dictar las salvaguardas que considere oportunas para evitar abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas. Además de asegurar que, el ejercicio de las medidas de apoyo se ajusta al respecto de la dignidad de la persona y la tutela de sus derechos fundamentales, a la par que las mismas atienden a su voluntad, deseos y preferencias (artículo 249.4 del Código Civil. De todas formas, únicamente en defecto o insuficiente de medidas de naturaleza voluntaria y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otra supletoria o complementaria siempre bajo la premisa que se trata de un apoyo asistencial (artículo 255.5 del Código Civil).

Ahora bien, en el desarrollo de sus funciones, el guardador tiene derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo (artículo 266 del Código Civil)[51]. Su ámbito de aplicación alcanza a los gastos que sean justificados en los que haya incurrido el guardador.

En cuanto a la indemnización por los daños derivados de la guarda serán a cargo del patrimonio del guardado, siempre que, no se pueda obtener por otro medio el resarcimiento y no medie culpa por parte del guardador en la causación de los mismos. Se trata de daños sufridos en el ejercicio de la guarda, causados por la propia persona guardada, o, por un tercero. Por tanto, al resultar producidos durante el desempeño de su actuación de guardador, aquellos que no se causen en este ámbito operativo, o dentro del mismo y, en consecuencia, respondan a un ejercicio extralimitado de sus funciones, no serán daños indemnizables. En cuanto al tipo de daños, pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales y resultan, como hemos señalado, a cargo del patrimonio del guardado, sino hay otra forma de obtener el resarcimiento. De no haber bienes suficientes en el patrimonio del guardado para cubrir dichos daños, no serán indemnizables.

Respecto a la posible retribución o remuneración del cargo de guardado, no se dice nada en la reforma, a diferencia del curador. No obstante, ello no impide que la propia persona del guardado la fije, o aplicando el artículo 281 del Código Civil en sede de curatela sea la autoridad judicial la que fije el importe de la retribución y el modo de percibirlo; para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes. Todo ello, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita[52].

Por otra parte, el artículo 251.1 del Código Civil nos recuerda que se prohíbe a quien desempeñe alguna institución jurídica de apoyo: "*Recibir liberalidades de la persona que precisa apoyo o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor*". Por otra parte, el artículo 753.3 del citado cuerpo legal dispone que *"las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales, o de naturaleza análoga al causante, solo podrá ser favorecidas en la sucesión de éste, si es ordenada en testamento notarial abierto"*.

C. La prueba y acreditación de la existencia de la guarda de hecho como medida de apoyo informal

La desjudicialización que implica la guarda de hecho como medida de apoyo, su propia naturaleza informal y de hecho de la guarda supone que, el ordenamiento no establezca una forma específica de acreditación de su realidad, ni tampoco configura un título formal habilitante para su ejercicio. Tiene la ventaja de la simplicidad en su nacimiento, al no existir requisitos de investidura que haya que cumplir; si bien, tiene todos los inconvenientes propios de la informalidad, como es la inseguridad jurídica y la dificultad de la prueba (Circular de la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Canarias, acuerdo aprobado en sesión celebrada el día 29 de abril de 2022, p. 6). De ahí, la necesidad de facilitar la prueba de su existencia no sólo para allanar el cambio para su ejercicio, sino también con el objetivo de garantizar los derechos de la persona con discapacidad, evitando fraudes, abusos e influencias indebidas, además de perjuicios para terceros. Todo ello en aras de la seguridad del tráfico jurídico.

En todo caso, las atribuciones del guardador derivan directamente de la Ley. A tal fin, deberá proceder atendiendo a la 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, se fomentará que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. Cuando, pese a un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. 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. En la mayor parte de los casos, el guardador asistirá a la persona sin sustituirla en la toma de decisiones respetando su voluntad, deseos y preferencias en los términos apuntados. En este contexto, precisamente, puede convenirse que la guarda de hecho, además de ponerse de manifiesto mediante la voluntad concordante de guardador y guardado cuando las circunstancias del caso lo permitan, y a través del testimonio de su entorno familiar y social, que pueden constatar la convivencia y el vínculo existente entre guardador y guardado, además existen otras diversas formas de acreditar su existencia: libro de familia; el historial de certificados empadronamiento y de convivencia; informes de servicios sociales; informes de servicios públicos de salud y otros servicios públicos, el reconocimiento como cuidador en la Ley de la Dependencia.

Ahora bien, cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, se podrá incluir funciones representativas en el ámbito de actuación del guardador de hecho, como tantas veces hemos mencionado. De ahí que, el artículo 264 del Código Civil excepcionalmente, otorgue a éste una actuación representativa y obtenga la correspondiente autorización para realizarla a través del expediente de jurisdicción voluntaria que se incoe al efecto en el que se oirá a la persona con discapacidad. A tal fin, la propia autorización judicial y la resolución en la que consta, le permite actuar como representante. En todo

caso, dicha autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Pese a la consideración de medida de apoyo informal, en la práctica ante el recelo por su carácter informal, se vienen exigiendo para actuar un título documental para ello, a través de dos vías: la judicial y la notarial. La primera, se reconoce expresamente en el Código Civil en su remisión a la Ley de Jurisdicción Voluntaria (auto de declaración de la condición de guardador de hecho en un proceso de jurisdicción voluntaria) y se trata de un expediente de jurisdicción voluntaria y, la segunda la denominada acta de notoriedad que se tramita por vía notarial. Una y otra tienen por objeto acreditar la situación de guarda de hecho. Todo ello, sin perjuicio que, de forma incidental, pueda constatarse la existencia de una guarda de hecho suficiente y adecuada en resoluciones de los órganos judiciales o de la fiscalía.

Pero ciertamente, la configuración del guardador de hecho se legitima cada día con su actuación en tanto no desaparezcan las causas que la motivaron (artículo 267.2 *a sensu contrario* del Código Civil). Además, como dispone el artículo 209 apartado 1 del Reglamento Notarial las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica. Y aquí no se trata propiamente de la comprobación y fijación de un hecho, sino de otorgar título de legitimación para actuar al guardador de hecho. No obstante, en la Guía sobre el impacto de la reforma del derecho civil elaborada en colaboración entre el CERMI, la Fundación Once para la cooperación e inclusión social de las personas con discapacidad, la Fundación Aequitas y el Consejo General del Notariado, se insiste en su página 11 en la necesidad de acreditar la existencia de guardador de hecho mediante "la denominada acta de notoriedad que se tramita por vía notarial", con el objeto de "verificar la situación de guarda de hecho que se venía dándose con anterioridad", es decir, con la finalidad de proporcionar al guardado un "título documental" para poder actuar. Esto ha sido criticado desde instancias notariales[53]. Pero también en el ámbito jurisprudencial la exigencia de su constancia judicial cuando su finalidad es esencialmente asistencial ha sido objeto de llamada de atención ante una tendencia "errónea" a la judicialización de la figura y de desconocimiento de su alcance y operatividad con la actual reforma.

Asimismo, en la Circular de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Canarias en Acuerdo adoptado en sesión celebrada el 29 de abril de 2022, p. 1 se apuesta por el acta de notoriedad como medio para acreditar el ejercicio de la guarda de hecho, y se adjunta un modelo de acta de notoriedad. También se pronuncia en este sentido 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, destacándose la importancia de la fecha de su otorgamiento, en aras a comprobar si sigue siendo guardador de hecho quien pretende realizar el acto en nombre de la persona con discapacidad[54].

En todo caso, para la formalización de las actas en la Circular de la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Canarias, acuerdo en sesión celebrada el día 29 de abril de 2022, pp. 8 y 9 se indica que "con carácter general el requeri-

miento debe formularse conjuntamente por el guardador de hecho y por la persona apoyada. Ambos tienen que comparecer y aseverar bajo su responsabilidad la certeza del hecho cuya notoriedad se pretende establecer, es decir: la existencia de la guarda de hecho; que el guardador viene prestando su apoyo de forma adecuada; que no existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente; y que no concurre entre la persona apoyada y el guardador relación contractual que le obligue a la prestación de servicios asistenciales o de naturaleza análoga u otros apoyos (artículo 250 del Código Civil)". Si bien, observa que "en los casos excepcionales en los que la persona guardada no tenga aptitud para consentir (pensemos en las situaciones de personas mayores que están bajo el cuidado de un familiar, pero que no tienen aptitud para prestar un consentimiento) el acta de notoriedad puede ser también un instrumento que permita la actuación del guardador dentro de los límites legales que señala el artículo 264 del Código Civil"; concluyendo que "en este caso, el Notario dejará constancia de la imposibilidad de hecho de manifestar y conformar la voluntad y de la inaptitud de prestar el consentimiento por parte de la persona guardada, debiendo en este supuesto advertir expresamente que la actuación del guardado queda dentro de los límites del artículo 264, requiriéndose autorización judicial en los casos prevenidos en dicho artículo; si bien "no será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan especial significado personal o familiar"". Respecto de las pruebas esta misma Circular remite al artículo 209 del Reglamento Notarial, el cual prevé que "el Notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, sean o no propuestas por el requirente", concretamente, considera recomendable, dada la naturaleza de los hechos a probar "la prueba testifical. Los testigos han de conocer al guardador y a la persona apoyada y les debe constar que son ciertos los hechos manifestados por los requirentes, en especial, la existencia de la guarda y que se viene ejerciendo adecuadamente. Otras pruebas recomendables a practicar podrían ser solicitar informe al trabajador social, la obtención de información del registro Civil o cualesquiera otras pruebas que el Notario considere conveniente". Concluye que "no parece aconsejable la publicación de edictos a fin de preservar el derecho a la intimidad de la persona con discapacidad".

Respecto de los documentos de prueba que se protocolizan en las actas de notoriedad y proteger los datos personales, se indica en la Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, sobre la actuación notarial en las medidas de apoyo voluntario y para la declaración de notoriedad de la guarda de hecho (Ley 8/2021), p. 20 considera conveniente que "A fin de evitar que circulen "datos informativos" cuya difusión debe ser cuidadosamente valorada, se entiende conveniente que (el acta de notoriedad) se formalice en dos instrumentos públicos, lo que permite que se acredite la existencia de la notoriedad solo con la exhibición del acta de cierre, en la que consta la declaración de notoriedad". Y añade que "incluso aunque se inicie, se practiquen las pruebas y concluya en el mismo día y en un solo acto, se debe documentar en dos instrumentos públicos: un acta inicial que "contendrá las declaraciones, las pruebas y documentación"

y se incorporará al protocolo como instrumento independiente"; y un acta final que sólo "contendrá una escueta relación de las pruebas practicadas, sin entrar en detalles y el juicio de notoriedad por el Notario"".

De todas formas, si la persona con discapacidad puede en presencia del Notario declarar quien es su guardador de hecho, no resultaría necesario el acta de notoriedad y, como señalamos en líneas precedentes, bastaría con que constase tal designación en el acta notarial de manifestaciones, atendiendo a la voluntad de aquélla.

Por su parte, en esta línea de reconocimiento de la condición de guardador de hecho en el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 3 del Córdoba, 8/2022, de 11 de enero se ha tenido que considerar a Dª Roberta madre de Lidia como guardadora de hecho de su hija frente a la entidad BBK Bank Cajasur y en consecuencia, declarar frente a dicha entidad que Dª Roberta se encuentra legitimada por ley para realizar respecto de cuentas bancarias de la que su hija Lidia sea titular, funciones de administración ordinaria y disposición en los términos previstas en el artículo 263 del Código Civil (que no supongan un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de ésta que tenga escasa relevancia económica).

Igualmente, el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 5, de Córdoba 81/2022, de 7 de febrero subraya y observa que "la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal. Sin embargo, Dª Emilia, hermana de Dª Raquel, conviviente y encargada de velar por ella, se ve necesitada de recabar el auxilio judicial con el objeto de que se reconozca por parte de entes públicos y privados las facultades que ya vienen reconocidas legalmente en aras, única y exclusivamente, a tutelar los intereses de su hermana, cuya discapacidad consta acreditada en autor. Esta cuestión no deja de ser preocupante pues, lleva ínsito un desconocimiento e incumplimiento por parte de dichos entes de la nueva regulación legal para la protección de las personas con discapacidad, obstaculizando, entorpeciendo y retrasando que puedan ejercitar sus derechos a través de sus guardadores de hecho". Y la juez pone las situaciones cotidianas que, impiden el ejercicio de la guarda de hecho. Así señala que, Dª Emilia, guardadora de hecho de su hermana Dª Raquel, acude a la entidad bancaria con el fin de anular una cuenta titularidad de su hermana de la que intuimos solo le genera gastos bancarios. Es una actuación beneficiosa para Dª Raquel y amparada en el artículo 264 del Código Civil ya que no supone un cambio significativo en la forma de vida de la persona y es un acto jurídico sobre bienes de esta que tiene escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar; por otra parte, Dª Emilia necesita solicitar atrasos correspondientes a su hermana Dª Raquel tras la concesión a ésta de una pensión de orfandad. Puede acreditar la discapacidad de su hermana ya que tiene reconocido un grado de minusvalía del 78% y de acuerdo con el artículo 269 y concordantes del Código Civil no necesita autorización judicial para ello; en fin, Dª Emilia, guardadora de hecho de su hermana, en interés único y exclusivo de ésta, se ha visto necesitada de recabar el auxilio judicial para que se declare su condición de guardador a de hecho para disponer de una cantidad por defunción de un tercero que corresponde a su hermana discapacitada. En todas estas actuaciones, como declara la jueza, Dª Emilia no precisa que se declare su condición de guardadora de hecho conforme a la nueva regulación vigente, no precisa de

autorización judicial tal y como venimos analizando, pero ha venido que formular la correspondiente solicitud de jurisdicción voluntaria con el único fin de poder llevar a cabo las situaciones descritas para la tutela de los derechos e intereses de su hermana con un grado de discapacidad del 78% acreditado ante los obstáculos a los que ha hecho frente. Es por ello que, la citada jueza observa que, Dª Emilia no precisa de una resolución judicial por virtud de la cual se declare la guarda de hecho respecto de su hermana Dª Raquel y que no necesita autorización judicial para cancelar la cuenta en la entidad bancaria BBK Bank Cajasur, ni para solicitar los atrasos que corresponden a su hermana por la pensión de orfandad que tiene reconocida por el INNS, ni para disponer de la cantidad que le corresponde a ésta por el seguro de defunción de Mapfre porque el Código Civil, norma de obligado cumplimiento para todos, establece que la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal para la guarda de hecho, ni para los actos descritos. Sin embargo, dado los obstáculos a los que se enfrenta la demandante para poder ejercer sus funciones, se accede a lo solicitado y se declara a Dª Emilia guardadora de hecho de su hermana Dª Raquel a todos los efectos legales[55].

En los supuestos descritos, se pone de manifiesto que la desjudicialización que supone el reforzamiento de la guarda de hecho como medida de apoyo no ha sido asumida en muchos sectores y por los propios operadores jurídicos y financieros —entidades bancarias, entre otras—, Administraciones estatales, autonómicas y municipales, poderes públicos, e, incluso, en el ámbito notarial y a las pruebas nos remitimos. Se debe aceptar que la guarda de hecho es ahora una medida de apoyo informal con un campo de actuación determinado y habilitado por la ley. Por lo que, es la propia Ley la que legitima su actuación asistencial y, excepcionalmente, representativa, exigiendo para este último caso, como ocurre con otras medidas de apoyo como la curatela, la correspondiente autorización judicial. No lo acredita ni un documento, ni un acta de notoriedad, ni una resolución judicial o administrativa. Como bien señala SANTOS ORBANEJA hay que dejar claro que "en la época del "Estado Burocrático" esto resulta difícil de entender, pues, está extendida la sensación, tanto entre el ciudadano medio como entre los funcionarios, que sin "papeles" no se puede actuar"[56].

También, los procesos de revisión de medidas se pueden utilizar como prueba acreditativa de la existencia de la guarda de hecho, indicando al respecto también los actos que pueda realizar. En las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores de 2021 se afirma que "realizado un proceso de revisión de medidas que concluya en el archivo de una tutela, curatela o patria potestad prorrogada o rehabilitadas, acordadas con anterioridad a la reforma, por entenderse ahora suficiente y adecuada para la persona la guarda de hecho, dicha resolución constituirá un título acreditativo extraordinario sobre esta institución, así como la propia sentencia que en su día las constituyó".

En todo caso, las medidas de apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera y será la propia persona con discapacidad quien desarrollará su propio proceso de toma de decisiones. Por lo que, corresponderá a ella "legitimar" la asistencia del guardador de hecho con la finalidad de, si resulta necesario, le informe, ayude en la comprensión del acto o actuación concreta o le aconseje. Si no acredita con su presencia la guarda de

hecho como medida de apoyo informal, en las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores, celebradas en Madrid los días 27 y 28 de septiembre de 2021 se indica que, podrá acompañarse de concretos documentos que, al menos, determinen una relación asistencial con la persona guardada (certificado de empadronamiento u otros que acrediten en la convivencia; o a través de documentación "periférica" (sanitaria al efecto —documentos de instrucciones previas u otra documentación sanitaria o asistencial expedida al efecto—; administrativa, doméstica) que refleje su condición; también se apuntó el libro de familia con el que identificar su relación de parentesco; pruebas testificales; o en fin, mediante la eventual anotación preventiva registral (artículo 40 de la LRC) —aunque sin valor probatorio— o, la realización de un proceso de revisión de la medida que concluya en un archivo de la tutela, curatela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, acordadas con anterioridad a la reforma, por entenderse ahora suficiente y adecuada para la persona la guarda de hecho[57]. Por su parte, las Conclusiones de la reunión del Grupo de Trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria del Consejo General del Poder Judicial los días 9 y 10 de junio de 2022 destaca como medios de acreditación: si son familiares cercanos, el libro de familia; informes sociales, sanitarios, administrativos, modelos de declaración responsable de guarda de echo elaborados por la Administración para cursar peticiones de reconocimiento de situaciones de dependencia; empadronamiento; informes periciales; y si la persona se encuentra ingresada en una residencia, mediante un informe residencial; informes vecinales; testificales; en algunos supuestos, mediante acta de notoriedad; en algunos casos también podrá desprenderse la existencia de una guarda de hecho del decreto del Ministerio Fiscal de archivo de una diligencias pre procesales; resoluciones de archivo en procedimientos de revisión de la Disposición Transitoria 5ª por entender adecuada y suficiente la guarda de hecho (pp. 5 y 6). Asimismo, la Consulta INSS de 30 de noviembre de 2021 en relación a la competencia para solicitar y percibir prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuando los beneficiarios de las mismas son personas mayores de edad con discapacidad ha declarado que "el guardador de hecho puede solicitar la prestación económica de la Seguridad Social a favor de la persona con discapacidad", añadiendo que "la condición de guardador de hecho puede acreditarse mediante el libro de familia (que acredita en su caso, la relación de parentesco que mantienen el guardado y la persona con discapacidad), certificado de empadronamiento o documentación que acredite convivencia, así como aquellos documentos de los que se desprenda claramente dicha condición". Efectivamente, la existencia de una guarda de hecho se puede poner de manifiesto mediante la voluntad concordante de guardado y guardador y con las diferentes formar acreditativas que hemos señalados. De ahí que, se indique que la mayor proximidad de la relación de parentesco y un acuerdo familiar faciliten dicha acreditación o condición de guardador[58].

En todo caso, en la entrevista con la persona con discapacidad se le puede preguntar por este extremo sí, en atención a sus circunstancias, se aprecia oportuno y de forma más adecuada. Por otra parte, se indica que, si en el expediente instado por el guardador de hecho para solicitar una autorización judicial para un acto concreto (artículo 52.3 de la LJV) existen dudas sobre la realidad de la guar-

da de hecho o su adecuación y suficiencia, o se detectan conflictos familiares con ocasión del ejercicio de esa guarda de hecho, habría que archivar el expediente y remitir testimonio al Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones legales pertinentes. A todo ello, se añade que "es recomendable que en la misma resolución del expediente de provisión de apoyos se deje constancia de la existencia de una guarda de hecho ejercida por NN en relación a la persona de NN y reseñar las funciones que el Código Civil atribuye al guardador de hecho" (p. 8). En las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de la sección de atención a personas con discapacidad y mayores, celebradas en Madrid los días 27 y 28 de septiembre de 2021 se comentó la idoneidad de las diligencias preprocesales para acometer el estudio individualizado sobre la procedencia de promover acciones tendentes a proveer los apoyos que pueda precisar una persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, ya sea en el ámbito personal como en el patrimonial (p. 2).

Y, en fin, en el Documento interpretativo al protocolo marco entre la FGE y Asociaciones Bancarias de julio de 2023 (Grupo de Trabajo de la Fiscalía General del Estado y Asociaciones Bancarias) se destaca la fórmula de declaración responsable ante la entidad bancaria como buena práctica para garantizar la salvaguarda de su adecuado ejercicio, especialmente en ausencia de obligación de rendir cuentas periódicas a la fiscalía o a la autoridad judicial (p. 10). También se indica que, para facilitar el desarrollo de la expresión de la voluntad y preferencias de la persona titular en los documentos y operaciones bancarias, a entidad bancaria le ofrezca información en las adecuadas condiciones de comprensión y accesibilidad. Y en el ejercicio de su voluntad el titular podrás utilizar la asistencia como persona de apoyo de su guardador de hecho, sin perjuicio de auxiliarse de forma complementaria con una persona de su confianza, o un facilitador o profesional que le ayude en la comunicación (p. 12). Y, en fin, se aconseja para una eficaz salvaguarda de la buena actuación del apoyo la reconducción y vinculación a una única cuenta bancaria de todos los ingresos y gastos ordinarios de la persona con discapacidad, así como los productos accesorios a la misma, como puede ser tarjetas monedero y otros medios de pago o débito. Esta pretensión evitará la afectación de la privacidad de otros eventuales cotitulares; y, si la cotitularidad es con el guardador de hecho, con esta forma de operar se evita la confusión de patrimonios y disposiciones de los mismos, ya fuera en beneficio propio, o de la persona con discapacidad (pp. 12-13).

Como acertadamente, señala DE VERDA Y BEAMONTE "dicho documento, en rigor, es un poder realizado ante el banco por la persona, que aun teniendo una discapacidad; no obstante, puede manifestar una voluntad libremente formada; y ello con la finalidad de legitimar a quien designa como guardador, para realizar una serie de operaciones dentro de los límites establecidos en el documento de apoderamiento". De forma que, añade ""la declaración de responsabilidad" es inoperante en el caso para el que originariamente se pensó, es decir, para la acreditación de la condición de guardador de hecho de la persona que no puede manifestar su voluntad libre y responsable, caso este, en el que Documento interpretativo resalta la "especial eficacia" de las actas de notoriedad, "por aportar mayor seguridad jurídica", "en cuanto dan fe de los elementos esenciales de la guarda, es decir,

la discapacidad que requiere el apoyo, el vínculo entre las partes y la suficiencia y adecuación de la propia guarda""[59].

Finalmente, se ha planteado desde entidades públicas de apoyo a las personas con discapacidad, la aprobación de un Código de Buenas prácticas, como ha hecho la Comunidad de Madrid, atendiendo a los dispuesto en la Disposición Final cuarta de la Ley 1/2023, de 15 de febrero. Y, asimismo, desde las Administraciones autonómicas en las solicitudes de reconocimiento del grado de discapacidad o la dependencia se está comenzando a admitir las presentadas por el guardador de hechos a través de declaraciones de responsabilidad.

Ciertamente, la propia naturaleza de la guarda, eminentemente familiar, cuando nos movemos en el entorno familiar más próximo, en particular, el indicado el supuesto de progenitores que tras alcanzar su hijo con discapacidad la mayoría de edad continúa prestándole apoyos, la acreditación vendrá facilitada directamente por su ejercicio inmediatamente anterior, que en la generalidad de estos supuestos será por sí mismo notorio. No obstante, atendiendo al momento temporal de adopción de la medida se deberá proceder a una actualización de la necesidad para detectar si se han producido eventuales cambios en la situación de guarda, sin perjuicio de la obligación del guardador de comunicar dichos cambios o variación de las circunstancias desde el mismo momento en que tengan lugar. Atendiendo a lo expuesto, si nos momentos en un entorno familiar menos próximo o de amistad y precisamente, la persona con discapacidad no se encuentra en condiciones de expresar su voluntad, será más difícil probar la vinculación con el guardado en consideración de su trayectoria vital, salvo en este caso que, quede acreditado con la suficiencia en acta de notoriedad.

Como hemos indicado en líneas precedentes, existen modelos de declaración responsable de la guarda de hecho elaborados por las administraciones al efecto de cursar las peticiones de reconocimiento de la situación de dependencia, o por la propia doctrina que, pueden ser un modelo a seguir. Todo ello, con la operatividad señalada y partiendo del hecho que no se precisa de ninguna autorización judicial para aquellos actos para los que el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar (artículo 264.3 del Código Civil). O, simplemente, opere en la función asistencial que la caracteriza como medida de apoyo informal: así en peticiones de recursos sociales, pensiones, plazas residenciales, centros de día, ayuda a domicilio, matriculaciones en centros de educación o formación profesional, solicitudes a los bancos; en el ámbito de la salud el guardador de hecho se encuentra asimilado al "cuidador principal" o "allegado" o "personas vinculada por razones familiares o de hecho (artículo 5.3 y 9.2 de la Ley 41/23002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y el Anexo III apartado 7.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre , por el que se establece la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización); y, en fin, las peticiones de auxilio a las Fuerza y Cuerpos de Seguridad del Estado por parte de los guardadores: incidentes, altercados familiares de la

persona con discapacidad o trastorno mental, con amparo en el marco del artículo 1.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado[60].

Lo que constituye una realidad es que la Ley dota a la guarda de hecho de su propio régimen jurídico, por lo que no precisa de investidura formal; de ahí, su naturaleza de medida de apoyo informal. También se contiene un mandato por parte del legislador de desjudicialización en la provisión de medidas de apoyo, atendiendo siempre a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, y de no ser posible tener en cuenta su 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 (artículo 255 *in fine* del Código Civil). Por lo que, operando sobre tal base operativa lo razonable es señalar que, las facultades de actuación vienen dadas directamente por la ley, en cuanto medida de apoyo asistencial, y no por una resolución judicial. Solo y excepcionalmente, se podrán solicitar funciones representativas y en todo caso, solicitar autorización judicial para los casos previstos en el artículo 287 del Código Civil. No obstante, lo expuesto, una de las cuestiones que, se pueden derivar de la actuación del guardador de hecho es la necesidad de acreditar su condición de medida de apoyo, poniendo de manifiesto la necesidad de fomentar en todas las instancias un cambio de mentalidad y de actitudes respecto de lo que representa y es la guarda de hecho como medida de apoyo informal. Si bien, mientras esto no sucede, seguirá necesitando demostrar el guardador de hecho su condición de medida de apoyo. Efectivamente, mientras no se comience a aplicar de manera generalizada esta medida de apoyo y por ende, su actuación tal como se ha regulado tras la reforma operada por la Ley 8/2021; fuera de los supuestos (documentos) de acreditación descritos, el guardador deberá acudir a la autoridad judicial, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, o al notario mediante acta notarial para que se le reconozca la cualidad de guardador de hecho con relación a aquel acto o aquellos actos asistenciales que, haya de realizar con relación al guardado y que le autoriza la ley como medida de apoyo.

En este contexto, resulta loable destacar la forma de operar desde la propia Administración de Justicia al mostrar y criticar, a la vez, la falta de conocimiento por parte, en este caso, de las entidades financieras del alcance de la reforma, pero que se puede ampliar a otros sectores y, además, de obligar a quienes ejercen la función de guardador de hecho a promover expedientes de jurisdicción voluntaria con el solo objetivo que se le reconozca su condición de medida de apoyo informal para realizar actos para los que no se requiere autorización judicial (función asistencial de las medidas de apoyo que constituye la regla general). Recordemos que, el apartado segundo del artículo 250 del Código Civil dispone al efecto que, 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, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

Ahora bien, la realidad práctica determina que, en muchas actuaciones patrimoniales que lleve a cabo guardador de hecho, van a requerir autorización judicial, pese a que se parte de su naturaleza de medida de apoyo asistencial, por su falta de acreditación o la insuficiencia de la misma, esto es, de ausencia de título de legitimación para actuar, pese a que la Ley, no lo impone. Desde la institución del Ministerio Fiscal se opta en algunos casos por la efectividad del Decreto de

Archivo de Diligencias preprocesales en lo que se acuerda no proceder a iniciar la provisión judicial de apoyo al existir ya un guardador de hecho que, está operando eficazmente como medida de apoyo[61]; o, de no optarse por tal recurso procesal promover un expediente de provisión de apoyos bien por parte del Ministerio Fiscal, de la propia persona con discapacidad, de su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, o por sus descendientes, ascendientes o hermanos. Y, en la entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad que se celebre en la comparecencia —que resulta la principal novedad de esta Ley por su importancia—, ésta le pueda informar de la existencia de un guardador de hecho y de su voluntad que sea su medida de apoyo (artículos 42 bis a) 3 y 42 bis b) 3 de la LJV)[62]. Por lo que, atendiendo a ello, se adopte como tal medida de apoyo —se le nombre ("formalice")— en el auto que ponga fin al expediente (artículo 42 bis c) 1 de la LJV).

Ahora bien, puede darse el caso que, existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que no se estén aplicando eficazmente (por ejemplo, un apoderado preventivo o una curatela) y, que como interesados, se opongan a la medida de apoyo elegida por la persona con discapacidad en la comparecencia —recordemos, puede ser un guardador de hecho—. Tal oposición podrá fin al expediente, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio que considere convenientes. Dichas medidas podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso (artículo 42 bis b) 5 de la LJV). A tal fin, el artículo 756.2 de la LEC señala como competente para conocer de las demandas sobre la adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad la autoridad judicial que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que la persona a la que se refiera la solicitud cambie con posterioridad de residencia, en cuyo caso lo será el juez de primera instancia del lugar en que esta resida; y, entre las pruebas preceptivas en primer y segunda instancia el artículo 759.1.1º de la LEC se entrevistará el juez con la persona con discapacidad en la que, de nuevo, le podrá manifestar la elección de la guarda de hecho como medida de apoyo y la persona concreta que asuma dicha medida, adoptándose como tal, si lo considera pertinente la autoridad judicial en la sentencia que dicte al efecto (artículo 760 de la LEC).

O, en fin, moviéndonos fuera de este ámbito procesal, optar, como hemos indicado, por la vía notarial mediante el otorgamiento de un acta de notoriedad, al amparo del artículo 209 del Reglamento Notarial, en el que se reconozca su condición de guardador de hecho, máxime si se trata de actuaciones representativas y que no requieren autorización judicial —y sobre todo de alcance patrimonial.

3. Revisión de las medidas y publicidad de la guarda de hecho

Como hemos señalado en la curatela y resulta aplicable también a esta figura, las medidas de apoyo adoptadas serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años y, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas (artículo 255.3 del Código Civil).

Como medida de apoyo informal, su publicidad registral tendrá lugar mediante anotación en el Registro Civil (artículo 40.9 de la LRC), siempre que su haya constatado su existencia judicialmente, bien porque la autoridad judicial le requiere al guardador por algún motivo, bien porque el guardador de hecho solicita autorización judicial. No obstante, la anotación no tiene el mismo valor probatorio que la inscripción, quedando limitado su efecto a un valor meramente informativo. Dicha anotación podrá extenderse a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado.

Ahora bien, el guardador de hecho puede solicitar autorización judicial para realizar una actuación representativa a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad, y tal autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo. Pues bien, el auto que le otorgue tal facultad representativa, al ser una resolución judicial podrá ser inscrito en el Registro Civil.

Recordemos que, el artículo 300 dispone que las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad habrán de inscribirse en el Registro Civil. Así, el artículo 4.11º de la LRC declara inscribibles las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. Por lo que, el título habilitante de la existencia de la guarda de hecho puede derivar de una resolución judicial en el ámbito de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, cuyos trámites vienen recogidos en el artículo 52 de la LJV. Y dicha resolución puede ser solicitando información de su actuación, o, simplemente, establecer las salvaguardas que estime necesarias (artículo 265 del Código Civil); o, en fin, para actuar como representante, comprendiendo uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo (artículo 264 párrafo primero del Código Civil).

En esta línea, ante un proceso de revisión de medidas que concluya en el archivo de una tutela, curatela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, acordadas con la regulación anterior a la reforma por entender que la guarda de hecho resulta ahora suficiente y adecuada como medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, constituyendo dicha resolución un título acreditativo también de dicha institución.

No obstante, si la guarda de hecho no figura en el Registro Civil podrá acreditarse bien, mediante acta de notoriedad notarial —en este caso, el notario informará conforme al artículo 40.2.9ª de la LRC, siendo objeto de anotación-[63]; otorgándole poderes; o por Decreto del Ministerio Fiscal emitido en un expediente informativo, o mediante certificado o testimonio del Letrado de la Administración de Justicia en base al artículo 145.3 de la LEC al poder certificar que en un determinado acto una persona ha actuado como guardador de hecho[64].

V. LA COMPATIBILIDAD *VERSUS* INTERRELACIÓN ENTRE LAS MEDIDAS DE APOYO

Atendiendo a lo expuestos en líneas precedentes relativo al funcionamiento de ambas medidas de apoyo. Lo cierto es que, si bien se observa cierta dificultad en la actuación del guardador de hecho en determinados ámbitos jurídico, económicos

y sanitarios, no es menos cierto que la tendencia actual es hacia la desjudicialización a la hora de concretar las medidas de apoyo, la mínima intervención, la proporcionalidad de la medida y su necesidad, primando siempre la voluntad, deseos y preferencia de la persona y, caso de no ser posible tal expresión, atender a su trayectoria vital.

Como hemos destacado la guarda de hecho es una medida de apoyo informal que existe cuando no hay medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente. Desde esta perspectiva, la guarda de hecho se configura como una vocación subsidiaria o complementaria a cualquier otra forma de apoyo, voluntaria o judicial, en defecto de estas o cuando no cubran todas las necesidades de la persona. Además, la propia regulación que ofrece el Código Civil restringe las medidas judiciales al destacar que "solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria y a falta de guarda de hecho que supongan apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias" (artículo 255 del Código Civil). Atendiendo al contenido de este precepto, siempre y cuando las medidas voluntarias, como la guarda de hecho, sean suficientes, no cabe adoptar medidas judiciales porque no son necesarias. Además, la guarda de hecho está sometida a la regla general establecida para todas las clases de apoyo en el artículo 249 del Código Civil que, recordemos, dispone que "solo en casos excepcionales cuando, pese a haber hecho un esfuerzo considerable no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas". Por supuesto, la regulación de la guarda de hecho parte de la premisa que el apoyo del guardador no va a ser sustituyendo, actuando en lugar de la persona con discapacidad. En este sentido, de nuevo, recordamos que el artículo 264 del Código Civil señala "cuando excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287. No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar".

En todo caso, cuando la función de apoyo la presta un guardador de hecho y operamos en un ámbito de actuación representativo "la autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan" (artículo 264 último párrafo y artículo 295.1 del Código Civil). Habitualmente, esto sucederá no sólo cuando se aprecie conflicto de intereses, sino también cando la propia complejidad del acto puede determinar que el guardador de hecho no sea la persona más idónea para llevarlo a cabo. De todas

formas, la guarda de hecho como cualquier medida de apoyo no está exenta de controles ante el riesgo de abusos, como hemos analizado, y le resultan de aplicación las salvaguardas legales que, a modo de prohibiciones, prevé el artículo 251 del Código Civil.

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2023[65] resolvió a favor de la guarda de hecho prestada por la hija al considerar suficiente tal medida de apoyo y no precisar de la constitución de un apoyo judicial en el procedo promovido por el Ministerio Fiscal. Además, tampoco se reveló durante el procedimiento que la guarda de hecho fuese contra la voluntad de la Sra. Blanca (artículo 267.1 del Código Civil), ni, por supuesto, existen problemas o dificultades que llevan a concluir que no funciona eficazmente y sea preciso recurrir a las medidas judiciales de apoyo (artículo 267.4 del Código Civil). Igualmente, resulta de la prueba practicada que, el apoyo prestado por el hijo es suficiente en atención a las circunstancias de la Sra. Blanca, pues no se advierte que vaya a ser necesaria la solicitud de autorizaciones judiciales para actuar en representación suya de forma reiterada, dado que la gestión de su pensión no implica una administración superior a la entendida como ordinaria. Por lo demás, tampoco existe conflicto con la hija de la Sra. Blanca que compareció en la entrevista del juzgado mostrando su conformidad con la función que desempeñada por su hermano.

Ahora bien, si las medidas voluntarias fueran insuficientes respecto a las necesidades de apoyo no cubiertas, se debería proceder a la adopción de medidas judiciales. Este planteamiento exige concreción y matización. Conforme al sistema de apoyos instaurado con la Ley 8/2021, si existe una guarda de hecho que cubre de manera adecuada todas las necesidades de apoyo de la persona, en principio, deja de ser necesario constituir un apoyo formal, porque la guarda de hecho es un medio legal de provisión de apoyos, aunque no requiera de una constitución formal. Pues, bien para nuestro Tribunal Supremo, Sala de lo Civil en sentencia de 20 de octubre de 2023[66] tal previsión no puede interpretarse de manera rígida, desatendiendo las concretas circunstancias que rodean a la persona necesitada de apoyos y la persona que los presta de hecho. Además, la suficiencia de la guarda de hecho no implica que queden excluidas de aplicación las medidas judiciales de apoyo. De lo que no discrepamos.

Ciertamente, nuestro Alto Tribunal está pensando en los principios de proporcionalidad, necesidad y mínima intervención y que se ha de atender a las circunstancias del caso ("traje a medida"). De ahí que, como bien señala, no haya que interpretar la regulación de las medidas de apoyo de forma rígida y descontextualizada. Si aplicásemos que forma rígida y automática la norma, podríamos dejar sin operatividad la curatela, si ya hay una medida de apoyo como la guarda de hecho.

Efectivamente, hay que atender a las circunstancias del caso concreto y, a la voluntad, deseos y preferencias de la persona y, en su caso a su trayectoria vital. Por lo que, si los apoyos que precisa la persona están cubiertos satisfactoriamente por una guarda de hecho, no hace falta recurrir a una provisión judicial de apoyos. Tampoco esta provisión judicial, si se adopta, tiene una connotación negativa. Hay que atender a lo que resulta más conveniente para la persona con discapacidad en lo que constituye la prestación de apoyos. De ahí que, pueda darse el supuesto que,

atendiendo a las circunstancias de la persona y su evolución, existiendo una guarda de hecho, deviene ésta insuficiente, y se conseja la adopción de una curatela.

Ahora bien, no debemos olvidar, y así nos lo recuerda la sentencia, que el artículo 263 del Código Civil, al regular la guarda de hecho, prevé la compatibilidad de la misma con las medidas de apoyo voluntarias o judiciales, respecto de aquellas necesidades no cubiertas por estas últimas. Asimismo, esta norma no impide que el guardador solicite formalizar judicialmente la prestación del apoyo, mediante su nombramiento como curador, con las mismas funciones asistenciales y de representación que hasta ahora prestaba el guardador. Lo que para la Sala puede también ocurrir cuando quien prestar la guarda de hecho poner de manifiesto la insuficiencia de la medida y advierte de la conveniencia de una constitución formal de apoyo que facilite en sus específicas circunstancias prestar su función de asistencia y representación del mejor modo posible.

De nuevo, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil en sentencia de la misma fecha de 20 de octubre de 2023[67] se pronuncia sobre la compatibilidad o, en su caso, interrelación entre medidas de apoyo voluntario e informal como la guarda de hecho y medias de apoyo judicial como la curatela. Incide en los mismos argumentos, pero añade algo más las dificultades de actuación que en la práctica se encuentra un guardador de hecho. Así en su escrito de oposición al recurso de casación del Ministerio Fiscal, la esposa (guardadora de hecho) explica los problemas diarios que afronta para realizar gestiones en nombre de su esposo, en las que debería firmar él, pero que no comprende ni tiene el menor interés, porque no comprende el valor del dinero, y que la esposa soluciona firmando con "autorización tácita" del marido. Es cierto que la regulación de la guarda de hecho permite al guardador de hecho solicitar autorización judicial para actuar en representación de la persona con discapacidad y que, la autorización puede comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo (artículo 264 del Código Civil), pero cuando por la discapacidad que afecta a la persona no puede prestar consentimiento y se precisa de manera diaria la actuación representativa de quien de manera reiterada y continua revela la insuficiencia de la guarda de hecho, la falta de agilidad en su actuación y en el desempeño de la prestación de apoyos, su falta de adecuación a la necesidad de apoyo requerido y el consecuencia, la conveniencia de una medida judicial.

La guarda de hecho representa una medida de apoyo informal con un ámbito de aplicación flexible. Sin embargo, sigue representando recelo su actuación como tal en determinados sectores económicos, comerciales, asegurativos y sanitarios que reducen su operatividad, a lo que se suma el tener que acudir frecuentemente al sistema judicial en solicitud de autorizaciones puntuales que complemente su legitimación para actuar en tales ámbitos, conlleva un incremento de la carga asistencial que puede generar resistencia o pasividad en algunos caso para asumir la guarda de hecho por los familiares más propios, generándose un efecto no querido por la propia Ley 8/2021. Ciertamente, hemos expuesto, los diferentes medios de acreditación de la guarda de hecho, y destacando la importancia que en el nombramiento en la sentencia que establece la guarda de hecho se ratifique su existencia. Ahora bien, ese rechazo o recelo a lo que no representa una medida formal y judicial ante la posible existencia de abusos e influencias indebidas; de-

bemos señalar la importancia de los controles y las salvaguardas que protegen a la persona con discapacidad.

En este contexto, lo que hay que tener presente es que solo se debe atender a las circunstancias concretas para determinar si está justificada la constitución de la guarda de hecho, en vez de una curatela. A la postre se deben adoptarse las medidas más idóneas para la persona y atender a su voluntad, deseos y preferencia, o, en su caso, a su trayectoria vital. Lo esencial es que se constituya la medida de apoyo que precise y sea más adecuada a la situación personal y patrimonial de la persona con discapacidad, y a cargo de quien se considere más idóneo para asistirla o, en su caso, representarla. No se trata, como bien señalar el Alto Tribunal en ambas resoluciones citadas, de aplicar de forma rígida y automática la figura de la guarda de hecho, como tampoco dotar de una connotación negativa a la adopción de medidas judiciales —que recuerden épocas pasadas de tutela e incapacitación—.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2ª, de 14 de septiembre de 2022[68] destaca que resulta operativa la guarda de hecho cuando esta se desarrolla satisfactoriamente y no nos hallamos en ninguno de los supuestos que, en principio, podrán hacer precisa una medida de apoyo de mayor alcance e intensidad (como sería la curatela); así, como con carácter enunciativo, alguno de los siguientes: 1. Existencia de conflictos de intereses reiterados, conflictos de índole personal, abusos del guardador de hecho o influencia indebida del mismo sobre la persona con discapacidad; 2. Que, por las circunstancias de la persona con discapacidad, se advierta que va a ser necesaria la solicitud reiterada y continuada de autorizaciones jurídicas por el guardador de hecho, para actuar en representación de la persona con discapacidad, tales como supuestos de patrimonios que por su entidad o cantidad implican una administración superior a la entendida como ordinaria; y, 3. Existencia de conflictos alrededor de la guarda de hecho (así, por ejemplo, que varios familiares se irriguen de forma conjunta la guarda de echo en detrimento del resto, o bien que los familiares no guardadores de hecho se opongan a los actos del que sí actúa como tal), que sirvan a constatar que se está perjudicando o dificultando el desenvolvimiento de la vida de la persona con discapacidad.

En todo caso, conviene recordar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho que se transforma en una institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional, cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. Además, el artículo 255 *in fine* del Código Civil, en los términos ya apuntados, contiene un mandato de desjudicialización "razonable" que pasa por asumir con naturalidad que las facultades de actuación no vienen dadas por una resolución judicial, sino directamente por la ley. Por lo que, solo se acordará la constitución de la curatela de forma residual, es decir, como medida de apoyo cuando no exista otra medida o éste sea insuficiente para la persona con discapacidad y en el caso excepcional en que resulten imprescindible la concesión de facultades representativas, será necesario que se motiven los actos concretos en los que el curador deba asumir la representación[69]. Ahora bien, pese a que la guarda de hecho ni precisa de una investidura judicial formal; no obstante, en ocasiones el guardador de hecho se ve necesitado de recabar el auxilio judicial con el objeto que se reconozca su existencia por parte

de entes públicos y privados, las facultades que ya tiene reconocida por la Ley. Efectivamente, el guardador de hecho no necesita que se declare judicialmente su condición de tal a efectos de poder cancelar una cuenta bancaria o servicios y suministros del domicilio del guardado. Sin embargo, dado los obstáculos a los que se enfrentan los guardadores de hecho, los jueces acceden a la pretensión del guardador y se les reconoce sin necesidad de investidura formal, guardador de hecho "a todos los efectos legales", entre otros poder representar plena y totalmente a la persona discapaz en actos como: gestión, administración, disposición ante entidad bancaria en la que la persona con discapacidad ingresa su pensión; o en cualquier acto ante la Administración General del Estado y organismos dependientes, como AEAT y ante la Administración autonómica y Local y en cualquier acto de gestión de los intereses ordinarios de la persona con discapacidad en relación con empresas que presten servicios o suministros a la vivienda que constituye el domicilio de la persona discapacitada. Por lo que, en el propio expediente de jurisdicción voluntaria se reconoce valor como medida de apoyo al guardador de hecho[70]. Al respecto en el citado Grupo de Trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria, celebrado por el CGPJ recordamos que entre las conclusiones se propuso la recomendación de "dejar constancia de la existencia de una guarda de hecho ejercida por NN en relación a la persona NN y reseñar las funciones que el código atribuye al guardador de hecho"[71]; si bien, también señala que ha de darse preferencia a la guarda de hecho ya existente sin necesidad de intervención judicial justificando su existencia ("desjudicialización"). Y, aunque se pueden adoptar, como sucede para todas las medidas de apoyo que, la autoridad judicial podrá fijar los controles y las salvaguardas que considere oportunas para asegurar que aquellas se ajustan a los criterios resultantes del artículo 249 del Código Civil y, en articular atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera (artículo 249 apartado 5). En las mencionadas conclusiones se destaca que, con respecto al ejercicio de una guarda de hecho respecto a una persona que vive en un centro residencial puede precisar salvaguarda, sí esa persona no tiene otra medida de apoyo (por ejemplo, otro guardador de hecho personal que complete). Tengamos en cuenta que la residencia, en base a lo dispuesto en el artículo 250 del Código Civil no puede ejercer ninguna medida de apoyo. Tras este breve inciso, continúa las citadas conclusiones recomendando "la necesaria adopción de salvaguardas y el control del ejercicio de la guarda de hecho. Si es necesario realizar un acto jurídico para que la persona con discapacidad (en residencia o cetro asimilado) precisa de apoyo, debe ser prestado por un defensor judicial con amparo en el artículo 295.5 del Código Civil)" (p. 6).

Sobre tales bases, cuando, normalmente se necesita de ayuda o apoyo continuado, o la patología que sufre la persona discapacitada es irreversible se opta por la medida de apoyo judicial como es la curatela representativa y se la califica de medida idónea para con ello lograr el pleno desarrollo de la personalidad y desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad de la persona discapacitada[72]. Aunque en estos casos la guarda de hecho haya sido operativa, se torna en apoyo insuficiente para atender debidamente a las necesidades de aquélla, cuando se precisa un continuado recurso a la obtención de autorizaciones judiciales *"para uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo"* conforme a

lo que dispone el artículo 269 del Código Civil, siendo así que ese mismo precepto prevé que *"la actuación representativa del guardador de hecho" solo puede darse "excepcionalmente""*. Lo cierto es que cuando la situación de deterioro progresivo irreversible de la persona, la imposibilidad absoluta de que pueda manifestar ningún grado de mínima voluntad tendente a realizar cualquier actividad de la vida ordinaria, incluidas las más básicas, la exigencia de apoyo continúo se traduce en la inviabilidad material para que el guardador de hecho puede realizar en nombre e interés de la persona con discapacidad cualquier actuación para la que se exija que conste formalmente un consentimiento expreso. Lo expuesto hace que la medida informal de apoyo en que la guarda de hecho consiste, se torne en medida de apoyo insuficiente, lo que justifica la adopción de la oportuna medida de apoyo judicial de carácter formal tal y como prevén los artículos 255 y 269 del Código Civil ajustada a los "principios de necesidad y proporcionalidad", como dispone el artículo 249 del citado cuerpo legal[73]. Si bien, no faltan supuestos en que se mantiene la guarda de hecho pese a que la persona con discapacidad parece una enfermedad que afecta directamente a su capacidad para tomar decisiones y a su capacidad de autodeterminación; o se trata de un persona de avanzada edad que sufre un proceso de deterioro físico, cognitivo y personal, una demencia moderada, careciendo de capacidad para el manejo de dinero o un proceso de demencia de perfil degenerativo y progresivo que no afecta especialmente a su capacidad volitiva y a su capacidad para tomar decisiones[74].

Tampoco parece que se pueda mantener la guarda de hecho cuando las personas implicadas, el propio guardador de hecho no la acepta y solicita la intervención judicial para constituir otra medida de apoyo[75].

Asimismo, cuando existe un patrimonio, cuya administración requiere la petición de continuas autorizaciones judiciales para realizar actuaciones representativas. Precisamente, en el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de Trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria de 2022 (Cod. EX2201) se afirma que podrá entenderse que la guarda de hecho no es una medida de apoyo suficiente "cuando por las circunstancias de la persona con discapacidad se advierta que va a ser necesaria la solicitud de autorizaciones judiciales por el guardador, para actuar en representación de la persona con discapacidad de forma reiterada, y por ello, deberá acudir de modo reiterado al juzgado (por ejemplo, en caso de patrimonio que por su entidad o cantidad implica una administración superior a la entendida como ordinaria").

En todo caso, procede señalar que, cuando existe una guarda de hecho que en la práctica se desarrolla de forma adecuada y suficiente, no se adoptarán medidas de apoyo judicial, sin perjuicio que la guarda de hecho puede coexistir con una medida de apoyo judicial cuando ésta última sea necesaria para algún gasto o esfera en que no es suficiente la guarda de hecho[76]. Ahora bien, además de solicitar autorización judicial en los supuestos previstos en el artículo 287 del Código Civil, nada impide que en la propia sentencia que constituye la guarda de hecho como medida de apoyo, autorice al guardador de hecho a representar al guardado ante las compañías de suministro como agua, luz, o comunicaciones del domicilio en el que vive[77]. Ciertamente, a diferencia de la regulación anterior, en la que la guarda de hecho se contemplaba como una situación transitoria, en la legislación vigente,

por el contrario, la guarda de hecho se contempla como una medida de apoyo duradero al cual la ley da prevalencia respecto de las medidas de apoyo judiciales. Esta preeminencia supone que la judicialización de los apoyos, no procederá allí donde exista guarda de hecho adecuada y suficiente. Además, el nuevo tratamiento legal de la discapacidad descansa en los principios de proporcionalidad y necesidad para la adopción de cualquiera de las medidas judiciales de apoyo, como tantas veces hemos señalado, siendo por tanto exigible que la decisión se motive suficientemente las razones por las que debe proveerse un apoyo judicial, a lo que debe añadirse el carácter excepcional de la curatela con funciones representativas[78].

En consecuencia, la guarda de hecho, donde exista, se debe preservar, garantizando su ejercicio en la forma más compatible posible con la voluntad, deseos y preferencias del guardado —en quien reside la facultad de ponerle fin interesando que el apoyo se organice de otro modo—, sin perjuicio que, dada la flexibilidad y compatibilidad de los diversos medios de apoyo establecidos en la nueva regulación, la guarda de hecho pueda ser completada con los apoyos notariales o judiciales que su insuficientes parcial pueda requerir, o con los controles o salvaguardas oportunas en garantía de su correcto funcionamiento. Asimismo, la garantía y respeto a los derechos fundamentales de la persona con discapacidad compete, en razón de su eficacia horizontal, no sólo a las instituciones y poderes públicos, sino también a la ciudadanía y a las entidades privadas en sus relaciones particulares. De ahí, la importancia de colaboración entre instituciones y entidades prestadoras de servicios —entidades bancarias, entidades de seguro, entidades sanitarias, entidades comerciales— ya que la operatividad es esencial a fin de garantizar la autonomía financiera, comercial, asegurativa, sanitaria de las personas con discapacidad— en orden a convenir instrumentos de buenas prácticas y pautas de actuación que a modo de *soft law* contribuyan a consolidar en camino en la aplicabilidad práctica de la nueva legislación.

Como hemos indicado, debemos alejarnos de una mimética sustitución de tutelas por curatelas representativas, o antes cualquier duda de la voluntad, deseos y preferencias de las personas y su trayectoria vital optar por judicializar la situación y nombrar un curador asistencial, existiendo una guarda de hecho suficiente y adecuada. A la vez debemos evitar una remisión generalizada a las guardas de hecho sin analizar la circunstancias concretas —personales y patrimoniales— en que se encuentra la persona con discapacidad, su entorno familiar, su realidad socio familiar y, de nuevo, sin analizar su voluntad, deseos y preferencia y, por ende, su trayectoria vital.

De todas formas, conviene reiterar que, pese a la desjudicialización que se pretende con la guarda de hecho dotándola de la naturaleza de medida de apoyo informal es necesario en la práctica ante las dificultades de su aceptación y reconocimiento como tal acudir a un acta de notoriedad o, en su caso, a un auto de declaración de la condición de guardador de hecho frente a la entidad bancaria o asegurativa a través de un proceso de jurisdicción voluntaria. No obstante, en el auto de jurisdicción voluntaria donde se deje constancia de la existencia de una guarda de hecho, se enumeren los actos que puede realizar. Y, en fin, se aprovechen los procesos de revisión de medidas que concluyan con el archivo de una tutela, curatela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, acordadas con ante-

rioridad de esta reforma y el nombramiento un guardador de hecho. Constituyendo dicha resolución título acreditativo de la existencia de esta institución (vid., Concusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a la persona con discapacidad y mayores de 2021).

Por otra parte, una cuestión de orden procesal que se concreta en el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de Trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a la persona con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022 "cuando el guardador de hecho solicite una autorización para representar a la persona con discapacidad en la enajenación de bienes inmuebles, se seguirá el procedimiento previsto en os artículos 61 y siguientes de la LJV, por ser el más específico para este acto, y no el general del artículo 52.3 de la LJV"[79].

Ahora bien, en líneas precedentes hemos determinado la posible compatibilidad e interrelación entre curatela y guarda de hecho, procede referirnos a la existente entre la asistencia tras la reforma por Real Decreto-Ley 19/2021 y la guarda de hecho. Ciertamente, bajo la legislación vigente (en fase de revisión) como en la anterior el contenido de la guarda de hecho y de la asistencia no es idéntico. El de la guarda de hecho viene determinado en tanto no se reforme por el artículo 225-3 del Código Civil catalán "cuidar de la persona en guarda y actuar siempre en beneficio de esta y si asume la gestión patrimonial debe limitarse a realizar actos de administración ordinaria", mientras que las funciones del asistente las define la autoridad judicial, si no hay medida voluntaria, o la propia persona interesada en escritura pública (artículos 226-1 y 226-4 del Código Civil catalán). La diferencia no sólo radica en la forma de constitución (informal o formal), sino en la determinación de sus funciones que deben ajustarse a las necesidades de la persona con discapacidad para garantizar el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad. La circunstancia que la petición de asistencia la formule la persona que vienen actuando como guardador de hecho poner de manifiesto *a priori* la necesidad de una medida de apoyo con funciones más amplias, necesidad que debe ser valorada desde la perspectiva de la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona afectada. De ahí que, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 29 de junio de 2022[80] entienda que, en definitiva la constitución de la asistencia es necesaria incluso en los supuestos en los que exista una persona que haya asumido la guarda de hecho cuando el nivel de apoyo que puede llevar a cabo no sea suficiente y adecuado, lo que debe verificarse en cada caso, atendiendo al principio de necesidad al que hace referencia el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de septiembre de 2021 y no solo en los supuestos de inexistencia de guardador de hecho o de conflictividad.

En fin, es posible que el guardador de hecho se convierta en curador de la persona, cuando sea procedente adoptar esta última medida[81].

En cuanto a las medidas voluntarias de apoyo, en su relación (compatibilidad) con la guarda de hecho, el artículo 255 apartado 5 del Código Civil dispone que, solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.

Respecto, al apoderamiento o mandato preventivo, cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el

apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa (artículo 258 apartado cuarto del Código Civil). De forma que, pueden subsistir los mandatos o apoderamientos preventivos con la curatela, siempre que sean compatibles; e, igualmente, podrán subsistir si, a pesar de concurrir causas para la remoción del tutor, el poderdante hubiera dispuesto otra cosa, esto es, la subsistencia del poder, aunque se dieran tales circunstancias.

Por último, indicar que, el mandato preventivo se extingue: 1. Por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición; y, 2. Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos (artículo 1732 apartado 4 y 5 del Código Civil).

En lo que se refiere al defensor judicial, éste opera o como medida de apoyo autónoma en el supuesto que, la persona con discapacidad requiera el establecimiento de la misma, aunque sea nombrada para operar de forma ocasional, provisional o temporal o, en fin, sea recurrente en su actuación. Ahora bien, es compatible su funcionamiento con otras medidas de apoyo ya existentes: 1. Cuando por cualquier causa, el guardador de hecho, el curador nombrado o el apoderado o mandatario no pueden cumplir con su función de apoyo temporalmente, prestando su apoyo el defensor hasta que cese la causa que determina la imposibilidad de actuación u opte el juez a designar otra persona; 2. Cuando exista conflicto de intereses entre el guardador, curador o apoderado preventivo y la persona con discapacidad; 3. Mientras se tramita el expediente de excusa alegada por el curador o el guardador de hecho y el juez lo considera pertinente; 4. Cuando promovida la provisión judicial de apoyo y hasta que recaiga resolución judicial, el juez considere necesario que el defensor judicial se encarga de la administración de los bienes de la persona con discapacidad; y, 5. También cuando es precisa la autorización judicial para una actuación representativa del guardador de hecho, el artículo 264 del Código Civil en su último párrafo expresamente establece que el juez "podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan".

En todo caso, no procede el nombramiento de defensor en los supuestos indicados, cuando haya varios curadores o guardadores que pueden actuar. Todo ello salvo que, el juez en decisión motivada, considere necesario su nombramiento, pese a la existencia de una curatela o guarda de hecho pluripersonal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). "Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (1)", *Revista Jurídica del Notariado, número 112, enero-junio*, Pp. 499-556.

— (2021). "Comentario al artículo 238 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.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2021). "Voluntad y consentimiento informado en la ley para el apoyo a las personas con discapacidad", *El Notario del siglo XXI, número 100, noviembre-diciembre,* pp. 76-82.

— (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. 24-29.

ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2019). "Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas vulnerables", *Actualidad Jurídica Iberoamericana, número 10, febrero*, pp. 224-281.

— (2022). *La curatela tras la Ley 8/2021*, Valencia: tirant lo blanch.

AMMERMAN YEBRA, J. (2022). "Comentario al artículo 275 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.

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.

CORRIPIO GIL-DELGADO, Mª. 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*, pp. 669-713.

DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019). *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su discapacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Madrid: Reus.

— (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.

DE SALAS MURILLO, S. (2021). "Comentarios a los artículos 275 y 276 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2022). "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario La Ley, número 10021, sección Dossier, de 3 de marzo*, pp. 1-20.

DÍAZ PARDO, G. (2022). "Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio". En: M. Pereña Vicente, M.M. Heras Hernández (dirs.) y M. Núñez Núñez (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: tirant lo blanch.

DONADO VARA, A. (2022). "Humanización de la justicia: retos procesales en los procesos de familiar. La judicialización de la guarda de hecho bajo el nuevo paradigma de la discapacidad", *LA LEY Derecho de Familia, número 33, sección A Fondo, primer trimestre*, pp. 124-131.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2022). "Jurisdicción voluntaria: provisión de apoyos a personas con discapacidad", *LA LEY Derecho de Familia, enero-marzo*, *núm. 33,* pp. 6-45.

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.

GARCÍA RUBIO, Mª.P. (2018). "Las medidas de apoyo con carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil, julio-septiembre, vol. 5, núm. 3,* pp. 29-60.

— (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.

— (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.

GARCÍA RUBIO, Mª.P. Y TORRES COSTAS, Mª. E. (2022). "Comentario al artículo 249 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*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi.

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.

LECIÑERA IBARRA, A. (2015). *La guarda de hecho de las personas mayores*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.

LEGERÉN-MOLINA, A. (2012). *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 239.2 del Código Civil*, Madrid: Editorial Ramón Areces.

— (2019). "La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos". En: 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.

LÓPEZ SAN LUIS, R. (2020). "El principio de respecto 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*, pp. 111-138.

— (2022). *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Madrid: Francis Lefebvre.

— (2024). "La representación en la guarda de hecho de la persona con discapacidad", *El Notario del Siglo XXI, marzo-abril,* pp. 44-49.

LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C. (2021). "La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021", *El Notario del Siglo XXI, número 99, septiembre-octubre*, pp. 32-37.

MARÍN VELARDE, A. (2020). "La discapacidad: su delimitación jurídica". En: E. Muñiz Espada (dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Madrid: La Ley.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapa-*

cidad psíquica: reflexiones para una reforma legal, Navarra: Aranzadi.

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,* pp. 30-39.

MUNAR BERNAT, P.A. (2020). "La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad", *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, vol. XXI,* pp. 436-470.

— (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.

ORTIZ TEJONERO, M. (2022). "La guarda de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021", *Diario La Ley, número 10053, sección Tribunal, de 21 de abril*, pp. 1-6.

PALACIOS GONZÁLEZ, D. (2021). "Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica". En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Moya (dirs.) y C. Gil Membrano y J.J. Pretel Serrano (coords.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid: La Ley.

PALLARÉS NEILA, J. (2022). "El ejercicio de la nueva curatela". En: M. Pereña Vicente y Mª. del M. Heras Hernández (dirs.) y Mª. 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.

PARRA LUCÁN, Mª. Á. (2013). "La guarda de hecho de las personas con discapacidad". En: S. de Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Madrid: Dykinson.

PAU PEDRÓN, A. (2020). "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, *vol. XXI*, pp. 411-435.

PEREÑA VICENTE, M. (2016). "Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa", *Revista de Derecho Privado, número 100, abril (4)*, pp. 3-40.

— (2018). "La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad". En: M. Pereña Vicente (dir.) y G. Díaz Pardo y M. Núñez Núñez (coords.), *La voluntad de la persona protegida*, Madrid: Dykinson.

PETIT SÁNCHEZ, M.: (2020). "La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés", *Revista de Derecho Civil, octubre-diciembre*, *vol. VII, núm. 5,* pp. 266-313.

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.

RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. (2021). "Medidas de apoyo a personas con disca-

pacidad 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.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). "Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad: Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista de Derecho Civil, octubre-diciembre, vol. 7, núm. 5,* pp. 385-428.

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, pp. 14-51.

SANTOS URBANEJA, F. (2021). *Sistema de apoyo a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Madrid: Cuniep Edtorial.

SOLÉ RESINA, J. (2021). "Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho (1)", *LA LEY Derecho de Familia, número 31, sección A Fondo, tercer trimestre*, pp. 18-33.

— (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.

TORAL LARA, E. (2022). "Las medidas de apoyo judiciales e informales en el nuevo sistema de provisión de apoyo en el 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.

UREÑA CARAZO, B. (2022). "El nuevo proceso de apoyo a las personas con discapacidad: un enfoque humanista", *LA LEY, Derecho de familia, enero-marzo*, *núm. 33*, pp. 189-200.

VALLS i XUFRÉ, J. (2022). "El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos". En: M. Pereña Vicente y M.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.

VELILLA ANTOLÍN, N. (2021). "Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad", *El Notario del siglo XXI, número 99, septiembre-octubre*, pp. 12-17.

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.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC (Pleno), 20 abril 2023.
- STS, Pleno de la sala de lo Civil, 10 enero 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 10 mayo 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 8 septiembre 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 19 octubre 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 2 noviembre 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 21 diciembre 2021.

- STS, Sala de lo Civil, 14 marzo 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 21 diciembre 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 23 enero 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 21 marzo 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 20 octubre 2023.
- RDGSJYFP de 19 de julio de 2022.
- RDGSJYFP de 4 de noviembre de 2022.
- RDGSJYFP de 26 de julio de 2023.
- RDGSJYFP de 19 de enero de 2024.
- RDGSJYFP de 15 de febrero de 2024.
- RDGSJYFP de 20 de marzo de 2024.
- RDGSJYFP de 25 de marzo de 2024.
- SAP Huelva, secc. 2ª, 14 septiembre 2018.
- SAP Badajoz, secc. 3ª, 17 febrero 2021.
- SAP Navarra, secc. 3ª, 3 junio 2021.
- SAP León, secc. 2ª, 19 julio 2021.
- SAP Valencia, secc. 10ª, 10 septiembre 2021.
- SAP Ourense, secc. 1ª, 24 septiembre 2021.
- SAP Valencia, secc. 10ª, 20 octubre 2021.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 27 octubre 2021.
- SAP Ourense, secc. 1ª, 22 noviembre 2021.
- SAP Asturias, secc. 5ª, 1 diciembre 2021.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 13 enero 2022.
- SAP Valencia, secc. 10ª, 10 febrero 2022.
- SAP Santander, secc. 2ª, 14 febrero 2022.
- SAP Cantabria, secc. 2ª, 14 febrero 2022.
- SAP Madrid, secc. 24ª, 11 marzo 2022.
- SAP Toledo, secc. 1º, 14 marzo 2022.
- SAP León, secc. 1ª, 21 marzo 2022.
- SAP Cantabria, secc. 2ª, 30 marzo 2022.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 12 mayo 2022.
- SAP Cantabria, secc. 2ª, 31 mayo 2022.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 29 junio 2022.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 6 julio 2022.
- SAP Palencia, secc. 1ª, 12 julio 2022.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 5 septiembre 2022.
- SAP Málaga, secc. 6ª, 18 octubre 2022.
- SAP Alicante, secc. 6ª, 25 octubre 2022.
- SAP Lugo, secc. 1ª, 9 noviembre 2022.
- SAP Ourense, secc. 1ª, 10 noviembre 2022.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 2 diciembre 2022.
- SAP Madrid, secc. 3ª, 14 diciembre 2022.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 17 diciembre 2022.
- SAP Málaga, secc. 6ª, 28 diciembre 2022.
- SAP Valencia, secc. 10ª, 9 enero 2023.
- SAP Vitoria-Gasteiz, secc. 1ª, 17 enero 2023.
- SAP Málaga, secc. 6ª, 2 febrero 2023.

- SAP Pamplona, secc. 3ª, 6 febrero 2023.
- AAP Asturias, secc. 5ª, 28 febrero 2023.
- SAP Islas Baleares, secc. 4ª, 31 marzo 2023.
- SAP Vizcaya, secc. 4ª, 28 abril 2023.
- SAP Ourense, secc. 1ª, 9 mayo 2023.
- SAP Alicante, secc. 6ª, 11 mayo 2023.
- SAP Granada, secc. 5ª, 19 mayo 2023.
- AAP Málaga, secc. 6ª, 14 junio 2023.
- SAP A Coruña, secc. 5ª, 27 junio 2023.
- SAP Córdoba, secc. 5ª, 27 junio 2023.
- SAP Asturias, secc. 7ª, 7 julio 2023.
- SAP León, secc. 1ª, 28 julio 2023.
- SAP Madrid, secc. 22ª. 22 septiembre 2023.
- SAP Alicante, secc. 6ª, 5 octubre 2023.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 9 octubre 2023.
- SAP Bilbao, secc. 4ª, 31 octubre 2023.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 28 noviembre 2023.
- SAP Madrid, secc. 24ª, 20 noviembre 2023.
- SAP Madrid, secc. 24ª, 17 enero 2024.
- SAP Madrid, secc. 22ª, 5 julio 2024.
- AAP Alicante, secc. 6ª, 5 julio 2024.
- AAP Alicante, sec. 6ª, 12 julio 2024.
- SAP Madrid, secc. 22ª, 27 julio 2024
- AJPI, número 6, Santiago de Compostela, 20 enero 2021.
- SJPI, número 5, de Córdoba, 30 septiembre 2021 (dos).
- SJPI, número 9, Castellón de la Plana, 4 octubre 2021.
- SJPII, número 4, Massamagrell (Valencia), 21 septiembre 2021.
- SJPI, número 6, Jaén, 22 septiembre 2021.
- SJPI, número 7, Sevilla, 27 septiembre 2021 (dos).
- SJPI, número 5, Córdoba, 30 septiembre 2021 (dos).
- SJPI Castellón de la Plana, número 9, 4 octubre 2021
- AJPI, número 6, Girona, 3 diciembre 2021.
- AJPII, número 1, Tafalla, 15 diciembre 2021.

NOTAS

[1] LECIÑERA IBARRA, A (2021). "Comentario al artículo 263 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. 652.

[2] ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). "Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (1)", *Revista Jurídica del Notariado, número 112, enero-junio*, p. 523.

[3] LÓPEZ SAN LUIS, R. (2022). *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, p. 77.

[4] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 4 de julio de 2022 (JUR 2022,336477); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, de 26 de septiembre de 2022 (Roj. SAP CO 658/2022) la guarda de hecho, a diferencia de la curatela representativa para una significativa pluralidad de actos, es plenamente proporcionada a las circunstancias del caso y conforme con los principios de libertad, autonomía y respeto a los propios derechos de la personalidad que constituyen la finalidad perseguida por la nueva legislación; de la Audiencia Provincial de Santander, secc. 2ª, de 12 de julio de 2022 (Roj. SAP S 963/2022); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 13 de octubre de 2022 (Roj. SAP MA 4024/2022) la suficiencia de la guarda de hecho que coexiste con una red social de apoyos; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 31 de marzo de 2023 (Roj. SAP M 5189/2023); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2ª, de 3 de mayo de 2023 (Roj. SAP SE 981/2023); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24ª, de 28 de junio de 2023 (Roj. SAP M 15981/2023); de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 28 de julio de 2023 (Roj. SAP LE 972/2023); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24ª, de 20 de noviembre de 2023 (Roj. SAP M 19124/2023). Asimismo, vid., los Autos de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 3ª, de 29 de marzo de 2023 (JUR 2023,344181); y de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1ª, de 17 de abril de 2023 (JUR 2023,353260).

[5] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2023 (RJ 2023,2350). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 9 de octubre de 2023 (Roj. SAP CA 2145/2023; ECLI:ES:APCA;2023;2145) teniendo en cuenta su enfermedad, Regina, está siendo tratada convenientemente y está recibiendo los cuidados y la ayuda para las actividades básicas de su vida. De modo que, hoy por hoy, tanto desde el punto de vista asistencial como patrimonial, sus necesidades se encuentran suficientemente cubiertas. En este sentido, y una vez examinada la prueba y a la vista de las circunstancias del presente caso en que la persona que sufre dicha discapacidad se aprecia correcta y plenamente tratada y apoyada en su necesidades, la Sala habida cuenta de no ser necesaria la constitución de una curatela simple ni representativa, pues, es más que suficiente la guarda de hecho que vienen desempeñando sus hijas más directamente, con la colaboración mencionada, asimismo, una cuidadora, y en particular, a través de la hija Justa, respecto de la que todas se muestran en conformidad en considerar, en definitiva, como referente en la relación particular con la madre y frente a terceros con los que ha de relacionarse para los temas de salud, institucionales y de banco o económicos del día a día ordinarios; de la Audiencia Provincial de Bilbao, secc. 4ª, de 31 de octubre de 2023 (Roj. SAP BI 853/2023; ECLI:ES:APBI;2023:853) en el supuesto de autos se ha revisado la resolución que le limitó su capacidad (fecha 28 de abril de 2023) y de la misma se infiere que basta una guarda de hecho y no una curatela representativa; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24ª, de 17 de enero de 2024 (Roj. SAP M 571/2024; ECLI:ES:APMA:2024:571) teniendo en cuenta que D. Enrique sigue poseyendo plenas capacidades volitivas e intelectivas y que Dª. Fidela le cuida y le apoya en todos los aspectos necesarios para su desenvolvimiento personal, es por lo que, y conforme a la voluntad de la persona con discapacidad, se va a revocar la resolución recurrida reintegrando al apelante su plena capacidad y dejando a Dª. Fidela siga ejerciendo esa guarda "de facto" como ha hecho hasta ahora.

[6] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 3 de junio de 2022 (LA LEY 207152/2022) una persona que padecía "corea de hutchington" y que, según informe del médico forense, no tenía autonomía persona, se constató que por parte del guardador de hecho no estaban "cuberitas sus necesidades básicas", pues, el padre presentaba un estado higiénico-dietético muy deficiente, las condiciones higiénicas de la casa en la que vivían eran "deplorables", hallándose, además, en un estado de asilamiento, sin que durante, aproximadamente, cinco años hubiera salido de la vivienda y sin apenas levantarse de la cama. Por ello, se considera que la guarda de hecho ejercida por la familia no era "la medida idónea para la salvaguardar los apoyos necesarios", conformando la sentencia recurrida que, había encomendado la curatela a una entidad pública y desestimando el recurso del guardador que se le nombrara curador de su padre.

[7] Vid., la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 9, de Castellón de la Plana de 4 de octubre de 2021 (LA LEY 179219/2021) persona soltera de 35 años que convivía con sus padres, guardadores de hecho, que padecía un trastorno esquizoafectivo con patrón bipolar, lo que le provocaba fases en que presentaba vivencias expansivas con dimensión delirante de tipo megalómano. Durante dichas fases era vulnerable a influencias externas, habiendo sido instrumentalizada económicamente por terceras personas, que le había inducido a adquirir bienes que luego tuvo que malvender, así como por oportunistas habiendo podido saludo de situaciones comprometidas gracias a la protección de la familia con la que convivía. Por ello, se consideró conveniente la existencia de un apoyo judicial para evitar que la persona con discapacidad tomara decisiones e hiciera planes desajustados que pusieran en riego su vida y bienes. En consecuencia, se nombró al padre como curador con facultades de representación.

[8] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 6 de mayo de 2022 (LA LEY 170338/2022) se nombra como curadora al Instituto valenciano de Atención Social y Sanitaria pues, se trata de una persona que padece un trastorno límite de la personalidad, un trastorno depresivo crónico y un trastorno explosivo como consecuencia del consumo de cannabis, cocaína y alcohol y, habida cuenta de la situación en el hogar y el problema de convivencia con sus padres de avanzada edad.

[9] En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 20 de enero de 2023 (Roj. SAP CA 21/2023) se indica que resulta suficientemente acreditado que cuenta con apoyo suficiente a través de la guarda de hecho ejercida por sus hijos, por lo que no estaría justificada la adopción de medidas judiciales ya que la Ley dota a la guarda de hecho de su propio régimen jurídico, por lo que no precisa de constitución e investidura judicial formal; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 29 de marzo de 2023 (JUR 2023,259463) teniendo en cuenta la enfermedad de Santiago está siendo tratado convenientemente y está recibiendo los cuidados y la ayuda para las actividades básicas de su vida. De modo que, hoy por hoy, tanto desde el punto de vista asistencial como patrimonial, sus necesidades se encuentran suficientemente cubiertas. En este sentido, la Sala no considera necesaria la constitución de una curatela ni simple ni representativa, pues, es más que suficiente la guarda de hecho que viene desempeñando su mujer más directamente con la colaboración de sus hijos Secundino y Ovidio; en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 6, Jaén 545/2021, 22 septiembre se precisa que, la realidad demuestra que, en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho, generalmente, un familiar, pues, la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que al componen, especialmente, en lo que atañe a sus miembros más vulnerables. En el caso de autos, no es necesario adoptar judicialmente un tipo de medida de apoyo para la Srta. Paula, puesto que, ha quedado plenamente constatado que la misma se encuentra bajo la guarda de hecho de su madre, la demandante y con la ayuda de ella vienen desarrollando una vida más o menor normalizada y puede ir tomando decisiones en aquellas cuestiones que le afectan a la mima con el apoyo de su propia progenitora, lo que evidencia lo innecesario de adoptar judicialmente alguna de las medidas de apo-

yo que contempla actualmente nuestro Código Civil, esencialmente, la curatela y la curatela con funciones representativas; asimismo, en esta línea, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 7, Sevilla 561/2021, 27 septiembre se indica, al respecto, que del conjunto de la prueba practicada en este procedimiento, consistente en documental médica e informe elaborado por el médico forense, así como exploración judicial, ha resultado probado que Dª. Manuela, de 75 años padece un trastorno cognitivo moderado derivada de una demencia moderada, lo que le lleva a una limitación en su autonomía para la función de tareas básicas de su vida diaria requiriendo supervisión y ayuda para ellas, y para las actividades funcionales de la vida diaria, careciendo de capacidad para el manejo del dinero. Se ha explorado a los parientes más próximos y en concreto a su hija Adela, la cual ha relatado que su madre es atendida en una residencia hace tres años, que es titular de una pensión de 1050 euros y se destina integra al pago de la residencia, siendo la misma cotitular de la cuenta donde se ingresa dicha pensión de su madre, de tal forma que hoy vienen realizado todas las gestiones necesarias para administrarla sin impedimento alguno. Vistas las circunstancias del caso, se estima por el juez que, lo procedente es la desestimación de la demanda teniendo en cuenta que por parte de la actora se ha solicitándose nombre como medida de apoyo la curatela lo que no procede, ya que de hecho si viene ejerciendo una guarda por la hija Adela, lo que no requiere pronunciamiento judicial alguno, entendiendo que con ello queda salvaguardadas las necesidades de la demandada, conforme lo previsto en los artículos 263 y siguientes. En el mismo sentido, se pronuncia la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 5, de Córdoba 343/2021, de 30 de septiembre examinada la actual regulación se trata de determinar si existen otras medidas de apoyo para D. Manuel cuya discapacidad ha quedado acreditada y en este caso, se da la circunstancia de que Dª Juana, con el apoyo y colaboración de sus hijos Emilio, Alberto y Marta, viene ejerciendo como guardadora de hecho de su esposo de forma satisfactoria y beneficiosa para él. En el caso de auto, no ha quedado acreditada la necesidad de constituir una curatela y que dicha curatela lo sea con funciones representativas. Y ello sin perjuicio que Dª Juana como guardadora de hecho de su esposo, deba seguir ejerciendo su labor con el apoyo y colaboración de sus hijos tal y como vienen haciendo y sin perjuicio que en el caso que de forma excepcional necesite ejercer funciones representativas para los casos del artículo 287 del Código Civil inste el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria tal y como lo permite y regula el artículo 264 del Código Civil; y, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 5, Córdoba 346/2021, 30 septiembre en el presente caso, ha quedado acreditado que D. Francisco de 58 años de edad vive en Córdoba, en la residencia de gravemente afectados XX donde ingresó el día 28 de junio de 2010. De conformidad con el informe médico forense D, Francisco padece un cuadro secular físico y psíquico (encefalopatía anóxica) o estado de mínima respuesta secundario a un TCE grave. Dicho trastorno es de carácter permanente, existiendo escasa posibilidad de recuperación de las habilidades perdidas. Como consecuencia de lo anterior, desde el punto de vista médico el actor no posee en la actualidad capacidad suficiente para atender las distintas facetas que conforman su autogobierno y las que afectan a la administración de su patrimonio. Examinada la actual regulación, se trata de determinar si existen otras medidas de apoyo para D Francisco cuya discapacidad ha quedado acreditada y en este caso se da la circunstancia que Dª Rosa vienen ejerciendo como guardadora de hecho de su hermano de forma satisfactoria y beneficiosa para él. En el caso de autos no ha quedado acreditada la necesidad de constituir una curatela y que dicha curatela lo sea con funciones representativas ya que no se puede olvidar que cuando se necesite autorización para algún acto concreto de los previstos en el artículo 287 del Código Civil la guardadora de hecho pueda pedir autorización judicial en los términos del artículo 264 del Código Civil sin necesidad de que para ello se deba constituir curatela representativa. Por ello y dado que la medida de apoyo judicial que se insta (curatela con funciones representativas) no obedece al principio de necesidad no de proporcionalidad en el que se inspira la reforma operada por la Ley 8/2021 debe procederse al dictado de una sentencia desestimatoria de la demanda. Y ello sin perjuicio de que Dª Rosa, como guardadora de hecho de su hermano, deba seguir ejerciendo sui labora como guardadora de hecho yal

y como vienen haciendo (artículo 263) y sin perjuicio que en el caso que de forma excepcional necesite ejercer funciones representativas para los casos del artículo 287 del Código Civil inste el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria tal y como permite y regula el artículo 264 del Código Civil.

[10] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, 10 septiembre 2021 (Tol 8.660.564; Roj. SAP V 2021/3273; ECLI:ES:APV:2021:3273) se trata de una persona que padece un trastorno mental grave del espectro de la esquizofrenia y otros trastornos psicóticos, que le produce un deterioro de las funciones (pensamiento, afectividad y capacidad ejecutiva) de las que depende la propia conciencia de enfermedad y que constituyen la base psicológica de su capacidad civil. Requiere apoyo externo que garantice la adecuada cumplimentación y adherencia terapéutica, dada su nula conciencia de enfermedad. Requiere de un apoyo psicosocial que atienda y resuelva su problemática atendiendo a sus deseos. Es recomendable adoptar medidas de protección jurídica en la toma de decisiones que afecten a su esfera patrimonial que supongan para sí o para terceros un riesgo para la garantía de su estabilidad económica futura (actos relacionados con la propiedad de bienes muebles e inmuebles, activos financieros de cierta importancia, compraventa, permuta, donaciones, hipotecas (...). valorados todos los elementos de prueba practicados en el proceso, la Sala opta, a la vista de la discapacidad que presenta la recurrente, por proporcionar a la persona demandada una medida de apoyo de consistente en la curatela, de acuerdo con el artículo 250 del Código Civil, pues la apelante precisa el apoyo de modo continuado. La curatela no tendrá carácter representativo. Asimismo, el objeto de esta medida de apoyo no comprenderá actuaciones de carácter patrimonial se nombra como curador al Instituto valenciano de Atención Social y Sanitaria, dado, además, que la recurrente carece de personas allegadas que puedan ejercer con garantías este cargo, como se desprende de sus propias manifestaciones hechas en la vista de apelación en la que dejó claro que no tiene familiares en España, ni mantiene contacto con los que viven en Colombia.

[11] Vid., la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 9, de Castellón de la Plana, 4 octubre 2021 (Tol 8.622.355; Roj. JPI 2021/1531; ECLI:ES:JPI:2021:1531) Leopoldo tiene 35 años de edad, ha realzado estudios universitarios de ingeniería industrial, es soltero, el mayor de 3 hermanos y actualmente convive con sus padres en Castellón. Sus dos hermanas viven de forma independiente, D. Leopoldo está diagnosticado de trastorno esquizoafectivo con patrón bipolar. La sintomatología de la enfermedad consiste en presentar vivencias expansivas que tienen una dimensión delirante de tipo megalómano, impregnan su forma de verse a sí mismo y entender el mundo, se siente con cualidades superiores, incapaz de percibir los aspectos negativo en el día a día. Que estas vivencias hacen que carezca de un sentido de realidad, no dándose cuenta de los aspectos negativos de algunas decisiones que toma, careciendo de conciencia de la realidad. Que ello ha desestabilizado su vida y truncado planes laborales, afectivos y vitales, presenta cambios en el estado de ánimo, pasando de estados expansivos en los que se enzarza en comprar o planes desajustados de vida, a otros extremos en los que entra en apatía, desánimo, perdida de ilusión y tristeza, permaneciendo recluido en su domicilio. Actualmente tiene una pensión de incapacidad permanente de grado de absoluta para todo tipo de trabajo con una base reguladora de 1856,77 euros mensuales. Aunque Leopoldo tiene los apoyos de su familia, especialmente de sus adres que, son sus guardadores de hecho, y la prestan los apoyos que precisa en cada momento, apoyando en lo personal, control de medicación asistencia a visitas médicas, seguimiento de tratamiento médico y gestión de su dinero, de forma que no precisa curador para dichos actos del ejercicio de la capacidad jurídica, puesto que, dispone ya de guardador de hecho, también ha quedado acreditado que estos apoyos que realizan los padres como guardadores de hecho, en especial su padre que es quien se encarga de forma más persona, son insuficientes para todos los ámbitos de ejercicio de su capacidad jurídica, puesto que, debido a su patología, precisa de apoyos representativos, por lo que se estima procedente nombrar un curador representativo para ello y que recaiga en su padre D. Juan; asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, 20 octubre 2021 (Tol 8.747.620; Roj. SAP V 2021/3705;

ECLI:ES:APV:2021:3705) en el informe forense que se elaboró en el IML pone de manifiesto que el Sr. Ignacio está diagnosticado de esquizofrenia paranoide, con abuso de sustancias psicoactivas, cánnabis y ludopatía, presentando una disminución importante de sus facultades intelectuales, de su conducta adaptativa y de su capacidad de obrar y de entender, así como de su capacidad de independencia personal y social. Indica el informe que el informado carece de habilidades para la vida independiente en los aspectos relativos al auto cuidado, las actividades instrumentales cotidianas, las decisiones de contenido económico e incluso para otorgar poderes o manejar dinero de bolsillo. En cuanto a su salud, señala el informe que el Sr. Ignacio carece de habilidades para el manejo de medicamentos, seguimiento de pautas alimenticias, autocuidado y consentimiento para el tratamiento sin que conozca el objeto del procedimiento, ni sus consecuencias. En cuanto a su capacidad contractual, se determina que no conoce el alcanza de préstamos, donaciones o cualquier otra disposición patrimonial. En el acto de la vista fue oído el Sr. Ignacio, actualmente está ingresado en el Centro Sociosantario Monduberbarx que, manifestó que quería que se le nombrase un curador, también declaró la madre del recurrente, y sus hermanos, Virginia y José Carlos, poniendo de manifiesto todos ellos la imposibilidad actual de convivencia con el recurrente, admitiendo no poder hacerse cargo de su hijo y hermano respectivamente, también manifestaron que Ignacio o es consciente de su enfermedad y que no puede gestionar su propio dinero. En atención a las circunstancias e nombra curador con funciones representativas, cargo que debe recaer en el IVASS en atención a las graves dificultades en las que se desarrolla la relación del Sr. Ignacio con su familia y que impiden que se puedan hacer cargo de sui hijo y hermano respectivamente. Un caso de prodigalidad que deriva en nombramiento de curador representativo a cargo del IVASS, ya que la propia familia no puede hacerse cargo del mismo. Todo ellos, madres y hermanos habían puesto de manifiesto la imposibilidad actual de convivencia con el demandado y admitiendo no poderse hacer cargo del mismo.

[12] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, 20 octubre 2021 (Tol 8.747.621; Roj. SAP V 2021/3743; ECLI:ES:APV:2021:3743) Felipe vive en casa de su madre de 84 años de edad, junto a ella. Su hermana mayor Regina acude diariamente a la vivienda, encargándose de hacer la comida, su limpieza y atención a su madre. Tiene reconocido Felipe una discapacidad del 72% posee el graduado escolar, y cobra dos pensiones, una de orfandad alrededor de 210 euros mensuales y otra por minusvalía de alrededor de 395 euros, que gestiona su madre. Las relaciones familiares son muy positivas, considerándose los tres muy unidos afectivamente. Si bien, la mala evolución de la enfermedad derivada del incumplimiento de su tratamiento anterior hace necesario administrarle neurolépticos por vía depot. Su madre, guardadora de hecho de su hijo, tiene una edad avanzada y se ha de nombrar una persona que vele por su cuidado y sus intereses, manifestando Felipe la preferencia que el preste apoyos su hermana mayor. Se nombra como curadora asistencial.

[13] LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C. (2021). "La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021", *El Notario del Siglo XXI, número 99, septiembre-octubre*, p. 32 en la práctica como notario les obliga a investigar mediante consulta al Registro Civil e interrogatorio de interesados, si existen medidas de apoyo ya establecidas para el afectado por la guarda de hecho". Por su parte, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). "Algunas aplicaciones notariales en la ley de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *El Notario del Siglo XXI, número 99, septiembre-octubre*, p. 21 le parece prudente que "el notario se reuniese a solas con la persona con discapacidad para que sin influencias le manifieste quien es su guardador, sin perjuicio de aportar medios de prueba; el notario deberá dejar constancia de ello".

[14] Como señalan LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C. (2021). "La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021", *op. cit.*, p. 37 "el notario no debe realizar un juicio general sobre la actuación del guardador, sino que bastará, en línea con los principios generales que deben presidir todas las actuaciones de apoyo a las personas con discapacidad que no se aprecien abusos ni influencias indebidas".

[15] O, en el fondo, se le puede estar reconociendo como un apoderado de hecho.

[16] LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C. (2021). "La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021", *op. cit.,* p. 33 como notarios se encuentran muchas veces en la práctica, precisamente que, "los apoderados designados han perdido sus facultades como, por ejemplo, cónyuges que se han apoderado recíprocamente y que ambos se encuentran en una situación de deterioro cognitivo que les impediría ser el apoyo del otro; o en los casos, frecuentes también, en que los padres han sido el apoyo de su hijo con discapacidad hasta su fallecimiento (normalmente a través del mecanismo de la patria potestad prorrogada) y, al fallecer ambos, son acogidos por un hermano, que no realiza ningún trámite adicional para su designación como tutor (tutor en la nomenglatura antigua)".

[17] Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, de 28 de febrero de 2023 (JUR 22023,372765) se complementa la guarda de hecho con una curatela en el ámbito asistencia, pues la patología que padece Dª Paulina lleva la necesaria adopción judicial de esta medida para suplir su voluntad en cualquier tratamiento médico-quirúrgico en que sea preciso.

[18] En esta línea, DONADO VARA, A. (2022). "Humanización de la justicia: retos procesales en los procesos de familiar. La judicialización de la guarda de hecho bajo el nuevo paradigma de la discapacidad", *LA LEY Derecho de Familia, número 33, sección A Fondo, primer trimestre*, p. 7.

Por su parte, VELILLA ANTOLÍN, N. (2021). "Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad", *El Notario del siglo XXI, número 99, septiembre-octubre*, p. 14 después de manifestar que la guarda de hecho quizá se convierta en la práctica en la medida de apoyo más solicitada por su sencillez y limitación finalista; no obstante, en una crítica al texto de la Ley destaca que, habrá de tenerse en cuenta el aumento de expedientes en los casos de actuación representativa del guardador de hecho que, de no venir acompañado de una mejor dotación de los juzgados con competencias en la materia, podrá, a su juicio, frustrar la utilizada para la que ha sido prevista la guarda de hecho por los retrasos que tal falta de previsión ocasionarán.

[19] En esta línea, SANTOS URBANEJA, F. (2021). *Sistema de apoyo a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Madrid: Cuniep Edtorial, p. 191 señala que "hay que dejar claro que en la guarda de hecho la habilitación para actuar proviene directamente de la ley, no de un documento o de una resolución judicial o administrativa previa".

[20] PARRA LUCÁN, Mª. Á. (2013). "La guarda de hecho de las personas con discapacidad". En: S. de Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Madrid: Dykinson, p. 212.

[21] LECIÑERA IBARRA, A. (2015). *La guarda de hecho de las personas mayores*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, pp. 49-50.

[22] SOLÉ RESINA, J. (2021). "Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho (1)", *LA LEY Derecho de Familia, número 31, sección A Fondo, tercer trimestre*, p. 2 si bien, con posterioridad concluye que "(….) en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica debería prescindirse de la institución y del término —que responde a una esencia obsoleta ligada a la protección de la persona y no a su apoyo— "guarda de hecho". El apoyo que la Ley 8/2021 engloba bajo esta nomenglatura es un apoyo no formalizado y cabe en esta tipología más amplia, dentro de la cual no presenta características propias ni necesidad de una específica regulación. De este modo, la guarda de hecho quedaría circunscrita al ámbito de protección de la persona menor de edad" (p. 9). Aunque en el fondo la posición de la autora descansa sobre el hecho que, las medidas de apoyo no pueden imponerse, ni constituirse sin la voluntad de la persona que, ha de recibir apoyo, precisamente, esa voluntariedad y los artículos 250 y 255 del Código Civil posibilitan la constitución de medidas de apoyo, formales o informales o judiciales. Lo que no resulta incompatible con el hecho que resulta necesario una regulación y espacio de actuación concreto para la guarda de hecho, como resulta de la regulación actual, sin perjuicio de concretar otras medidas de apoyo tan informales como la guarda de hecho que, la propia persona voluntariamente establezca y solicite, como propone la autora y que se les dé su protagonismo.

Por lo que, a nuestro entender, la guarda de hecho —de derecho— tiene un espacio necesario en la protección de menores y en el apoyo a personas mayores o personas con discapacidad.

[23] En esta línea, DÍAZ PARDO, G. (2022). "Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio". En: M. Pereña Vicente, M.M. Heras Hernández (dirs.) y M. Núñez Núñez (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: tirant lo blanch, p. 312; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. "Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (1)", *op. cit.*, p. 528.

[24] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1ª, de 24 de septiembre de 2021 (JUR 2021,365603) teniendo en cuenta la afectación intelectual y volitiva que produce la enfermedad, su carácter crónico o progresivo, se estima como medida de apoyo más adecuada para Doña Lucía la de la curatela y se estima como persona más idónea para el ejercicio del cargo, su hijo Casimiro que ha manifestado su voluntad de asumir tal función; y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, de 22 de diciembre de 2021 (JUR 2023,223234) se ha practicado la declaración de los padres del Sr. Victoriano que siendo conscientes de la patología que sufre su hijo y sufriendo varios años la situación se ven incapaces de poder ayudarle en su tratamiento médico, por ello se debe nombrar como curador para la asistencia en el tratamiento médico al Instituto Valenciano de Asistencia Socio-Sanitaria (IVASS).

[25] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1ª, de 9 de noviembre de 2022 (Roj. SAP LU 905/2022) comprende la guardadora de hecho los actos de administración y gestión patrimonial ordinarios.

[26] VALLS I XUFRÉ, J.M. (2022). "El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos". En: M. Pereña Vicente y M. del M. Herás Hernández (dirs.) y M. Nuñez Nuñez (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, pp. 102-103 destaca en esta reforma "la mayor participación del notario en el proceso de formación de la voluntad de la personas con discapacidad, ya que se le pide que actúe como un verdadero apoyo en la formación del consentimiento" y, asimismo, hace referencia a los términos en que se expresa la Relatora especial de Naciones Unidas Catalina DEVANDAS-AGUILAR en el Informe sobre la aplicación de la Convención presentado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2017 cuando declara "los notarios en el ejercicio de sus funciones, evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica. Conforme a las Observaciones Generales elaboradas por el Comité de seguimiento de la Convención, en relación con la interpretación del artículo 12, esa capacidad se refiere a la capacidad mental, es decir, a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y pueden ser diferentes para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales o sociales. En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits, la capacidad mental ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica de la que todos gozamos en igualdad de condiciones con los demás".

Por su parte, para LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). "Algunas aplicaciones notariales en la Ley de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *El Notario del siglo XXI, número 99, septiembre-octubre*, p. 19 "lo esencial es la apreciación por el notario si el compareciente libre y voluntariamente puede ejercitar en ese momento y para ese otorgamiento concreto su capacidad jurídica".

[27] ÁLVAREZ LATA, N. (2021). "Comentario al artículo 263 del Código Civil". En: R. Bercovtiz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil,* 5ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, p. 494.

[28] Ciertamente, como indica ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2021). "Voluntad y consentimiento informado en la ley para el apoyo a las personas con discapacidad", *El Notario del siglo XXI, número 100, noviembre-diciembre,* pp. 77-78 "la evaluación de la capacidad no es un juicio posterior a la formación del consentimiento, sino que es inseparable de este

proceso que incluye la prestación de apoyos (por el notario y en su caso por terceros). Ambas actuaciones se desarrollan simultáneamente, pues los apoyos se irán prestando o requiriendo a medida que el notario va detectando determinados fallos de comprensión o comunicación. Es decir que, cuando no se cumple, por ejemplo, el requisito de la comprensión o expresión, la solución no es denegar la actuación sino solicitar otros apoyos, y solo si no se pueden prestar o no resultan suficientes se denegaría la actuación y se remitiría a una actuación representativa".

[29] La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 5 de septiembre de 2022 (Roj. SAP 2126/2022; ECLI:ES:APCA:2022:2126) indica que "las posibles actuaciones en las que el guardador de hecho puede ejercer su función como medida de apoyo, pueden concretarse en otros numerosos contextos, como señala el Ministerio Fiscal: peticiones de recursos sociales, pensiones, plazas residenciales, centros de día, ayuda a domicilio, matriculaciones en centros de educación o formación profesional, entre otras, solicitudes a bancos, etc.".

[30] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 27 de mayo de 2022 (Roj SAP CA 929/2022: ECLI:ES:APCA:2022:929) si el interés familiar es la venta del domicilio de la guardada para atender a los pagos del centro residencial en el que se encuentra, no resulta necesario la constitución de una curatela representativa, ni de ninguna otra medida judicial, ya que el artículo 287 del Código Civil en relación con el artículo 264 segundo párrafo habilita al guardador de hecho para solicitar autorización judicial, pudiendo acudir al procedimiento previsto en el artículo 61 y siguientes de la LJV.

[31] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, secc. 1ª, de 17 de enero de 2023 (Roj. SAP VI 32/2023; ECLI:ES:APVI:2023:32) no procede acordar una curatela a favor de Dª Flora, por cuanto está desempeñándose una guarda de hecho por su hijo; si bien parece oportuno realizar una declaración judicial sobre el carácter de guardadora de Dª Flora, aunque sea a los meros efectos de acreditar esa condición frente a terceros. y ante la problemática diaria que puede encontrarse Dª Flora deben establecerse medidas de apoyo representativas que completen la guarda de hecho, especialmente en los siguientes casos: 1. En la obtención y renovación del DNI/pasaporte y obtención de un certificado digital electrónico en la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, a fin de poder realizar gestiones telemáticas en as que sea precisa la utilización de tal medio de identificación y firma; 2. En la toma de decisiones de contenido económico, educativo, así como gestión, administración y disposición ante la entidad bancaria en la que D. Cipriano (guardado) tiene abierta una cuenta corriente; 3. En las solicitudes de actos médicos, toma de decisiones y en su caso suscripción del consentimiento informado para la realización de intervenciones médicas; y 4. En cualquier acto ante la Administración y Tribunales y, en general, en cualquier acto de gestión de los intereses ordinarios de D. Cipriano ante la Administración y Tribunales. En fin, cualquier itera necesidad de apoyo representativo puntual que pudiera surgir en el futuro deberá ser solicitada por el cauce de expediente de jurisdicción voluntaria.

[32] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1ª, de 10 de noviembre de 2022 (JUR 2022,379242); y de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 17 de diciembre de 2022 (Roj. SAP CA 2419/2022: ECLI:ES APCA:2022:2419).

[33] Vid., en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, secc. 2ª, de 23 de septiembre de 2021 (Roj. SAP S 1083/2021; ECLI:ES:APS:2021:1083). En contra, el Auto de la Audiencia Provincial de Granada, secc.5ª. de 15 de mayo de 2023 (Roj. AAP GR 595/2023; ECLI:ES:APGR: 2023:595ª) restringe la necesidad de autorización judicial del artículo 287 del Código Civil a la guarda de hecho con funciones representativas.

[34] BOE, número 48, de 23 de febrero de 2024, pp. 22187 a 22203.

[35] LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C. (2021) "La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021", *op. cit,* p. 37.

[36] ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). "Comentario al artículo 238 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, p. 465.

En el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 5, de Córdoba, de 15 de septiembre de 2022 se autorizó a la guardadora de hecho para vender directamente la cuota de un inmueble de la madre, porque no podía pagar la residencia donde vivía con el importe de las pensiones que cobraba. Asimismo, se acordó que, la hija debía acreditar que el importe de la venta se había "destinado a las finalidades expuestas en la demanda (ingreso en una cuenta bancaria de la persona con discapacidad para atender los gastos de ésta)".

[37] En esta línea, LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C. (2021). "La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021", *op. cit.*, p. 37.

[38] Por la nulidad de pleno derecho opta LECIÑERA IBARRA, A. (2021). "Comentario al artículo 264 del Código Civil", *op. cit.,* p. 666

[39] Roj. STS 56/2018; ECLI:ES:TS:2018:56.

[40] DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2022). "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *op. cit.*, pp. 89 hace referencia a la Consulta de INSS de 30 de noviembre de 2021, en relación a la competencia para solicitar y percibir prestaciones del sistema de la Seguridad Socia cuando los beneficiarios de las mismas son personas mayores de edad con discapacidad en la que se declara que "el guardador de hecho puede solicitar la prestación económica de Seguridad Social en favor de la persona con discapacidad, sin requerirse para ello autorización judicial, ingresándose la pensión en la cuenta bancaria de la persona con discapacidad", añadiendo, asimismo, que "la condición de guardador de hecho puede acreditarse mediante el libro de familia (que acredite en su caso, la relación de parentesco que mantiene el guardador y la persona con discapacidad), certificado de empadronamiento o documentación que acredite convivencia, así como aquellos documentos de los que se desprenda claramente dicha condición".

En todo caso, el SAAD (Sistema pata la Autonomía y atención a la dependencia) en la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema, en la declaración del guardador de hecho debe manifestar bajo su responsabilidad: 1. Que tienen bajo su guarda y cuidado a la persona anteriormente citada por razones que a continuación se expresan; 2. Que la persona tiene los siguientes familiares; 3. Que se compromete, supuesto que prospere la solicitud que tienen formulada a favor del interesado, a destinar las prestaciones que le pudieran reconoce a este a la atención y cuidado del mismo; 4. Que pondrá en conocimiento de la Dirección Territorial del Imserso de forma inmediata cualquier cambio que, en relación con la custodia de la persona, puede acaecer en el futuro.

En la declaración de guardador de hecho en relación con las ayudad para el fomento de la autonomía personal y promoción de la accesibilidad a personas con discapacidad en situación de dificultad o vulnerabilidad social, de la Dirección General de Atención a Personas con discapacidad de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, el guardador de hecho ha de declarar bajo su responsabilidad: 1. Que tiene bajo su guarda y cuidado a la persona anteriormente citada por las razones que a continuación se expresan; 2 Que a juicio de dicha persona no tiene capacidad de autogobierno —no muy adecuado a la actual regulación); 3. Que el/la presunto/a incapaz tiene los siguientes familiares; 4. Que se compromete, supuesto que prospere la solicitud que tiene formulada a favor del/de la interesado/a, a administrar las prestaciones que se le pudieran reconocer a éste y a destinarlas a la atención y cuidado del mismo; 5. Que se pondrán en conocimiento de la Dirección general de Atención a personas con Discapacidad de forma inmediata cualquier cambio que en relación a la custodia pueda acaecer en el futuro, asumiendo las resultas que puedan devenir por efecto de la resolución judicial sobre la declaración de incapacidad. Ciertamente hay que adaptar la redacción de los textos de ambas Administraciones, tanto estatal como autonómica.

[41] LECIÑERA IBARRA, A. (2021). "Comentario al artículo 264 del Código Civil", *op. cit.,* p. 667.

[42] ORTIZ TEJONERO, M. (2022). "La guarda de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021", *op. cit.*, p. 2 hace, precisamente referencia a esas situaciones diversas e incoherente que se pueden dar. Así pone el ejemplo clásico "de un hijo guardador de hecho de un anciano con deterioro cognitivo que, extrae 50 euros de la cuenta corriente de su padre, en la que éste

en su momento le autorizó, para comprarle objetos de uso ordinario, o paga con la tarjeta del padre en el supermercado donde le ha hecho la compra, o le pide cita y le acompaña al neurólogo". Hasta aquí estamos ante actos de la vida cotidiana que revisten escasa relevancia y forma parte de la trayectoria vital del padre y, por tanto, amparados en el ejercicio de la guarda de hecho. Ahora bien, señala la autora que la cosa varía cuando "ese mismo hijo, en interés de su padre pretende contratar un fondo de inversión con la mitad del saldo en cuenta corriente de su padre, aun siendo un fondo de bajo riesgo y, por tanto, una operación aparentemente beneficiosa, pues, podría encontrarse con la negativa del banco que, aun reconociéndole la cualidad de guardador de hecho, el negocio jurídico no es de escasa relevancia para la citada entidad".

[43] Para DONADO VARA, A. (2022). "Humanización de la justicia: retos procesales en los procesos de familiar. La judicialización de la guarda de hecho bajo el nuevo paradigma de la discapacidad", *op. cit*., pp. 7-8 la idea sobre la que descansa que los actos sean de escasa relevancia económica, además de carecer de especial significado personal o familiar es "no comprometer el patrimonio de la persona con discapacidad, si se tratara de un bien de relevancia económica, ni tenga especial significado para él o sui familia, ya que de no ser así con estos actos se podría escapar del control judicial y peligraría el patrimonio de la persona con discapacidad o su familia".

[44] ORTIZ TEJONERO, M. (2022). "La guarda de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021", *Diario La Ley, número 10053, sección Tribunal, de 21 de abril,* p. 3 pone como ejemplo que "el guardador de hecho quiera vender un inmueble del discapaz que éste no utiliza y dado que tiene que recabar autorización judicial a tal fin como lo tendría que hacer un curador, aprovecha además de la autorización de venta, para pedir autorización pata invertir una parte del importe obtenido en un fondo de inversión, o bien autorizando para comprar para el discapaz, con el precio obtenido, otro inmueble que éste sí vaya a disfrutar".

[45] En esta línea, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, *op. cit.*, p. 160.

[46] En relación con la vacuna contra el Covid-19, por un lado, el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 17, Sevilla, de 15 de enero de 2021 (Roj. JPI 2021/18; ECLI:ES:JPI:2021:18 A) autoriza al servicio médico-sanitario de una residencia de mayores a suministrar a una de sus usuarias —una mujer de 86 años— la vacuna contra el Covid-19, pese a la negativa de su hijo para que se procediese a la inoculación de dicha vacuna a su madre. Para el juez los argumentos esgrimidos por el hijo son comprensibles y legítimo, pero considera que los mismos deben decaer frente al carácter seguro de la vacuna del Covid-19, que cuenta con la aprobación de la Agencia Europea del Medicamento. Además, señala que, en todo caso, es mayor y más grave el riesgo de contraer la infección por coronavirus, que la de padecer algún efecto secundario grave. Asimismo, descarta que la vacuna este contraindicada en este caso al no presentar la residente alergia al principio activo de la misma o a alguno de su componente— en definitiva, concluye que, no constando ninguna contraindicación médica, el Juzgado estima la solicitud formulada por ser una medida médico-sanitaria necesaria por canto, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la vacunación de la señora es la única alternativa eficaz para la adecuada protección de su vida frente al riesgo real de desarrollar una enfermada grave por Covid-19. Por otro, el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 16, Granada, de 4 de febrero de 2021 autoriza al servicio médico-sanitario de una residencia de mayores a suministrar la vacuna Covid-19 a uno de sus residentes, de 81 años de edad, aunque este ya haya pasado la enfermedad. Para el titular del Juzgado no existen razones atendibles para esta negativa del hijo a prestar su consentimiento a la vacuna del Covid-19, pues el derecho a la salud debe prevalecer sobre la opinión contraria del familiar de referencia. Aunque puede ser comprensible la postura del hijo desde un punto de vista humano, el Auto destaca que, si bien, el padre ha pasado la enfermedad del coronavirus y presenta anticuerpos al virus, en el estado actual de la ciencia no es posible determinar con precisión el tiempo de inmunidad al virus tras sufrir la enfermedad, evidenciándose que este es altamente variable en atención a las características personales del paciente y habiéndose

descrito casos en los que se ha producido nuevo contagio o reinfección. Por tanto, y dado que el riesgo no ha desaparecido, el Juez estima que, en las actuales circunstancias, el riesgo de no vacunarse es mucho mayor que el de hacerlo, lo que supone que, el mayor beneficio es la vacunación y que sería contrario a la salud del paciente no hacerlo en tanto se incrementaría el riesgo de volver a contraer la enfermedad. Asimismo, vid., el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 17, de Sevilla 47/2021, de 5 de enero de 2021 autoriza judicialmente para vacunar contra el Covid-19 a una mujer de 86 años que vive en una residencia de ancianos tras negarse su hijo, guardador de hecho, a que la vacunasen. La mujer, por las enfermedades que padece, no tiene capacidad para dar un consentimiento informado válido, ni entender que es lo más beneficioso para su salud. El hijo alega que prefiere esperar antes que vacune a su madre, ya que aún no se ha podido determinar la existencia de efectos adversos. Estos argumentos, aunque son comprensibles, decaen frente al carácter seguro de la vacuna Covid-19, que cuenta con la aprobación de la Agencia Europea del medicamento, además, la vacunación se presenta como la única alternativa eficaz para la adecuada protección de la vida de la madre frente al riesgo de desarrollar una enfermada grave por Covid 19; la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Aoiz/Agoitz, de 9 abril de 2021 (Roj. SJPII 716/2021; ECLI:ES:JPII:2021:716); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1ª, de 18 de junio de 2021 (Roj. SAP SA 503/2021; ECLI:ES:APSA:2021:503).

[47] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 5 de septiembre de 2022 (Roj. SAP CA 2126/2022; ECLI:ES:APCA:2022:2126); y, de 14 de octubre de 2022 (Roj. SAP CA 2360/2022; ECLI:ES:APCA 2022:2360).

[48] Por su parte, el artículo 66 de la LJV dispone que "el juez podrá adoptar las medidas necesarias para asegurar que la cantidad obtenida por el acto de enajenación o gravamen, así como la realización del negocio o contrato autorizado se aplique a la finalidad en atención a la que se hubiera concedido la autorización".

De ahí que, en el Documento definitivo, Anexo I, del Grupo de Trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) de 2022 se afirme que "cuando se conceda una autorización al guardador de hecho para que actúe en representación de la persona con discapacidad, también sería conveniente establecer salvaguardas para comprobar la correcta realización del acto y su destino en interés de la persona con discapacidad".

[49] La exigencia de salvaguardas es un trasunto del artículo 12.4 de la Convención de la ONU.

[50] LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C. "La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021", *op. cit.*, p. 37 critican la excesiva judicialización de la guarda de hecho "debiendo haber permitido acreditar un título habitante para actuaciones representativa a través de acta notarial, dejando solo al ámbito judicial la necesidad de autorización judicial para los actos y negocios jurídicos del artículo 287 consentidos en representación del guardado". Al respecto, la imponen como norma y con carácter anual, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2, de Tafalla, de 3 de febrero de 2022 (LA LEY 73688/2022).

En todo caso, parece que procede exigir la citada rendición de cuentas cuando exista cierto patrimonio propiedad de la persona con discapacidad y, se tengan ciertos indicios o sospechas de administración inadecuada.

[51] Para LECIÑERA IBARRA, A. "Comentario al artículo 266 del Código Civil", *op. cit.*, p. 674 los daños que entrarían dentro de la cobertura del artículo 266 del Código Civil "serían tanto los causados por el propio guardado al guardador, en un escenario propio de responsabilidad civil, como también los daños que un tercero hubiera podido causar a este mientras prestaba el apoyo". Por su parte, manifiesta ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. "Comentario al artículo 238 del Código Civil", *op. cit.,* p. 471 que con esta reforma "se viene a corregir un agravio comparativo que se producía en relación con otras instituciones de guarda que tienen derecho de reintegro de los gastos ocasionados en el ejercicio de su cago por su condición

de representantes legales, pues, el guardador de hecho no disponía de ningún título que se legitimase para solicitar el reintegro de los gastos".

[52] En esta línea, de la posible remuneración por el ejercicio del cargo, buscando para ello la aplicación analógica de la normativa de la curatela, DÍAZ PARDO, G. (2022). "Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio", *op. cit.,* p. 335; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). "Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (1)", *op. cit.,* p. 547 argumentando con ello se motiva una actuación más diligente si cabe por parte del guardador.

[53] Al respecto VALLS i XUFRÉ, J. (2022). "El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos", *op. cit.*, pp. 92-93 precisa que "este acto de ningún modo puede servir como nombramiento "oficial" de guardador de hecho ni atribuir competencia y mucho menos representativa respecto de la persona asistida. La guarda de hecho, como apoyo a la discapacidad, es una situación fáctica que debe ser apreciada en cada situación concreta". De ahí que, aconseje que "el notario haga constar que autoriza el acta de notoriedad, a los solos efectos de acreditar la legitimación procesal necesaria para solicitar la autorización judicial que necesita el guardador, para ejecutar alguno de los actos para los que el Código Civil la exige para el curador". También, LÓPEZ SAN LUIS, R. (2022). *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, *op. cit.,* p. 98.

Por su parte, LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C. (2021). "La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021", *op. cit.,* p. 37 que el título habilitante que puede representar el acta de notoriedad tendría sentido para las actuaciones representativas que no requieren autorización judicial.

[54] La Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo del Consejo General del Notariado, sobre la actuación notarial en las medidas de apoyo voluntario y para la declaración de notoriedad de la guarda de hecho (Ley 8/2021) señala al respecto que "el acta de notoriedad no es, pues, un título de legitimación, la actuación del guardador se legitima por su ejercicio, demostrada la preexistencia de la guarda de hecho. En efecto, el acta constata la existencia de la guarda de hecho en un momento dado (tenencia), pero su subsistencia en el tiempo (posesión) es una presunción legal que se activa cada vez que se ejercita".

[55] Vid., también la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3ª, de 17 de julio de 2022 (Roj. SAP C 1903/2022; ECLI:ES:APC:2022:1903) manifiesta que "lo que más resalta la reforma es la regularización de la guarda de hecho como un medio de provisión de apoyos. Figura que difiere radicalmente del concepto que definía antes del Código Civil. Se ha nombrado ahora como una medida de apoyo, de origen legal, estables y con vocación de permanencia, ya que las medidas judiciales tienen carácter subsidiario; de manera que, sólo en defecto de guarda de hecho habrá de acudirse al correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de apoyos. Se ha querido reflejar la realidad social, donde habitualmente es la familia quien presta ese primer apoyo, como guardadores de hecho, y el legislador quiere mantener esa guarda de hecho, hasta el punto de prever que "quien viera ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de na persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función, incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente". Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 5 de julio de 2024 (Roj. SAP M 10202:2024; ECLI:ES:SAPM:2024:10202) pone de manifiesto que, la Sala es consciente, que esta petición de medidas judiciales, a pesar de existir guardas de hecho, viene motivada en gran medida por los obstáculos que las Administraciones, Sanidad y entidades financiaras (bancos, seguros) están poniendo a los guardadores de hechos, para ejercer los apoyos, sobre la base de que no pueden acreditar su condición de guardador de hecho. Obstáculo, que considero se puede superar por dos vías: i.- Que la resolución judicial que deniega el apoyo judicial solicitado, al entender que existe un apoyo suficiente, en forma de guarda de hecho, use en el Fallo o PARTE DSIPOSITIA, fórmulas como la siguiente: "NO PROCEDE FIJAR MEDIDA DE APOYO JUDICIAL, AL EXISITIR UNA GUARDA DE HECHO SUFICIENTE Y EFI-

CIENTE, QUE EJERCE D/Dª...., CON DNI... Sirviendo testimonio de esta resolución ante la Administraciones y entidades privadas, como título suficiente para acreditar su condiciones de guardador de hecho." ii.- Acudir al expediente de Jurisdicción Voluntaria, previsto en el CAPÍTULO XI. DE LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA RELATIVOS A DECLARACIONES JUDICIALES SOBRE HECHOS PASADOS; para acreditar la condición de D/Dª como guardador de hecho de X. En todo caso, indica que, en la ley de Autonomía del Paciente ya está regulado y previsto el consentimiento por representación para determinas actuaciones medidas, que hacen innecesario fijar apoyos en esas cuestiones. Sin perjuicio, que para seguir y cumplir los tratamientos médicos y farmacológicos que se le pauten a la persona con discapacidad, sin sea necesario fijar algún apoyo. Y por ello, entiende el Tribunal que, en el ámbito sanitario, existiendo parientes próximos o una guarda de hecho, no es tan necesario fijar medidas de apoyo judicial, pues el consentimiento vía representación está regulado y previsto en 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, tal y como sea precia en sus arts. 5 y 9.

[56] SANTOS URBANEJA, F. (2021). *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, *op. cit.*, p. 191. Asimismo, en el Anexo II del Libro establece una serie de modelos de peticiones a la administración sanitaria, a la Administración en general, solicitudes a las fuerzas de seguridad, peticiones a los bancos (pp. 367 a 382).

[57] Vid., las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores celebradas en Madrid, los días 27 y 28 de septiembre de 2021, pp. 8-9.

[58] SEGARRACRESPO, Mª.J. (2023)."Una iniciativa de responsabilidad social del sector bancario: facilitar el desarrollo de la guarda de hecho como figura de apoyo natural*", El Notario del Siglo XXI, núm. 111, septiembre-octubre*, p. 10.

[59] DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2022). "Prueba de la guarda de hecho", *Tribuna del Idibe*, pp. 6 y 7 (www. Idibe.org).

[60] ORTIZ TEJONERO, M. (2022). "La guarda de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021", *op. cit.*, p. 3 a esta diversa documentación que permite acreditar la cualidad de guardador de hecho y ayudar a éste a identificarse como tal frente a terceros y ante las autoridades administrativas o judiciales, destaca otra posible que se puede aportar así "el certificado de la entidad bancaria acreditativo de estar autorizado en la cuenta corriente del discapaz, el certificado de administrador de la comunidad de propietarios e un inmueble del discapaz acreditativo de que es la persona de contacto para cualquier incidencia, certificados médicos donde se haga constar que el paciente acude a las visitas acompañado por un guardador, o, por supuesto, un informe social de los servicios sociales que así lo refleje, o incluso, un Decreto de Archivo de Diligencia Preprocesales de Fiscalía que acuerda no interponer demanda de provisión judicial de apoyos por existir guardador de hecho eficaz". Decretos éstos que, como precisa la autora "presentan la ventaja de estar motivados y en los que se ha investigado la existencia del guardador, su eficaz gestión, y se consigna su identidad".

[61] También el archivo al no acreditarse la necesidad de medidas de apoyo.

Al respecto, manifestar que, en todo caso, el art. 757 LEC respecto a la legitimación e intervención procesal, después de indicar que, el proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad puede promoverlo la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano; señala que, el Ministerio Fiscal deberá promover dicho proceso si las personas mencionadas con anterioridad no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda, *salvo que concluyera que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa*; o añadimos que no los necesitase (la cursiva es nuestra).

[62] Todo ello, sin perjuicio que, el juez le informe acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria.

[63] LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C. (2021). "La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021", *op. cit.*, p. 37 precisan que, en el acta de notoriedad notarial "al menos, debe comparecer e guardador de hecho y la persona con discapacidad, aportando pruebas de la situación de guarda". También estiman que "debería aportarse certificación del registro civil acreditativa que no existen medidas de apoyo; o si existieran, que no se están desempeñando eficazmente".

[64] ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). "Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (1)", *op. cit.*, p. 546.

[65] RJ 2023,2350.

[66] RJ 2023,5929.

[67] RJ 2023,5967.

[68] Roj. SAP H 742/2022.

[69] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 13 de enero de 2022 (Roj SAP CA 2359/2022: ECLI:ES:APCA:2022:2359) en este caso resulta suficientemente acreditado que cuenta con apoyo suficiente a través de la guarda de hecho ejercida por sus padres; de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, secc. 3ª, de 9 de febrero de 2022 (Roj SAP GC 653/2022; ECLI:ES:APGC:2022:653); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 5 de septiembre de 2022 (Roj. SAP CA 2152/2022; ECLI:ES:APCA:2022:2152); de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1ª, de 10 de julio de 2023 (Roj. SAP LU 585/2023; ECLI:ES:APLU:2023:585); y, de la Audiencia Provincial de Pamplona, secc. 3ª, de 18 de septiembre de 2023 (Roj SAP NA 995/2023; ECLI:ES:APNA:2023:995); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3ª, de 14 de septiembre de 2023 (JUR 2024,28686).

[70] Vid., en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 23 de marzo de 2023 (Roj. SAP CA 556/2023; ECLI:ES:APCA:2023:556).

[71] En similares términos, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 16 de septiembre de 2022 (JUR 2023,302675) dispone que "nos parece necesario y lógico, que si se está denegando la medida de apoyo judicial solicitada —curatela— en la medida que se está reconociendo la existencia de una medida de apoyo informal —guarda de hecho— se indique quien la desempeña. Si no existiera guardador de hecho, con el grave problema cognitivo de la discapaz, la curatela sería la medid necesaria y su identidad, aún sin funciones representativas, se vería expresado en la resolución sin el menor problema. En definitiva, pese a denegarse la medida de apoyo solicitada cabe quedar expresado el hecho de que se está ostentando la figura del guardador de hecho esta ejercida por D. Cristóbal, como medida de apoyo a su madre Dª Beatriz (sin perjuicio de la guarda de hecho que también puedan realizar el esposo y los otros hijos, como al parecer de facto ocurre). Los actos que puede realizar son los que dispone el artículo 264 del CC y la ley no permite ir más allá a pesar de las razonables consideraciones del apelante.

[72] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 10 de febrero de 2022 (Roj SAP V 386/2022) habida cuenta de la necesidad de ayuda continuada, la medida idónea es la curatela y en cuanto que la demandada puede exprese su voluntad, deseos y preferencias será no representativa; de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1ª, de 2 de mayo de 2022 (JUR 2022,249706) necesita apoyo de modo continuado; de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2ª, de 15 de julio de 2022 (Roj. SPA H 573/2022; ECLI:ES:APH:2022:573); de la Audiencia Provincial de Pamplona, secc. 3ª, de 9 de enero de 2023 (Roj. SAP NA 539/2023: ECLI:ES:APNA:2023:539) demencia grave y progresiva; los Autos de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3ª, de 20 de enero de 2023 (JUR 2023,325032) Dª Milagros no puede mantener habilidad ninguna de la vida diaria, siendo incapaz de vestirse, asearse, comer y desplazarse por sí misma, precisando de supervisión completa y constante, desconoce su situación económica, no tiene capacidad para tomar decisiones de contenido económico, ni capacidad para contratar o para otorgar conscientemente poderes a favor de terceros, así como de manejar dinero en cantidades de bolsillo. Tampoco tienen habilidades sobre su salud, no siendo consciente de la patología que le afecta, no puede manejar los medicamentos que toma,

seguir pautas alimenticias ni de autocuidado o para consentir un tratamiento de cualquier índole, desconociendo el objeto del presente procedimiento y su alcance. Sus actuales facultades, de forma indefectible, se irán gravando progresivamente, siéndole imprescindible la ayuda de una tercera persona para realizar prácticamente todas las actividades básicas personales de su vida diaria, como deambulación, aseo, cuidado personal, pautas alimenticias o mantenimiento de su salud, cuanto más actuaciones más complejas que precisen de una mínima interacción social, desconociendo en la práctica el ámbito económico, sin que disponga de habilidades para expresar su voluntad de forma libre de influencias indebidas. A la vista de todo ello, ha de confirmarse el auto de instancia, que establece la curatela representativa y las medidas de apoyo anejas a ella, y entender que a todas las luces resulta insuficiente mantener la guarda de hecho para lograr el pleno desarrollo de su personalidad y desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad; y, de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3ª, de 2 de marzo de 2023 (JUR 2023,378781) la enfermedad que padece D. Carla es una demencia avanzada de tipo Alzheimer que la inhabilita para cualquier actividad de la vida diaria como reconoce el propio Fiscal en el recurso, estando actualmente ingresada incluso en una residencia. A la vista de todo ello, ha de confirmarse la curatela representativa sin que sea posible otra solución jurídica más adecuada a la vista de las expresadas circunstancias personales de Dª Carla y sin que, en contra de lo solicitado por la parte apelante, sea suficiente para lograr el desarrollo pleno de la responsabilidad de aquel y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad el simple mantenimiento de la guarda de hecho a todas las luces insuficiente; y, las sentencias de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 5ª, de 2 de mayo de 2023 (Roj. SAP C 1075/2023; ECLI:ES:APC:2023:1075) Dª María Purificación próxima a cumplir 66 años, está diagnosticada, además de equizofrenia residual, de hipotiroidismo, diabetes, obesidad, indicándose en el informe forense los apoyos que precisa con relación a las habilidades sobre la salud y los apoyos que precisa con relación a las habilidades económico-jurídico-administrativo y contractuales exigen el nombramiento de un curador; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, de 11 de mayo de 2023 (JUR 2023,352319) además de presentar un deterioro cognitivo grave y carecía de aptitudes adecuadas para el autogobierno de su persona y bienes, a lo que hay que añadir que tampoco existía una situación de guarda de hecho adecuada y eficazmente ejercida por su marido; de la misma Audiencia y sección, de 5 de octubre de 2023 (JUR 2024,12649) la demandada padece alzhéimer, depresión neurótica, trastorno bipolar con deterioro cognitivo moderado de carácter permanente e irreversible, tratándose de una patología crónica de la que no cabe esperar curación y que provoca que la demandada no pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias de manera libre, teniendo su capacidad anulada, requiriendo de un apoyo extenso y permanente en relación a las habilidades de la vida independiente, económico-jurídico administrativo y sobre la salud, precisando de la designación de un curador con funciones representativas. Se designa para este cargo a su hija; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 27 de octubre de 2023 (JUR 2024,17301) deterioro cognitivo grave que exige la figura del curador que vigile que la afectada está recibiendo la debida asistencia para su persona como para su patrimonio y economía Nombramiento de curadora a entidad pública, ya que el hijo de la afectada no se ocupa lo suficiente de su madre.

Sin embargo, se estamos ante un retraso mental moderado una guarda de hecho supone un apoyo suficiente y adecuado desde el punto de vista asistencial y desde el punto de vista representativo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1ª, de 9 de mayo de 2023 (JUR 2023,290607).

[73] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 19 de enero de 2022 (LA LEY 25526/2022) se estableció una curatela respecto de la persona que sufría alzhéimer agudo; nombrándose como curador a su marido de 86 años, a pesar de venir ejerciendo éste la guarda de hecho correctamente; de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3ª, de 27 de junio de 2022 (LA LEY 196751/2022) consideró pertinente mantener una curatela con facultad de representación en apoyo de una persona con alzhéimer, a pesar de existir una guardadora de hecho (hija) que se la nombra ahora curadora; de la Audiencia Provincial de

Pamplona, secc. 3ª, de 6 de febrero de 2023 (Roj. SAP NA 342/2023; ECLI:ES:APNA:2023:342) la designación de curador debe recaer en el hijo de la demandante, habida cuenta del consenso familiar existente al respecto y no exonera de la previsión legal contemplada en el artículo 287 del Código Civil, requiriéndose autorización judicial para los actos comprendidos en el mismo, tal y como prevé el artículo 264 del Código Civil. los actos en los que el curador debe prestar el apoyo se han de extender en este caso a la asistencia a la discapaz en los actos ordinarios de la vida y al ejercicio de su capacidad jurídica con respecto a la voluntad, deseos y preferencias, si hubieran sido manifestadas y también a la administración de sus bienes, con la obligación de inventario en los términos recogidos en el artículo 285 del CC y rendición anual de cuentas. En cuando a los actos donde debe el curador ejercer la representación se concretan en aquellos actos de disposición imprescindibles de numerario en cuentas bancarias para atender las necesidades de la discapaz, la contratación de suministros y servicios para el hogar familiar y los relacionados con su salud, el transporte y el ocio. En los autos de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, de 5 y 12 de julio de 2024 (Roj AAP A 434/2024; ECLI:ES:APA:3034:434 A; y, Roj. AAP A 413/2024; ECLI:ES:APA:2024:413A) en el primer caso, señala que, no se discute que tiene y ha tenido apoyo familiar de hecho por parte de su hermano y de su sobrina que vienen ejerciendo la guarda de hecho, y que velan por sus intereses, y no se aprecia problemática familiar ni en cuanto a su asistencia ni de índole económica. Manifestando en la entrevista que quería estar asistido por su sobrina Josefa. Por consiguiente, esta Sala, considerando que el enfoque o voluntad informalista de la vigente redacción del artículo 264 párrafo tercero del Código Civil entra inevitablemente en conflicto con el formalismo y las exigencias de seguridad jurídica, entiende que es necesario el nombramiento de un curador con funciones representativas, recayendo el cargo en la persona de su Josefa de conformidad con lo dispuesto en los arts. 275 y 276 del CC, quien como se ha dicho, ha venido ocupándose directamente de la atención de sus necesidades, concurriendo en él todos los requisitos precisos para su correcto ejercicio. Deberá ejercer el cargo conforme a lo dispuesto en el art. 282 y siguientes del CC, y especialmente la necesidad de obtener la pertinente autorización judicial en los casos en que así se determine legalmente (art. 287 CC). Señalándose que al atribuirle facultades representativas está 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 aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo (art. 285 CC). Así como la obligación de rendir cuentas anualmente, y en los términos del art. 292 del CC.

Y, en el segundo caso, se considera, igualmente, que la naturaleza informal de la guarda de hecho se revela inadecuada, al precisar el guardador de hecho de autorización judicial en expediente de jurisdicción voluntaria para representar a la persona con discapacidad. En particular, y por lo que se refiere a gestiones habituales o no infrecuentes en las que se precise acreditar de forma fehaciente dicha representación (tales como trámites ante entidades de crédito, reclamaciones ante organismos de supervisión, procedimientos y recursos administrativos en materia de Seguridad Social y de dependencia, etc.). No se discute que tiene y ha tenido apoyo familiar de hecho por parte de su hermana, pero considera que dicha medida de guarda de hecho, dadas las circunstancias concurrentes, no es suficiente. Por consiguiente, esta Sala, considerando que el enfoque o voluntad informalista de la vigente redacción del artículo 264 párrafo tercero del Código Civil entra inevitablemente en conflicto con el formalismo y las exigencias de seguridad jurídica, entiende que es necesario el nombramiento de un curador con funciones representativas, recayendo el cargo en la persona del hijo demandante D. Williams , de conformidad con lo dispuesto en los arts. 275 y 276 del CC, quien como se ha dicho, ha venido ocupándose directamente de la atención de sus necesidades, concurriendo en él todos los requisitos precisos para su correcto ejercicio. Deberá ejercer el cargo conforme a lo dispuesto en el art. 282 y siguientes del CC, y especialmente la necesidad de obtener la pertinente autorización judicial en los casos en que así se determine legalmente (art. 287 CC). Señalándose que al atribuirle facultades representativas está 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 aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo (art.

285 CC). Así como la obligación de rendir cuentas anualmente, y en los términos del art. 292 del CC; y, en fin, en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 27 de julio de 2024 (Roj. SAP M 10651; ECLI:ES:APM:2024:10651) tras establecer que sobre este particular han de traerse a colación las sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo números 1443/2023 y 1444/2023, ambas de 20 de octubre, donde se argumenta entresacado lo siguiente: "Conforme al sistema de provisión de apoyos instaurado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, si existe una guarda de hecho que cubre de manera adecuada todas las necesidades de apoyo de la persona, en principio, deja de ser necesario constituir un apoyo judicial, porque la guarda de hecho es un medio legal de provisión de apoyos, aunque no requiera de una constitución formal". "Pero esta previsión no puede interpretarse de forma rígida, desatendiendo a las concretas circunstancias que rodean a la persona necesitada de apoyos y la persona que los presta de hecho. Si bien es claro que existiendo una guarda de hecho que cubre suficientemente todas las necesidades de la persona con discapacidad, no es necesario la constitución judicial de apoyos, no lo es tanto que queden excluidos en todo caso". "Al respecto, es muy significativo que quien ejerce la guarda de hecho ponga de manifiesto su insuficiencia y la conveniencia de la curatela; no en vano es quien de hecho presta los apoyos. Máxime cuando esta persona forma parte del núcleo familiar más íntimo". "De tal forma que, del mismo modo que no es necesario constituir una curatela cuando los apoyos que precisa esa persona están cubiertos satisfactoriamente por una guarda de hecho, nada impide que, aun existiendo hasta ahora una guarda de hecho, pueda constituirse una curatela, si las circunstancias del caso lo muestran más conveniente para prestar mejor ese apoyo". Indica que, en el presente caso son aplicables las premisas jurisprudenciales antedichas. Efectivamente, el interesado precisa supervisión y ayuda para la mayoría de las actividades y actos de su vida; la guarda de hecho deviene insuficiente para atender debidamente al ejercicio de su capacidad en todas esas facetas, es decir, para prestar un efectivo apoyo; y el guardador de hecho, ha puesto de manifiesto dicha insuficiencia y la necesidad de la curatela, lo que resulta claramente significativo. 5. De esta forma, la Sala considera que, con respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad que rigen la materia (artículo 249 del CC), resulta ajustado a derecho establecer una medida de apoyo que garantice el control de la persona, por un lado, y de los bienes, por otro, del interesado, debiendo consistir ésta en una curatela como medida formal de apoyo continuado que es (artículo 250 del CC), en la forma que se recoge en la parte dispositiva de la presente resolución, y ello en atención a las circunstancias concurrentes en aquél puestas de manifiesto en el proceso y que no han sido objeto del recurso de apelación (artículos 268 y 269 del CC y STS 589/2021, de 8 de septiembre). 6. Esta Sala no vislumbra impedimento legal alguno para que la curatela referida sea ejercida por quien han venido ostentando la guarda de hecho de la persona con discapacidad, es decir, doña Sandra, sin necesidad de constituir fianza (artículo 284 del CC), y ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 275.1 y 276 del CC, al entenderse que no concurre en esta ninguna circunstancia de las previstas en el artículo 275.2 y 3 del mismo texto legal, pero debiendo actuar siempre bajo los postulados contenidos especialmente en los artículos 249, 282, 283, 285 y 287 del CC. 7. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 268 del CC, esta medida de apoyo será revisada cada año. Asimismo, las sentencias del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 4, de Massamagrell de 21 de septiembre de 2021 (LA LEY 275376/2021) sometió al curatela representativa a una persona de 83 años con alzhéimer y otras patologías "persistentes de carácter psíquico que le impiden gobernase por sí misma; lo que, según el informe del médico forense le originaba, de manera continua e irreversible "una anulación cuasi absoluta de facultades". Aunque el hijo que convivía con él era su guardador de hecho; sin embargo, se le nombró curador de su padre; y, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2, de Tafalla de 23 de noviembre de 2021 (LA LEY 307912/2021) se constituye también una curatela en apoyo de una persona enferma de alzhéimer con ceguera parcial bilateral e hipoacusia de intensidad importante y ello, a pesar de existir una guarda de hecho ejercida por su sobrina política y una amiga que funcionaba "de forma adecuada atendiendo a los intereses y necesidades de la misma".

[74] Vid., las sentencias del Juzgado de Primera Instancia, número 5, de Córdoba, de 30 de septiembre de 2021 (LA LEY 293515/2021) persona con una encefalopatía anóxica; del mismo Juzgado de Primera Instancia, y fecha (LA LEY 293516/2021) padece un alzhéimer que limita sus funciones psíquicas fundamentales (inteligencia y voluntad); del Juzgado de Primera Instancia, número 7, de Sevilla de 27 de septiembre de 2021 (LA LEY 293518/2021) persona de 75 años que padece una demencia moderada, que requiere supervisión y ayuda en las actividades funcionales de la vida diaria, careciendo de capacidad para el manejo del dinero; las sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 30 de marzo de 2022 (LA LEY 70743/2022) persona de 93 años de edad que sufre un proceso de demencia, de perfil degenerativo y progresivo que le produce un deterioro cognitivo, por lo que no es capaz "de conocer la realidad, comprenderla y tomar decisiones coherentes con ese conocimiento, especialmente en las áreas de la salud y la economía, precisando, por tanto, de un apoyo que adopte por ella esas decisiones"; y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 21 de marzo de 2022 (LA LEY 102212/2022) persona de 93 años con un evidente grado de deterioro físico, cognitivo y personal que, sin embargo, no carece de capacidad volitiva y la posibilidad de tomar decisiones que le afectan. Procede mantener el régimen de guarda de hecho actualmente existente que se ha mostrado eficaz y suficiente y sobre todo, acorde con los deseos de la demandada.

[75] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 31ª, de 14 de diciembre de 2022 (Roj, SAP MA 20020/2022; ECLI:ES:APMA:2022:20020).

[76] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, secc. 5ª, de 18 de noviembre de 2022 (Roj. SAP O 3954/2022; ECLI:ES:APO:2022:3954).

[77] Vid., en este sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de Santander, secc. 2ª, de 30 de marzo de 2022 (Roj. SAP S 456/2022; ECLI:ES:APS:2022:456); y de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, de 25 de mayo de 2022 (Roj, SAP TF 1226/2022; ECLI:APTF:2022:1226).

[78] Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 1ª, de 28 de marzo de 2023 (JUR 2023,32563) se tiene en cuenta que los hijos Evaristo y María Milagros aparecen como autorizados en las cuentas bancarias de su madre, así como que esta se encuentra atendida convenientemente atendida por su esposo y por sus hijos, y teniendo en cuenta además que la guarda de hecho se viene desempeñando de modo pacífico y sin conflicto alguno entre los interesados, se echa en falta una información más detallada y precisa por parte de los solicitantes para justificar que la guarda de hecho no resulta suficiente y que, por ello mismo es preciso el establecimiento de una curatela en el ámbito representativo, pues, nada se dice acerca de otros datos que satisfagan tales exigencias.

[79] Vid., en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 27 de mayo de 2022 (LA LEY 188004/2022); y, el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 5570, de Córdoba, de 15 de septiembre de 2022.

[80] Roj. SAP B 6641/2022. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 6 de octubre de 2022 (Roj. SAP B 1910710/2022; ECLI:ES:APB:2022:1910710); de la misma Audiencia Provincial y sección, de 21 de octubre de 2022 (JUR 2022,258237); de 14 de octubre de 2022 (Roj. SAP B 10851/2022; ECLI:ES:APB:2022:10851); y, de 14 de noviembre de 2023 (Roj. SAP B 12583/2023; ECLI:ES:APB:2023:12583).

[81] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24ª, de 15 de septiembre de 2022 (Roj. SAP M 17367/2022; ECLI:ES:APM:2022:17367); y de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 2 de febrero de 2023 (JUR 2023,385270).

1.3. Derechos reales

La ejecución hipotecaria de la vivienda habitual*

The foreclosure of the habitual residence

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Profesora Titular de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria.

RESUMEN: Las especialidades de la vivienda habitual se ponen de manifiesto, una vez más, a la hora de llevar a cabo la ejecución de la hipoteca que recae sobre ella. El legislador ha ido modificando las distintas normas en aras de minorar los daños que esta ejecución y el correspondiente lanzamiento del deudor hipotecario pueden suponer, pues se le está privando de la vivienda habitual. Analizamos en este artículo las peculiaridades de la ejecución hipotecaria que recae sobre vivienda habitual, a la luz de la jurisprudencia más reciente.

ABSTRACT: The specialties of the habitual residence are revealed, once again, when carrying out the foreclosure of the mortgage that falls on it. The legislator has been modifying the different regulations in order to reduce the damages that this execution and the corresponding release of the mortgage debtor may cause, since they are being deprived of their habitual residence. In this article we analyze the peculiarities of mortgage foreclosure that falls on a primary residence, in light of the most recent jurisprudence.

PALABRAS CLAVE: Vivienda habitual, hipoteca, procedimiento ejecución, deudor hipotecario.

KEYWORDS: Habitual residence, mortgage, foreclosure, mortgagor,

* Este trabajo es fruto y se enmarca dentro del proyecto de investigación "La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y multidisciplinar" (REF.: PID2021-124953NB-I00), dirigido por Matilde Cuena Casas, financiado en el programa "Proyectos de Generación de Conocimiento", en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

SUMARIO: I. LA HIPOTECA DE VIVIENDA HABITUAL.—II. ESPECIALIDADES EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA SOBRE VIVIENDA HABITUAL. II.1. Presupuesto esencial: constancia del carácter de vivienda habitual del inmueble. II.2. Especialidades antes de la subasta: Vencimiento anticipado y posibilidad de liberación del bien (693 LEC). II.3. Especialidades de la propia subasta: Adjudicación en la subasta (671 LEC).—III. CONCLUSIONES.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA HIPOTECA DE VIVIENDA HABITUAL

Probamente, cuando hablamos de la hipoteca como derecho real de garantía, la inmensa mayoría de los españoles la identifica como aquella garantía necesaria para obtener el préstamo para la adquisición de su vivienda. Se da una frecuente conexión entre la compraventa de vivienda y su financiación a través del préstamo hipotecario. La hipoteca va ligada inexorablemente a la adquisición de la propia vivienda en nuestro país.

Esto lo demuestra, por ejemplo, los datos y estadísticas registrales que nos ofrecen siempre una coordinación entre la compraventa de inmuebles (vivienda) y la inscripción de préstamos hipotecarios. En el último trimestre, y según la Estadística Registral Inmobiliaria (ERI) elaborada por el Colegio de Registradores, la compraventa de vivienda ha ascendido, al igual que las hipotecas, y el porcentaje total de hipotecas con respecto a esas compraventas de viviendas se sitúa en un 71,9 %[1], lo que nos da idea del elevado número de viviendas que se adquieren a través de la garantía hipotecaria.

Por lo tanto, hablar de hipoteca de vivienda habitual, aquel derecho real de garantía que recae sobre la residencia del deudor hipotecario, es hablar de una realidad indubitada en nuestro país. De hecho, podemos decir que este tipo especial de hipoteca es el más frecuente en la práctica.

La especialidad de la hipoteca sobre la vivienda habitual se pone de manifiesto ya desde su constitución, en la que se exigen determinados consentimientos extras en la escritura de constitución por parte del cónyuge no propietario (art. 1320 CC), o cuando se exige la constancia registral de tal carácter en la escritura de hipoteca (art. 21.3 LH) y su inscripción en el Registro[2]. De igual forma, las condiciones del préstamo que se garantiza con ella, están muy reguladas y limitadas por la ley, disminuyendo la autonomía de la voluntad de las partes, en aras de la protección del deudor hipotecario; baste ver la obligatoria limitación de los intereses de demora, la exclusión de las cláusulas suelo, la imposibilidad de vencimiento anticipado antes de los plazos determinados por la ley, y las continuas moratorias concedidas a los deudores hipotecarios de vivienda habitual, para evitar el impago. Pero, además, las especialidades o particularidades de esta hipoteca se van a poner de manifiesto, sobre todo, en su ejecución; evitando —en la medida de lo posible— o bien el lanzamiento del deudor habitante, o mejorando las condiciones para evitar ese lanzamiento consecuencia de la ejecución hipotecaria (otrora rápida y sumaria), facilitando el pago y cumplimiento del préstamo. Baste ver en este sentido la última ampliación aprobada en mayo de este año de la prohibición de lanzamiento de los deudores hipotecarios en situación de vulnerabilidad hasta 2028.

¿Y todo ello, por qué? ¿Por qué esta hipoteca es tan especial, está tan restringida y regulada? Por el objeto sobre el que recae: la vivienda habitual del deudor. No es un inmueble cualquiera, es el lugar de residencia del deudor, lugar en el que desarrolla sus funciones vitales, donde habita, y en el que se hace efectivo el mandato constitucional para los poderes públicos de procurar a todos los españoles una vivienda digna (art. 47 CE). En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia señalando las especiales características de este bien como «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos. De ahí que, las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y su crisis se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquella valen también en este último caso» (STS 16 diciembre 1996). Y consecuencia de ello se protege más que cualquier otro objeto garantizado, baste ver lo que señala la RDGRN 19 diciembre 2013, que, al explicar la especial protección del deudor hipotecario de vivienda habitual, afirma que "tales medidas tuitivas en dicho ámbito viene definido por el objeto sobre el que se proyectan, la vivienda habitual del deudor, y no tanto por la naturaleza y modalidad del contrato fuente de las obligaciones garantizadas, cuyo eventual incumplimiento desencadena la ejecución, de cuyas consecuencias para el ejecutado constituyen paliativo tales medidas".

II. ESPECIALIDADES EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION DE LA HIPOTECA SOBRE VIVIENDA HABITUAL

La hipoteca, como todo derecho real de garantía, otorga a su titular —el acreedor hipotecario— la facultad de realización de valor del bien sobre el que recae. De este modo, y centrándonos en la hipoteca inmobiliaria, ante el incumplimiento del pago del préstamo —o crédito— por el deudor hipotecante, el acreedor puede iniciar la ejecución de la hipoteca.

El acreedor, ante ese incumplimiento tiene dos acciones posibles: la personal, basada en la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC), y por tanto en el crédito garantizado, y la real hipotecaria, basada en el derecho real de garantía (art. 129 LH). Y esta, a su vez, pueden llevarse a cabo por distintos procedimientos, a elección del acreedor ejecutante: a) optar por un proceso de ejecución común u ordinaria, basada en la hipoteca que es ya, *per se,* título ejecutivo (arts. 538 y ss LEC); b) El procedimiento especial de ejecución hipotecaria, para bienes hipotecados (arts. 681 y ss LEC); c) El procedimiento extrajudicial ante notario (art. 129 LH y 1858 CC).

Las mayores especialidades, por el carácter de vivienda habitual del objeto ejecutado, se ponen de manifiesto en el procedimiento especial de ejecución de bienes hipotecados, en el que el legislador ha puesto su punto de mira, pues es cierto que es el procedimiento más utilizado en la práctica. Y de hecho, ya la anterior DGRN puso de manifiesto que algunas de las peculiaridades de la ejecución especial de bienes hipotecados, no podían aplicarse a la ejecución ordinaria, véase en este sentido las

RRDGRN 23 mayo 2018, 25 febrero 2014, 17 julio y de 14 diciembre 2015 y 1 de febrero de 2017. Como se afirma en la página del Colegio de Registradores, "la resolución de 23 de mayo de 2018 sí se refiere a la ejecución de la hipoteca siguiéndose el procedimiento de ejecución ordinaria, resaltando que en este caso hay importantes diferencias con el procedimiento del artículo 681 entre ellos que deben de cumplirse trámites tan esenciales como el embargo (artículo 584 LEC) y la valoración de los bienes embargados (artículo 637 y siguientes de la LEC)"[3].

Consideramos que, si la finalidad de las medidas especiales es proteger a la vivienda habitual, esas medidas de protección deberían aplicarse a cualquiera de los procedimientos posibles para la realización de la hipoteca. No obstante, y dicho esto, procedemos a examinar las diferencias que en la ejecución especial hipotecaria prevé la ley cuando el bien ejecutado sea una vivienda habitual.

II.1. Presupuesto esencial: constancia del carácter de vivienda habitual del inmueble

Con la finalidad dicha de proteger al deudor, de evitar en la medida de lo posible que pierda su lugar de residencia, el legislador ha ido introduciendo reformas en el proceso de ejecución de hipotecaria en ese sentido. La función de vivienda que proporcionan estos inmuebles, necesaria para el desarrollo de la persona, conectada con los derechos fundamentales, hace que deba intentarse por todos los medios que la realización y consecuente lanzamiento y pérdida de la vivienda para el deudor hipotecante no se lleve a cabo, o se realice en las condiciones más favorables para este.

Tal es así, que podemos hablar de un especial procedimiento de ejecución para las hipotecas de esta clase. Siguiendo a MORENO TRAPIELLA[4] que parafrasea la RDGRN 19 diciembre 2013, podríamos decir que son tres los niveles de protección en una ejecución hipotecaria: los normales de todo inmueble o finca hipotecada, los de una vivienda habitual y los de la hipoteca sobre vivienda habitual en los que el préstamo garantizado se ha destinado a su adquisición, siendo esta última la ejecución más protegida, más favorable al deudor[5]. Por ello, se puede hablar de un especial procedimiento de ejecución hipotecario de la vivienda habitual, aunque en los últimos años, y tras la LCCI, el requisito de la finalidad del préstamo se ha desdibujado, entendiendo que la especialidad del procedimiento depende solo del carácter de vivienda habitual del deudor.

Pues bien, para que el procedimiento ejecutivo sea especial, y se proteja al deudor habitante, es necesario conocer que ese inmueble que va a subastarse constituye la vivienda habitual del deudor. Debe, por tanto, conocerse al inicio de la ejecución hipotecaria que la finca es la vivienda habitual.

Esto es conocido gracias a que en la escritura de constitución de la hipoteca se hace constar tal carácter por manifestación del propietario, y ese carácter se inscribirá en el folio registral de la finca, al inscribirse el derecho real de hipoteca. El conocimiento de este extremo determina el especial régimen de realización al que se somete esta hipoteca. Varios son los momentos en los que se puede confirmar tal extremo[6]: primero, al inicio de la ejecución, se presume que sigue siendo la vivienda habitual, cuando así se hizo constar en la escritura y en la inscripción (art. 23.1 LH). Aunque esto puede desvirtuarse por el acreedor, y por eso, siempre es mejor que el acreedor ejecutante, en la interposición de la demanda lo asevere

o lo niegue. Igualmente, en el despacho de ejecución es conveniente que el órgano judicial diga que se trata de la ejecución de una vivienda habitual para que no quede duda. Si no se dijera nada, y se despachara ejecución como si fuera una finca normal, el hipotecante ejecutado, podría incluso formular oposición alegando esta circunstancia, aunque no sea en sí misma un motivo de oposición formal y, por supuesto, corresponderá al Registrador en la certificación de dominio y cargas hacer constar tal carácter cuando esté en el Registro.

Una vez comprobado que se trata de la vivienda habitual, la ejecución debe seguir, consecuentemente, el "proceso especial" derivado del particular bien ejecutado. De este modo, podemos enumerar como grandes especialidades o peculiaridades de la ejecución de la vivienda habitual las que se analizan a continuación.

II.2. Especialidades antes de la subasta: Vencimiento anticipado y posibilidad de liberación del bien (693 LEC)

Hay que tener en cuenta que, cuando el inmueble ejecutado sea la vivienda habitual del deudor hipotecante, solo podrá darse por vencido anticipadamente el préstamo garantizado según lo establecido en el art. 24 LCCI[7]. Pero, además, el mismo art. 693 LEC ofrece al deudor hipotecante de vivienda habitual la posibilidad de liberar el bien ejecutado[8]. No se trata de liberarlo de la hipoteca, pues esta permanece, sino de poder pagar las cuotas vencidas impagadas hasta el momento, consignándolas, y paralizar, de este modo, el procedimiento de ejecución. Como dice DELGADO RAMOS, probablemente también permite eliminar la posibilidad del vencimiento anticipado. Una oportunidad extraordinaria que se ofrece al deudor para tratar de evitar *in extremis* la ejecución y pérdida de la vivienda y sin necesidad del consentimiento del acreedor (que sí se exige cuando no sea la vivienda habitual). También se permiten liberaciones ulteriores, siempre que entre ellas medien al menos tres años. Se facilita, por tanto, el pago de la deuda una y otra vez al deudor, a fin de que paralice la ejecución y no pierda su vivienda. Cabe, igualmente, que se produzca la liberación del bien cuando el pago lo haga un tercero[9].

II.3. Especialidades de la propia subasta: Adjudicación en la subasta (671 LEC)

La subasta de la vivienda habitual se rige por las normas generales de las subastas de bienes inmuebles (art. 669-681 LEC); por tanto, el régimen de las posturas necesarias para una adjudicación es el mismo que para todos los inmuebles. Sin embargo, cuando no existan postores, la subasta quede desierta, y se produzca la obligatoria adjudicación del bien hipotecado al acreedor ejecutante, si ese bien es la vivienda habitual, cambian las normas. En este caso, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o, si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien (art. 671 LEC)[10].

Esta medida, claramente, se hace para minimizar el perjuicio que la ejecución supone para el deudor hipotecante. Aunque pierde su vivienda, que pasa a ser propiedad del acreedor ejecutante, al menos ve disminuida su deuda con aquel

en el caso de que el valor de la propia vivienda no llegue a cubrir esta. Como consecuencia del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (1911CC), si la vivienda no cubre la deuda total, el deudor sigue respondiendo de aquella parte no satisfecha con todos sus bienes presentes y o futuros (579 LEC); pero, con esta medida, al menos, se disminuye la cuantía de la deuda subsistente, al aumentar por ley, el valor obligatorio de adjudicación. Incluso, la doctrina de la anterior Dirección General de los Registros y del Notariado ha matizado estos porcentajes, de forma que se favorezca más al deudor hipotecante de vivienda habitual, buscando a veces, prácticamente, una dación en pago[11]. Es decir, se pierde la vivienda habitual, pero se actúa sobre la responsabilidad patrimonial del deudor, disminuyéndola y ampliando la hipotecaria del inmueble.

Hay que señalar que, al escribir estas líneas que el Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, propone eliminar la adjudicación del inmueble al acreedor hipotecario cuando la subasta quede desierta, prevista en el art. 671 LEC, en aras de fomentar la participación en las subastas inmobiliarias. Esta posibilidad es muy usada en la práctica por las entidades bancarias, que ahora no podrán realizarla, y supondrá que habrá que declarar la subasta desierta, se levantará el embargo correspondiente y, en ejecución hipotecaria, entendemos que se cancelará la certificación de dominio y cargas del registro, y habrá que volver a iniciar en su caso la ejecución. No se si se trata de una medida que realmente favorezca al deudor hipotecario, sí dilata la ejecución y lanzamiento, pero solo eso. De igual forma, se prevé la modificación de los arts. 670 y 671LEC, para que el acreedor hipotecario que quiera pujar por el inmueble subastado lo haga por la totalidad de la deuda y no solo por el 60 o 70% previsto hasta ahora cuando se trate de su vivienda. Modificaciones todas ellas previstas para favorecer al deudor hipotecario y sobre todo cuando se trate de su vivienda habitual.

a) Precio obtenido en subasta y pago del remate (672, 654 y 579.2 LEC)

Celebrada la subasta, el precio de remate obtenido en ella se destinará, según establece el art. 672 LEC para subasta de bienes inmuebles, conforme a las normas generales de la subasta del 654 LEC. No reviste especialidad alguna el destino del precio de remate obtenido por una vivienda habitual con respecto a otro inmueble, salvo lo dispuesto en el art. 579.2 LEC. Cuando dicho precio de remate fuera insuficiente para saldar la deuda con el acreedor, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte y contra quienes proceda y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias de toda ejecución (art. 579 LEC). Pero, si el bien ejecutado fuera la vivienda habitual, si su importe no fuera suficiente para cubrir la deuda, continuará la ejecución conforme a lo que se acaba de explicar pero, el ejecutado quedará liberado si en el plazo de 5 años queda cubierta su responsabilidad por el 65% de la cantidad total que quedara pendiente, o si satisface el 80% en un plazo de 10 años. De igual forma, si el remate se hubiese aprobado en favor del acreedor ejecutante, y este procediera en el plazo de 10 años a vender la vivienda habitual, la deuda remanente se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta (art. 579.2 LEC)[12].

Dos excepciones dirigidas a disminuir la deuda pendiente del deudor hipotecante, cuando ha perdido su vivienda. Con ellas, se le facilita el saneamiento de su pasivo, disminuyéndolo[13]. Se trata de una excepcional disminución de deuda; se matiza el principio de responsabilidad patrimonial del deudor, aligerándolo[14]. Es, en definitiva y como dice DELGADO RAMOS, un privilegio legal que "sólo viene motivado por la mala conciencia que le queda al legislador y el deseo de tranquilizarla intentando paliar en parte la tremenda desgracia que supone al deudor haber perdido su vivienda habitual en la ejecución hipotecaria por adjudicación al acreedor"[15].

b) Liquidación de costas (571.1 bis LEC)

La Ley 1/2013 introdujo también un nuevo párrafo en el art. 571 LEC, para protección del deudor hipotecario. En concreto, cuando se trate de la ejecución de la vivienda habitual, "las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva."

De nuevo se pretende aliviar la difícil situación del deudor que pierde su casa, reduciendo las costas procesales que está obligado a desembolsar.

Esta medida, como las dos anteriores, alivia la ya de por sí débil economía del deudor hipotecante que pierde su vivienda habitual, pues le facilita la recuperación económica. No obstante, de forma directa no contribuyen a la defensa de la vivienda habitual, ya que no impiden la privación de la posesión y el uso del inmueble como lugar necesario para el libre desarrollo y desenvolvimiento del deudor. Es decir, son buenas medidas, pero, si lo que se quiere es defender realmente la vivienda y su función, deberían intentarse medidas directas para su conservación. Este es el caso de las establecidas en el art. 693 LEC, que facilitan la paralización de la ejecución, o la suspensión del lanzamiento por razones de vulnerabilidad, como ya previó la Ley 1/2013 y se ha ido prorrogando en las sucesivas reformas legislativas.

c) Suspensión del lanzamiento y recuperación de la posesión

Como acabamos de decir, otra de las medidas que de alguna forma alteran la ejecución hipotecaria de vivienda habitual fue la introducida en el art.1 Ley 1/2013 de protección de deudores hipotecarios[16]: se impedía el lanzamiento de la vivienda habitual cuando esta se adjudicase al acreedor hipotecario, y se tratara de personas vulnerables.

Este artículo se aprobó en un momento en que, debido a la crisis económica que vivimos, se habían producido situaciones de verdadera necesidad como consecuencia de los procedimientos de ejecución hipotecaria, dejando en la calle a familias con escasos recursos económicos. La medida, adecuada en ese momento, sin embargo, se ha visto ampliada, prácticamente *sine die* por las sucesivas reformas legales, lo que incide directamente en la efectividad de la hipoteca, pues al no producirse el lanzamiento del deudor, dificulta la venta del inmueble y, en consecuencia, la satisfacción total del crédito del ejecutante.

La Ley 1/2013 estableció una suspensión de lanzamientos para estas personas vulnerables, en principio, de dos años; inmersos en las consecuencias de la crisis

financiera del momento, esta suspensión se prorrogó a su vez por la Ley 25/2015 de 28 de julio, que amplió esta moratoria 2 años más, a 4 años (hasta 2017), y volvió a ampliarse a 7 años (2020) por el Decreto-Ley 5/2017, añadiendo además que el ejecutado pudiera optar por un alquiler en base al CPB.

Así las cosas, y cuando ya debía terminar la suspensión de los lanzamientos, se presenta la nueva crisis sanitaria —y por ende económica— del coronavirus. El RD Ley 6/2020, de 10 de marzo, justo antes de que se decretara el Estado de alarma, en su artículo 2[17], vuelve a prorrogar esta moratoria 4 años más, hasta 11 años desde el inicio de la misma (2024). Recientemente, y como ya hemos dicho, se ha producido una nueva ampliación de la prohibición de lanzamientos hipotecarios. El Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables amplia la prohibición de lanzamiento durante 5 años más, hasta 2028, siendo ya 15 años de suspensión del lanzamiento, desde la Ley de protección del deudor hipotecario de 2013.

Por lo tanto, la inicial suspensión de lanzamientos por dos años, que se preveía como una medida transitoria de salida de la crisis de 2008, parece que ha llegado para quedarse, previéndose un horizonte temporal de 15 años sin lanzamientos de deudores hipotecarios vulnerables.

Hay que decir que el colectivo de personas que pueden utilizar esta medida es muy escaso, pues el umbral de exclusión referido en la inicial Ley 1/2013, era tan bajo, que pocas personas pudieron adherirse al mismo. Tras la situación provocada por el Covid 19, se dieron nuevos criterios de personas vulnerables. El propio artículo 2 de este RD Ley lo amplía a familias monoparentales y modifica los criterios de vulnerabilidad, ampliando el nivel de rentas posibles para acogerse a dicha suspensión. Ahora podrán solicitar la moratoria aquellas familias en las que "el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos"; mínimo que se puede ampliar a cuatro o cinco veces en caso de discapacidad del ejecutado, y también se tendrá en cuenta el número de hijos de cada familia. Son, por tanto, unos criterios un poco más laxos —probablemente más adecuados a la realidad— que los previamente establecidos en la Ley 1/2013, por lo que entendemos que un mayor número de personas se verá beneficiado por ello.

Podemos resumir que, hoy, para la suspensión del lanzamiento se requieren los siguientes requisitos:

- Ejecución de la vivienda habitual, no de otros inmuebles.
- Personas en situación de vulnerabilidad (se amplía este concepto, incrementando límite de ingresos de la unidad familiar, así como teniendo en cuenta las familias monoparentales y número de hijos).
- Afecta también a los adjudicatarios de la vivienda, tanto sean personas físicas como jurídicas, distintas de las entidades de crédito, únicos adjudicatarios a los que afectaba esta suspensión con anterioridad.

Por lo tanto, se mantiene y amplía la suspensión del lanzamiento como consecuencia de la ejecución de la vivienda habitual, lo que impide, en definitiva, la efectividad total de la hipoteca, aunque lo sea solo para deudores vulnerables. Es esta circunstancia, la vulnerabilidad, la que ha promovido estas medidas legislativas, más que el carácter de vivienda habitual del bien hipotecado (aunque

también). Pero, en cualquier caso, si no se tratara de vivienda habitual, se podría lanzar al deudor vulnerable.

Por otra parte, cabe plantearse si esta suspensión del lanzamiento, prevista ya desde el art. 1 Ley 1/2013 de 14 de mayo, protección de deudores hipotecarios, debe aplicarse también cuando el adquirente de la finca ejecutada es un tercero de buena fe, ajeno a la ejecución, que ha adquirido la finca del adjudicatario. Nos preguntamos si este puede instar un desahucio frente al deudor hipotecario, escapando de la suspensión del lanzamiento prevista en la LEC cuando se trate de la vivienda habitual. Es decir ¿debe el adquirente de finca hipotecada ejecutada resultar afecto por la suspensión del lanzamiento previsto en el art. 675 LEC? ¿O puede instar un desahucio y escapar de dicha suspensión? En este caso, no se plantean diferencias por el hecho de que la finca ejecutada sea la vivienda habitual del deudor. Cuando el que pretende el lanzamiento sea el adjudicatario, parte del procedimiento de ejecución hipotecaria, no procede recuperar la posesión a través de un nuevo procedimiento de desahucio que demoraría el lanzamiento, según el art. 1 de la Ley 1/2013 de protección deudores hipotecarios. Y esto, sea el acreedor hipotecario ejecutante o cualquier otra persona física o jurídica como ha matizado la reforma del 2024. En estos casos se produce el lanzamiento, tal y como dispone claramente la ley. Mientras que, si se trata de un adquirente a título oneroso, tercero de buena fe, ajeno al procedimiento de ejecución y sin vinculación con el adjudicatario, en estos casos, sí puede ser conveniente plantear un procedimiento de desahucio para recuperar la posesión de la vivienda. Entonces, entendemos, no resultaría afectado por la suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario de vivienda habitual prevista en el art. 1 Ley 1/2013, porque dice claramente que dicha suspensión procede cuando el adjudicatario sea el acreedor ejecutante. Pero claro, ¿y si este adjudicatario transmite la finca a un tercero de buena fe? Se abre una vía de escape para estos terceros adquirentes, a pesar, de que se trata de la vivienda habitual del deudor, y en la primera adquisición (la adjudicación) se cumplía los presupuestos de la ley. Esta cuestión la aborda PLANAS[18] y recoge la doctrina del Alto Tribunal en las SSTS de 9 de septiembre 2023 y 23 de abril de 2024 al respecto. De las palabras de esta última sentencia, podemos deducir *sensu contrario* que, cuando el adquirente es un tercero sin vinculación con el acreedor ejecutante adjudicatario, sí podría interponer una acción de desahucio para recuperar la posesión, y lanzar al deudor de su vivienda habitual. Mientras que, si existe vinculación entre el adquirente y el adjudicatario acreedor ejecutante, esta sentencia afirma que no sería posible: "Es decir, resulta patente la vinculación entre Buildingcenter (acreedor adjudicatario), Coral Homes (adquirente) y Caixabank (socio del adjudicatario). Por lo que no puede atribuirse a la demandante la condición de tercero ajeno al procedimiento de ejecución hipotecaria, cuyo título provenga de una transmisión onerosa llevada a efecto al margen o extramuros del procedimiento hipotecario. En consecuencia, la entrega de la posesión de la vivienda litigiosa, y la eventual suspensión del lanzamiento en los términos previstos en el art. 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo (LA LEY 7255/2013), si procede, debe sustanciarse dentro del propio procedimiento de ejecución hipotecaria".

Es decir, parece claro que si existe vinculación entre ambas entidades (adquirente y acreedor adjudicatario) el poder acudir a un procedimiento de desahucio para evitar el lanzamiento, rozaría el fraude de ley y por lo tanto serían nulas dichas actuaciones. Sin embargo, conviene resaltar que si el adquirente es

un tercero totalmente ajeno al procedimiento de ejecución, sí podría acudir al desahucio, y evitar la suspensión del lanzamiento. En este caso, la vivienda habitual no resultaría protegida tal y como pretende el legislador. Si lo que se quiere es la protección del objeto de los procedimientos, convendría plantearse, de nuevo, si las medidas de protección a la vivienda deben aplicarse a cualquier procedimiento de ejecución o de recuperación de la posesión derivados, en este caso, y no solo al procedimiento especial de ejecución hipotecaria.

III. CONCLUSIONES

Como acabamos de decir, las especialidades del procedimiento de ejecución hipotecaria para la vivienda habitual son tan importantes, que conforman por sí mismas un proceso especial. Y entendemos, como defiende DOMÍNGUEZ LUELMO[19], que estas peculiaridades procedimentales deberían aplicarse a todo procedimiento de ejecución que tuviera como objeto la vivienda habitual. Sea ordinario o hipotecario, judicial o extrajudicial y, así beneficiarse de ellas cualquier deudor hipotecante que ofrezca como garantía su vivienda. De este modo, además de favorecerse al deudor y su derecho habitacional, se evitaría la picaresca, o fraude de ley —en palabras de CASTILLA BAREA[20]—, que se puede producir ante la posibilidad de elección de procedimiento. En efecto, el acreedor hipotecario tiene la facultad de elegir el procedimiento de ejecución que quiere llevar a cabo. Puede optar por la ejecución ordinaria frente a la hipotecaria, precisamente para evitar los beneficios que la última ofrece al deudor y las limitaciones que supone para el acreedor; ya que con ellas puede ver mermada su facultad de realización del bien.

Es el peculiar objeto de la hipoteca, la vivienda habitual, lo que se trata de proteger. Por eso, sería conveniente que se extendieran todos los beneficios del deudor y las limitaciones del acreedor a todos los procedimientos de ejecución (y algunos consecuentes del mismo). Ello, repito, si lo que se quiere es proteger a la vivienda habitual. La extensión de los beneficios de la ejecución hipotecaria a todos los procedimientos consolidaría el régimen propio de la hipoteca sobre vivienda habitual.

Entonces, esta uniformidad de procedimientos de ejecución para la vivienda habitual contribuiría a confirmar que probablemente exista un nuevo tipo de hipoteca —por razón del bien hipotecado—.

Resumimos estas ideas en las siguientes conclusiones:

I. La hipoteca sobre vivienda habitual es probablemente la hipoteca más frecuente en la práctica del tráfico inmobiliario.

II. El peculiar objeto sobre el que recae —la vivienda habitual— hace que esta hipoteca tenga diferencias sustanciales a otras hipotecas inmobiliarias. Ello es debido a que la vivienda habitual está especialmente protegida por ser el lugar de residencia de la persona física y objeto del mandato constitucional a los poderes públicos para conseguir que todo español goce de una vivienda digna.

III. Las especialidades de la hipoteca sobre vivienda habitual son más evidentes en el procedimiento de ejecución hipotecaria, sobre todo cuando el deudor hipotecario es una persona vulnerable; llegando a modificar varias de las reglas propias de este procedimiento rápido y sumario de

ejecución, tanto que incluso podemos hablar de un procedimiento de ejecución especial sobre la vivienda habitual.

IV. Para el inicio de este "procedimiento especial" es necesario conocer que se trata de la vivienda habitual del deudor ejecutado, y para ello es fundamental la constancia de tal carácter en la escritura pública y en el Registro de la propiedad, al iniciar el procedimiento y en la solicitud de certificación de dominio y cargas, donde el Registrador dejará constancia de ello.

V. Pero, también, durante el procedimiento de ejecución y antes de la subasta, hay que tener en cuenta el carácter de vivienda habitual en cuanto a la posibilidad de vencimiento anticipado (más remota en esta hipoteca), y los intereses de demora exigibles limitados por ley.

VI. En la propia subasta, en concreto en la adjudicación del bien hipotecado, se dan varias particularidades exclusivas cuando este sea la vivienda habitual, relativas al precio de remate y aplicación del pago, a la liquidación de costas, y la prohibición del lanzamiento del deudor cuando sea persona vulnerable.

VII. Todo ello, nos lleva a concluir, como hacen otros autores, que probablemente estamos ante un nuevo y distinto procedimiento de ejecución especial: el procedimiento de ejecución de hipoteca sobre vivienda habitual. Con sus propias reglas, normas y principios. Y estas nuevas reglas y consideraciones deberían aplicarse a cualquier procedimiento de ejecución de la hipoteca, (ejecución ordinaria o especial hipotecaria). Porque todo ello deviene del especial objeto ejecutado y, siempre, para proteger el bien en el que el deudor hipotecario deba desarrollarse de forma integral como persona.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Supremo

- STS 16 diciembre 1996
- STS 9 septiembre 2023
- STS 23 abril 2024

Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy Dirección General de Fe Pública y Seguridad Jurídica

- RDGRN 19 diciembre 2013
- RDGRN 25 febrero 2014
- RDGRN 17 julio 2015
- RDGRN 14 diciembre 2015
- RDGRN 12 mayo 2016
- RDGRN 21 septiembre 2016
- RDGRN 21 octubre 2016
- RDGRN 1 febrero 2017
- RDGRN 5 julio 2017
- RDGRN 23 mayo 2018

V. BIBLIOGRAFÍA

CASTILLA BAREA, M. (2018), Facultad del acreedor de elegir procedimiento ejecutivo en caso de hipoteca sobre la vivienda habitual del deudor: ¿Una libertad absoluta o condicionada?, *Revista de Derecho Civil*, Madrid, vol. 5, nº2, pp. 81-105.

COLEGIO DE REGISTRADORES, https://www.registradoresdemadrid.org/casos/Ejecucion-hipotecaria-mediante-procedimiento-declarativo-ordinario-ejecucion-ordinaria-548.

DELGADO RAMOS, J. (2014), Especialidades en la constitución y ejecución de hipoteca Sobre la vivienda habitual tras la ley 1/2013, *Revista de Derecho Civil*, vol.1, nº2, Madrid, http://nreg.es/ojs/index.php/RDC Ensayos, pp. 183-220.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2018), La especialidad de la vivienda habitual como objeto de la hipoteca, Especialidad de la vivienda habitual como objeto de hipoteca, en AA.VV., *Vivienda e hipoteca*, Tecnos, Madrid, pp. 241-334.

ERI, primer trimestre 2024: Disponible en https://www.registradores.org/documents/33383/11684508/ERI_1T_2024.pdf/34199786-848f-bf7c-9659-de9ee81cc1b6?t=1716192469116

FONT DE MORA RULLAN, J. (2020), Nuevo concepto de inmueble de uso residencial y su relación con la vivienda habitual, Graduación en la protección sustantiva y procesal atendiendo al tipo de inmueble, en La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario, edición nº 1, *La Ley*, Madrid, pp. 1-32.

GONZÁLEZ CABALLERO, C. J., (2018), Aplicación del art. 671 LEC a la luz de la doctrina sobre adjudicación hipotecaria de la vivienda habitual, *Diario La Ley,* Nº 9164, Sección Tribuna, 22 de marzo de 2018, Madrid, pp. 1-11.

GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M., La hipoteca de vivienda habitual: ¿un derecho real de menor garantía, *Actualidad Civil*, nº3, marzo 2024, pp.1-30.

JUAN GÓMEZ, M. C. (2018), Ejecución hipotecaria, adjudicación y posesión del bien hipotecado. Crónica de una técnica legislativa distraída*, Actualidad Civil,* nº9*,* Madrid, pp. 1-13.

MORENO TRAPIELLA, P., (2015), Estatuto jurídico de la vivienda habitual. Especialidades procedimentales en la ejecución sobre la vivienda habitual tras la Ley 1/2013, *Diario La Ley*, Nº 8475, Sección Doctrina, 6 de febrero de 2015, Madrid, pp. 2-28.

PLANAS BALLVÉ, M. (2024), ¿Juicio de desahucio por precario o ejecución hipotecaria? Estudio de la idoneidad del proceso para la recuperación de la posesión, *Diario La Ley,* nº 10528, 18 de junio de 2024, pp. 1-13.

TENA ARREGUI, R., (2011), Las medidas del Gobierno en materia hipotecaria. No es eso, no es (sólo) eso…, http://hayderecho.com/2011/07/04/las-medidas-del-gobierno-en-materia-hipotecaria-no-es-eso-no-es-solo-eso %E2 %80 %A6.

NOTAS

[1] ERI, primer trimestre 2024: "El número de hipotecas sobre vivienda registradas en el primer trimestre han sido de 108.910 (89.917 el trimestre precedente), con un ascenso trimestral del 21,1% (-1% 4T23), rompiendo la tendencia de seis trimestres consecutivos con reducciones. Con respecto al total de compraventas de vivienda del trimestre, alcanza un peso del 71,9%, con un incremento trimestral de 2,7 pp. Dieciséis comunidades autónomas han registrado ascensos trimestrales, alcanzando las mayores cuantías Comunidad de Madrid (25.723), Cataluña (17.720), Andalucía (17.414) y Comunitat Valenciana (11.279).". Disponible en https://www.registradores.org/documents/33383/11684508/ERI_1T_2024.pdf/34199786-848f-bf7c-9659-de9ee81cc1b6?t=1716192469116

[2] Sobre las especialidades de la constitución de la hipoteca sobre vivienda habitual, véase, GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M. (2024), La hipoteca de vivienda habitual: ¿un derecho real de menor garantía, *Actualidad Civil*, nº3, marzo, pp.1-30.

[3] https://www.registradoresdemadrid.org/casos/Ejecucion-hipotecaria-mediante-procedimiento-declarativo-ordinario-ejecucion-ordinaria-548

[4] MORENO TRAPIELLA, P., (2015), Estatuto jurídico de la vivienda habitual. Especialidades procedimentales en la ejecución sobre la vivienda habitual tras la Ley 1/2013, *Diario La Ley*, Nº 8475, Sección Doctrina, 6 de febrero de 2015, Madrid, p. 5.

[5] Tal y como se entendía en la Ley 1/2013, que introdujo el ya mencionado art. 114.3 LH.

[6] Seguimos en este sentido a Delgado Ramos: DELGADO RAMOS, J. (2014), Especialidades en la constitución y ejecución de hipoteca Sobre la vivienda habitual tras la ley 1/2013, *Revista de Derecho Civil*, vol.1, nº2, Madrid, http://nreg.es/ojs/index.php/RDC Ensayos, pp. 196-199.

[7] Art. 24 LCCI: Vencimiento anticipado.

1. En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

2. Las reglas contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario.

[8] Art. 693.3. LEC:

"3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, antes de que se cierre la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de

la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas, con el límite previsto en el artículo 575.1 bis y, una vez satisfechas éstas, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante."

[9] MORENO TRAPIELLA, P., (2015) Estatuto jurídico de la vivienda habitual. Especialidades procedimentales de la ejecución tras la Ley 1/2013, ob. cit., p. 14: "Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante".

[10] Sobre el 671 LEC, véase el análisis que hace JUAN GÓMEZ, M. C. (2018), Ejecución hipotecaria, adjudicación y posesión del bien hipotecado. Crónica de una técnica legislativa distraída, *Actualidad Civil,* nº9, Madrid, pp. 1-13. En este articulo este autor hace un repaso a la evolución legislativa de este artículo y a la contradictoria interpretación jurisprudencial que del mismo hace la DGRN. Igualmente, GONZÁLEZ CABALLERO, C. J., (2018), Aplicación del art. 671 LEC a la luz de la doctrina sobre adjudicación hipotecaria de la vivienda habitual, *Diario La Ley,* Nº 9164, Sección Tribuna, 22 de marzo de 2018, Madrid, pp. 1-11, analiza las RRDGN de 12 mayo 2016, 21 septiembre 2016 21 octubre 2016 y 5 julio 2017. Este autor pone de manifiesto la contradicción entre la literalidad de la ley y la aplicación práctica, en la que se está denegando la inscripción de decretos de adjudicación con los porcentajes legalmente establecidos: Pues bien, a pesar del tenor literal y claro de este precepto, se han dictado por la Dirección General de los Registros y del Notariado, varias Resoluciones a lo largo del año 2016 y del 2017, por las que se realiza una interpretación matizada de dicho art. 671 de la LEC, apartándose del tenor literal del precepto, en el caso de que el acreedor ejecutante solicite la adjudicación por el 60% del valor de tasación, y la totalidad de lo debido en virtud de la ejecución hipotecaria esté en la horquilla de valor existente entre el 60-70% del valor de tasación…… vienen a establecer una argumentación diferente al tenor literal de la ley, de modo que en el caso de cumplirse una serie de circunstancias, no se permitiría la adjudicación del bien inmueble por el 60% del valor de tasación, sino que debería adjudicarse por el valor total de la suma de lo debido por principal, intereses y costas, siempre que esa cantidad de sumatorio sea superior al 60% del valor de tasación e inferior al 70%."

[11] En este sentido, FONT DE MORA RULLAN, J. (2020), Nuevo concepto de inmueble de uso residencial y su relación con la vivienda habitual, Graduación en la protección sustantiva y procesal atendiendo al tipo de inmueble, en La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario, edición nº 1, *La Ley*, Madrid, p. 17, afirma que hay que "destacar que estos privilegios legales han sido reforzados por la interpretación o doctrina progresiva que la DGRN ha realizado a la hora de aplicar dichos preceptos a fin de garantizar aún más si cabe la protección de los deudores hipotecarios (22). Concretamente, el Centro Directivo ha interpretado que en el caso del artículo 671 de la LEC no debe permitirse el salto en la adjudicación entre el 70% y el 60% si no se alcanza ese primer porcentaje, sino que en tal supuesto la vivienda habitual deberá adjudicarse por la deuda efectivamente debida, lo que supondrá en la práctica una dación de pago con la adjudicación del bien, pues se extinguirá totalmente la deuda reclamada. Aunque se trata de una interpretación que ha sido intensamente cuestionada por la denominada jurisprudencia «menor» de las Audiencias Provinciales, que se

inclina mayoritariamente por la aplicación literal de la norma alzaprimando el principio de legalidad frente a cualquier otro criterio o consideración, además de cuestionar la potestad de la DGRN en tanto órgano administrativo para poder realizar una interpretación con tal alcance por exceder ello las previsiones de la normativa hipotecaria y especialmente de las previsiones del artículo 100 del Reglamento Hipotecario."

[12] Art. 579.2 LEC:

2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades:

a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedará pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación.

b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

Si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente. El Letrado de la Administración de Justicia encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con lo previsto en la letra b) anterior.

[13] Fue una de las medidas pioneras en lo que se ha venido a llamar la segunda oportunidad para el deudor hipotecario, o *fresh start*, o, en palabras de MORENO TRAPIELLA, "un tímido *earned discharge", para favorecer el comienzo del deudor hipotecario de buena fe. Cita este autor a* TENA ARREGUI, R., (2011), Las medidas del Gobierno en materia hipotecaria. No es eso, no es (sólo) eso…, http://hayderecho.com/2011/07/04/las-medidas-del-gobierno-en-materia-hipotecaria-no-es-eso-no-es-solo-eso %E2 %80 %A6, que ya avanzó la necesidad en ese momento de iniciar el proceso de "segunda oportunidad".

[14] Si bien, la limitación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor al bien dado en garantía es una de las propuestas que hace la Asociación de profesores de Derecho civil, en su propuesta de Código Civil, en el Artículo 519-1. "Responsabilidad patrimonial universal.

1. Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros, con las limitaciones establecidas en las leyes.

2. Es válido el pacto por el que la responsabilidad queda limitada al valor de los bienes dados en garantía".

[15] DELGADO RAMOS, J. (2014), Especialidades en la constitución y ejecución de hipoteca Sobre la vivienda habitual tras la ley 1/2013, *Revista de Derecho Civil*, vol.1, nº2, Madrid, http://nreg.es/ojs/index.php/RDC Ensayos, p. 206.

[16] Art. 1.1. Ley 1/2013 de protección deudores hipotecarios, en su última redacción por Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo:

"Artículo 1. Suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables.

1. Hasta transcurridos quince años desde la entrada en vigor de esta ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a cualquier otra persona física o jurídica la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo.

Durante ese plazo, el ejecutado situado en el umbral de exclusión podrá solicitar y obtener del acreedor ejecutante de la vivienda adherido al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, aprobado por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, o persona que actúe por su cuenta, el alquiler de la misma en las condiciones establecidas en el apartado 5 del anexo de dicho Código."

[17] Artículo segundo. Modificación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Uno. El párrafo primero del apartado 1 del artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, queda redactado como sigue: «1. Hasta transcurridos once años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a cualquier otra persona física o jurídica la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo.»

Dos. La letra b) del apartado 2 del artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, queda redactada del siguiente modo: «b) Unidad familiar monoparental con al menos un hijo a cargo.»

Tres. La letra a) del apartado 1 del artículo 3 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, queda redactada como sigue: «a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas. Dicho límite será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas en los supuestos previstos en las letras d) y f) del apartado anterior, y de cinco veces dicho indicador en el caso de que el ejecutado sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral. El límite definido para cada caso se incrementará por cada hijo a cargo dentro de la unidad familiar en: i. 0,15 veces el IPREM para las familias monoparentales; ii. 0,10 veces el IPREM para el resto de las familias.»

[18] PLANAS BALLVÉ, M. (2024), ¿Juicio de desahucio por precario o ejecución hipotecaria? Estudio de la idoneidad del proceso para la recuperación de la posesión, *Diario La Ley*, nº 10528, 18 de junio de 2024, pp. 1-13.

[19] DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2018), La especialidad de la vivienda habitual como objeto de la hipoteca, Especialidad de la vivienda habitual como objeto de hipoteca, en AA.VV., *Vivienda e hipoteca*, Tecnos, Madrid, p. 333.

[20] CASTILLA BAREA, M. (2018), Facultad del acreedor de elegir procedimiento ejecutivo en caso de hipoteca sobre la vivienda habitual del deudor: ¿Una libertad absoluta o condicionada?, *Revista de Derecho Civil*, Madrid, vol. 5, nº2, pp. 81-105. Esta autora expone que el acreedor hipotecario puede utilizar hasta cinco procedimientos distintitos: el declarativo ordinario, el ejecutivo ordinario, el hipotecario, el monitorio y el extrajudicial si así se pactó, y que, por lo tanto, el acreedor puede decidir por cuál de ellos realizar la finca hipotecada. Ante las trabas, o limitaciones que supone la ejecución hipotecaria para el acreedor, por los beneficios que otorga al deudor, puede preferir utilizar la ejecución ordinaria, planteándose si esto puede suponer incluso un fraude de ley o incluso un abuso de derecho. La autora cree que sí y argumenta el porqué de sus consideraciones, y aboga por la necesidad de que se fuerce al acreedor a elegir el procedimiento de ejecución hipotecaria, para evitarlo. Creemos que mejor sería, como hemos dicho arriba, extender los beneficios de la ejecución hipotecaria también a la ordinaria, porque lo relevante es el objeto, la vivienda habitual, en vez de forzar la elección.

1.4. Sucesiones

Algunas particularidades de la legítima y la desheredación en los Derechos Forales

Legitimate inheritance and disinheritance in Foral Law

por

LOURDES GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR

Profesora invitada de la UNED

RESUMEN: Como veremos a lo largo de este artículo, nos vamos a encontrar con sistemas legitimarios muy dispares: En algunos derechos forales la legítima de los ascendentes regulada en el derecho común no se contempla; así mismo encontraremos en varias legislaciones forales un derecho de alimentos de carácter sucesorio e incluso analizaremos un sistema con absoluta libertad de testar.

ABSTRACT: As we will see throughout this article, we will encounter very different inheritance systems: In some foral laws the inheritance rights of ascendants regulated in spanish common law is not contemplated, likewise we will find in several foral legislations a right of maintenance of a succession nature and we will even analyse a system with absolute freedom of testament.

PALABRAS CLAVE: Desheredación, libertad de testar, legítima, derechos forales

KEY ORDS: Inherintance, legitímate, foral Law

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—II. DERECHO FORAL GALLEGO. 2.1. La desheredación en el Derecho Foral Gallego. 2.2. Los pactos sucesorios en el Derecho Foral Gallego.—III. LA LEGÍTIMA EN EL CÓDIGO CIVIL CATALÁN. 3.1. La legítima en el Código Civil Catalán relativo a sucesiones. 3.2. La desheredación en el Código Civil de Cataluña.—IV. DERECHO FORAL BALEAR. 4.1. Mallorca y Menorca. 4.2. Ibiza y Formentera. 4.3. Pactos sucesorios en las Islas Baleares.—V. DERECHO FORAL DE NAVARRA. 5.1. Antecedentes históricos. 5.2. La legítima en el Derecho Foral de Navarra. 5.3. Derecho de alimentos con carácter sucesorio en el Derecho Foral de Navarra y la reserva de la Ley 273. 5.4. La desheredación en el Derecho Foral de Navarra.—VI. DERECHO FORAL DE ARAGÓN. 6.1. anteceden-

TES HISTÓRICOS. 6.2. LA LEGÍTIMA EN EL DERECHO ARAGONÉS. 6.3 LA DESHEREDACIÓN Y LA EXCLUSIÓN EN EL DERECHO FORAL DE ARAGÓN. 6.4. DERECHO DE ALIMENTOS SUCESORIO Y MENCIÓN A LA TRONCALIDAD ARAGONESA.—VII. DERECHO FORAL DEL PAÍS VASCO. 7.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. 7.2. LA LEGÍTIMA EN EL PAÍS VASCO. 7.3. DERECHO DE ALIMENTOS CON CARÁCTER SUCESORIO, EL APARTAMIENTO Y LA DESHEREDACIÓN. 7.4. LA TRONCALIDAD VIZCAÍNA Y "EL DERECHO CIVIL PROPIO DEL VALLE DE AYALA RIGE EN LOS TÉRMINOS MUNICIPALES DE AYALA, AMURRIO Y OKONDO Y EN LOS POBLADOS DE MENDIETA, RETES DE TUDELA, SANTA COLOMA, Y SOJOGUTI, DEL MUNICIPIO DE ARTZINIEGA.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

En tiempos contemporáneos, los cambios económicos y sociales producidos en nuestra sociedad han tenido como consecuencia que instituciones tan arraigadas como la familia y la herencia hayan variado sustancialmente, produciéndose una profunda transformación en ambas.

Ello nos ha llevado a replantearnos algunas conclusiones tradicionales en materia de herencia, concretamente en la tensión existente entre la sucesión legitimaria y las posibles o eventuales causas de desheredación. Esta tensión nos ha servido para entrar en un debate que no es otro que el de la libertad de testar, al que gracias a este estudio hemos podido comprobar que es la línea a la que se intenta acercar cada vez más el legislador foral.

En concreto, el legislador catalán se decanta por una mayor libertad de testar, mantiene la legítima como atribución sucesoria legal y límite a la libertad de testar, pero acentúa la tendencia secular a debilitarla y a restringir su reclamación. En correspondencia con lo dicho, hay que destacar que la cuantía de la legítima se reduce a una cuarta parte de los bienes hereditarios, como un derecho de crédito.

En el derecho gallego, dentro de la tendencia hacia una mayor libertad de testar, a partir de la Ley de Derecho civil de Galicia de 2006, se declara inexistente la legítima de los ascendientes, además de reducirse la cuantía de la legítima tal y como veremos más adelante, del mismo modo que sucede con el Derecho foral vasco, el cual además tiene sus propias particularidades.

Por ello, hemos considerado oportuno acercarnos a cada uno de nuestros derechos forales.

II. DERECHO FORAL GALLEGO

Comenzaremos este apartado recordando que hasta la publicación de la Ley de Derecho civil, de 24 de mayo de 1995[1], Galicia se regía por el CC en materia de legítimas, salvo algunas especialidades tradicionales de la Compilación, pues históricamente no se distinguen normas escritas propiamente gallegas; sin embargo, se reconoce una legislación civil, pues sí existía un derecho foral consuetudinario[2].

Este derecho foral, ahora regulado en la Ley 2/2006 de 14 de junio[3], prevé en el Capítulo V, al igual que se hace en el Derecho común, tanto la legítima como la desheredación, teniendo un sistema legitimario propio[4].Autores como QUESADA,

consideran que el fin de esta ley se encuentra en "contener la atomización de la propiedad y los antieconómicos minifundios y se opta por ampliar notablemente la libertad del testador y en consecuencia por reducir las legítimas"[5].

En este sentido, DÍAZ TEIJEIRO considera que la Ley 2/2006, establece "en sus artículos 238 a 266, un sistema legitimario propio… estableciendo por primera vez una legítima gallega diversa a la del Derecho Castellano", si bien se mantendrá el CC con carácter supletorio[6].Ciertamente, el artículo 1.3 de la LDCG señala que "En defecto de ley y costumbre gallegas, será de aplicación con carácter supletorio el derecho civil general del Estado, cuando no se oponga a los principios del ordenamiento jurídico gallego".

De acuerdo con lo dicho, las previsiones normativas relativas al derecho de sucesiones y en concreto, las legítimas, tienen un régimen diferente al del derecho común, y a veces contrario, lo que no es obstáculo para que el derecho común siga siendo supletorio, tal y como indica la propia LDCG.

No podemos encontrar en la Ley 2/2006 una definición de legítima, pero podemos afirmar que la legítima prevista en esta Ley se aparta del Derecho Común, pues se configura como un derecho de crédito frente al heredero[7], rechazándose por tanto la idea existente de derecho a participar en los bienes hereditarios del caudal relicto[8].Se le otorga a la legítima, por tanto, una naturaleza de *pars valoris,* tal y como se deduce del artículo 240 de la LDCG que reza que "Los legitimarios tienen derecho a recibir del causante, por cualquier título, una atribución patrimonial en la forma y medida establecidas en la presente ley", y como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 9 de mayo de 2018 al establecer que "el régimen vigente de la Ley gallega dispone que la posición del legitimario se limita a la de un mero acreedor de la herencia, carente de acción real. La consecuencia es la falta de legitimación del legitimario para el ejercicio de una acción real, como es la deducida en la litis, pues solo tiene derecho a una "*pars valoris bonorum*", a ejercitar acción personal en demanda de la satisfacción de su crédito frente al heredero."[9]

Se desprende del artículo que acabamos de plasmar que el legitimario puede ver satisfecha su legítima por una atribución patrimonial, que se puede hacer incluso con bienes de fuera del haber, pues no se le adjudica un derecho sobre los bienes de la herencia, sino una determinada partida, que se satisfará, ya sea a través de un legado, donación, o con el título de heredero.[10]Ahora bien, debemos atender al art. 246 de la misma ley, ya que en aquellos casos en los que hubiera desacuerdo entre los herederos la legítima sí se debe pagar con bienes de la herencia.

El artículo 238 de la LDCG establece que son legitimarios "1. º Los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos. 2. º El cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho".

Es importante destacar que, tras la modificación de esta Ley de 2006, se excluye en Galicia como sujeto legitimario a los ascendientes, que sí aparecían regulados en la Ley 4/1995 de 24 de mayo de 1995[11]. En este punto nos llama la atención, tal y como indica GARCÍA RUBIO, que "no ha conllevado la sustitución de la legítima de los padres o ascendientes por otro tipo de derecho sobre la herencia ni si quiera en caso de necesidad de estos, como podría ser un derecho de alimentos…

no deja de ser sorprendente en una Comunidad Autónoma caracterizada por un fuerte envejecimiento de la población…"[12].

En esta misma línea se encuentra DÍAZ TEIJEIRO al considerar que "… la muerte del causante puede suponer que el viudo y los descendientes queden en una situación de necesidad, pero esta situación puede afectar también a los ascendientes, lo que no sería infrecuente en una población con un alto índice de envejecimiento"[13]. Por tanto, si bien es verdad que se otorga mayor libertad al causante, consideramos que el legislador gallego ha desprotegido a los ascendientes.

Como sabemos, en el derecho común los ascendientes sólo heredan respecto de sus hijos, en el caso de no tener descendientes. Y lo hacen en diferente cuantía según concurran o no con el cónyuge viudo del descendiente causante. En caso de concurrir con cónyuge viudo, solo lo hacen en una tercera parte de la herencia, y en caso de que el hijo no tenga cónyuge viudo, la cuantía asciende a la mitad del haber hereditario.

Creemos que la cuota actual de los ascendientes del derecho común quizá pueda parecer excesiva. Consideramos que hubiera sido más acertado, que el legislador gallego, hubiera optado por reducir la cuota de los ascendientes, tal y como redujo la cuota de los descendientes. En nuestra opinión, el extinguir la legítima de los ascendientes no casa con la finalidad de la solidaridad familiar y ayuda mutua que se debe prestar entre determinados miembros de esta y que sustenta la legítima. Estas mismas razones sostenemos que deberían existir en sentido reciproco entre los diferentes legitimarios. Nos preguntamos por qué está obligado el padre a reservar bienes a los hijos que pueden tener la vida resuelta y tener una edad considerable, e incluso no tener ninguna relación familiar con los progenitores y sin embargo no hay obligación de reservar bienes a los padres en caso de que el causante no tuviera a su vez descendientes, e incluso en el supuesto de no dejar cónyuge viudo, cuando nuestros ascendientes suelen ser más vulnerables y junto con la desgracia que supone la muerte de un hijo, se pueden encontrar en situaciones de necesidad de ayuda; o por qué los hijos pueden considerar que los padres resulten ser un refugio, y no nos referimos solo al aspecto económico, pues, como sabemos, la legítima no se limita al cumplimiento de una función económica y luego, sin embargo, que estos no tengan en cuenta su posible situación de vulnerabilidad y la misma posibilidad de colaborar con sus ascendientes.

Por supuesto que las situaciones pueden ser muy variadas, y la casuística debe ser ampliada, ya que los escenarios pueden ser dispares. Pero lo que sí creemos es que la ley debe tender a asegurar el confort de las personas mayores, y lo cierto es que mantenerla legítima protege a los padres, porque con ello podrían tener unas mejores condiciones de vida, y no nos referimos a que solo tenga o deba tener la legítima una función asistencial, que siempre que las circunstancias lo permitan, como mínimo, debería tener y servir para atender sus necesidades de vivienda, asistencia médica, alimentación, etc., sino que tiene una función más amplia ya que la legítima no debe responder simplemente a las situaciones de necesidad, para lo que existen otras instituciones, sino a la idea del robustecimiento de la familia. Sin embargo, el legislador gallego ha optado por limitar la legítima.

En lo referente al *quantum* correspondiente a cada legitimario hay que atender al artículo 243 LDCG, que destina a los descendientes la cuarta parte "del valor del haber hereditario líquido".

Por tanto, y como consecuencia de lo anteriormente dicho, esta legítima dista mucho de la legítima prevista en el CC, pues no se considera al legitimario coheredero o copropietario y además se reduce la cantidad destinada a la legítima pasando a ser únicamente de un cuarto[14]. Es decir, un 25% de los bienes del causante. Afirma REBOLLEDO VARELA que será distribuida a partes iguales entre cada hijo o sus linajes[15].

Obsérvese que tampoco contempla la mejora ni alude a ella, a diferencia delo que sucede en el derecho común, que permite disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla a mejorar a los hijos o descendientes. Por tanto, se elimina la mejora. Sí contempla el pacto sucesorio de mejora, pero queda claro que nada tiene que ver con el concepto de mejora del derecho común pese a que mantenga el nombre (artículo 214 de la LDCG).

A diferencia de lo que ocurre en derecho común, en el derecho gallego los nietos o bisnietos solo tienen derecho a la legítima si ha premuerto su padre o madre, o si su padre o su madre hubieran sido justamente desheredados o declarado indignos. Es decir, en el derecho gallego, en caso de existir hijos, los nietos no son legitimarios. Por lo que debe tenerse en cuenta que en este ordenamiento existe preferencia de grado entre los descendientes. Por tanto, mientras que en derecho común los nietos adquieren en relación con la legítima corta la condición de legitimarios por derecho de representación, en relación con la legítima larga o mejora, si es el caso, por hacer uso de esta facultad, pueden adquirirla, por derecho propio.

En lo que sí hay coincidencia con el derecho común es en que los nietos o posteriores descendientes adquieren la legítima, por derecho de representación en el supuesto de que los hijos hayan sido justamente desheredaros o declarados indignos, adquiriendo estos su cuota por estirpes.

Por otro lado, en el derecho gallego la legítima de los hijos se reparte siempre en partes iguales entre los hijos y estirpes, mientras que el derecho común permite distribuir la cuota de forma desigual, al poder disponer respecto de alguno o algunos de sus hijos o nietos, del tercio destinado a mejora, es decir, se puede disponer de una de las dos terceras partes que forman la legítima, cuando existen varios descendientes. Por tanto, en derecho común, cuando existe pluralidad de descendientes, el causante tiene la facultad de disponer de un tercio a favor de los descendientes sin tener en cuenta el grado, pudiendo disponer incluso en favor de sus bisnietos, es decir, no rige el principio de que el grado más próximo excluye al más cercano y, por otro lado, puede disponer de ese tercio en la forma que quiera, incluso dejando la totalidad a uno solo de los descendientes.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta es si el Derecho civil gallego se aparta del derecho común, en cuanto a la excepción de gravar la legítima de los descendientes en caso de que estuvieran incapacitados judicialmente (o, ahora, con medidas de apoyo o representación), ya que no pueden imponerse cargas en las legítimas, ni fideicomisos o gravámenes de ninguna clase. Y en caso de ponerse se tienen por no puestas (conforme establece el artículo 242 de LDCG). Es decir, cabe plantearse si en este extremo mantiene el derecho gallego la intangibilidad de la legítima. En derecho común, tampoco se puede, en principio, gravar la legítima, salvo excepciones, entre las que encontramos lo dispuesto en el artículo 808 del CC, respecto de los hijos o descendientes con discapacidad[16], permitiendo gravar

con sustitución fideicomisaria el tercio de legítima estricta. Con ello se pretende beneficiar y proteger a los sujetos con discapacidad. Conviene preguntarse, por ello, si esta excepción rige en derecho gallego o no. Ha de entenderse que al tener un régimen propio no se aplica la excepción, apartándose del derecho común; o, por el contrario, podría entenderse que rige el derecho común por tener carácter supletorio. La solución ha de ser una de dos.

Autores como DÍAZ TEIJEIRO distinguen entre lo que llaman legítima global, que se corresponde con la cuarta del valor líquido del haber hereditario en su totalidad y la legítima individual que se corresponde con la parte proporcional que queda una vez se haya dividido esta entre los hijos legitimarios o sus linajes[17].

BOSCH CAPDEVILA nos hace una interesante observación acerca de la legítima gallega, pues al establecerse la legítima de un cuarto a los descendientes a partes iguales, la legítima individual dependerá del número de descendientes: "si se trata de un único hijo este recibirá ¼ de la herencia, mientras que si este tiene cuatro hermanos solo recibirá la vigésima parte". Por tanto, se trata de una legítima que depende del número de legitimarios, en este sentido considera que se trata "de una legítima incierta"[18].

Con respecto al cálculo de esta porción hereditaria "legítima global", tal y como señala RIVAS MARTÍNEZ, ha de hacerse una vez deducidas las deudas. En efecto, el artículo 244-1 indica que "para fijar la legítima el haber hereditario del causante se determina conforme a las siguientes reglas…"[19]. A continuación, se detallan.

En primer lugar, es necesario computar los bienes y derechos por el valor que tuviesen los bienes en el momento de la muerte del causante. A esto es necesario deducir, como ya hemos indicado, las deudas. Además, este artículo nos señala que deberá actualizarse el valor monetario en el momento en el que se vaya a hacer el pago de la legítima.

En segundo lugar, y del mismo modo que se hace en el CC, es necesario sumar al caudal relicto las donaciones, tal y como se plasma en el artículo 244-2 de la LDCG"Se añadirá el valor de los bienes transmitidos por el causante a título lucrativo, incluidos los dados en apartación, considerado en el momento de la transmisión y actualizado monetariamente en el momento de efectuarse el pago de la legítima. Como excepción, no se computarán las liberalidades de uso".

No podemos olvidar que hay que añadir lo dispuesto en el artículo 245 de la LDCG que afirma que, salvo que el causante así lo exprese, se deben imputar al pago de la legítima de los descendientes, los legados o atribuciones de la herencia incluso en aquellos supuestos en los que los legitimarios renuncien a ellas, las donaciones hechas a los legitimarios y las mejoras pactadas y, por último, las donaciones hechas a hijos premuertos que fueran hijos de un legitimario.

Una vez fijado, por tanto, el valor global, este se divide en cuatro y les corresponde una cuarta parte a partes iguales entre los hijos, correspondiéndole a cada uno la legítima individual que, como ya habíamos adelantado, al igual que en el CC, en la LDCG, si uno de los hijos fallece su parte les corresponderá a sus descendientes, del mismo modo que pasa en aquellos supuestos en los que hay indignidad o desheredación.

El pago de la legítima aparece regulado en los artículos 256 y siguientes. En este punto es importante tener en cuenta que, en primer lugar, es el testador el encargado de asignar la legítima y para aquellos supuestos en los que no sea así,

los herederos, de común acuerdo, deben decidir la manera de realización del pago que, como hemos dicho al inicio de este epígrafe, puede hacerse con bienes hereditarios o extra hereditarios. No obstante, el artículo 256 de la LDCG prevé que a falta de acuerdo deberá hacerse el pago con bienes hereditarios; además se especifica que, salvo disposición del testador, no podrá hacerse el pago parte en bienes y parte en dinero[20].Se establece, por otro lado, un plazo para el pago de la legítima, que será de un año, para que el heredero pague al heredero legitimario. Transcurrido ese plazo se crean intereses legales.[21]

2.1. La desheredación en el Derecho Foral Gallego

Como ya indicamos al principio de este apartado, y siguiendo la línea tradicional, del mismo modo que aparece regulada la figura de la legítima esta viene acompañada de la desheredación, a la que la LDCG le dedica la sección cuarta: *Del apartamiento y la desheredación.*

Antes de nada, hay que hacer hincapié en que las causas de desheredación en esta Ley son las mismas para cualquier legitimario, es decir, tanto para el cónyuge como para los descendientes. Por lo que, en el derecho gallego, se unifican las causas de desheredación, a diferencia de lo que ocurre en el derecho común, que señala diferentes causas según el tipo de legitimario. No obstante, es conveniente hacer una serie de matices a la afirmación que acabamos de hacer.

El artículo 263 de la LDCG establece como justas causas para desheredar[22]:

1.ª Haberle negado alimentos a la persona testadora. Si lo comparamos con el derecho común, debe resaltarse que es la misma causa que encontramos en el CC en el art. 853.1, para poder desheredar a los hijos y descendientes. Teniendo en cuenta que la regulación de los alimentos es la establecida en el art. 142 del CC, nos encontramos con una causa de morfología idéntica a la que contiene el CC. En relación con los cónyuges, coincide también con la causa contemplada en el art. 855.3, que permite desheredar al otro cónyuge por negarle alimentos, si bien en el derecho común también se permite desheredar al cónyuge que niega alimentos a los hijos, mientras que en el gallego no se contempla.

Esta causa es común a todos los legitimarios, tanto en el derecho gallego como en derecho común.

2.ª Haberla maltratado de obra o injuriado gravemente. Es otra de las causas que nos encontramos en el art. 853CC para poder desheredar a los hijos o descendientes[23].

Con respecto a la interpretación de las causas de desheredación por parte de la jurisprudencia menor nos parece relevante destacar la Sentencia 143/2016 de la Audiencia Provincial de la Coruña de 15 de abril de 2016, pues si bien en esta sentencia no existe causa real de desheredación se asume, como bien dice la Sentencia, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a este respecto estableciendo que se pronunció ya esta Sección de la Audiencia Provincial, en su sentencia de 24 de noviembre de 2014, la cual manifiesta lo siguiente: "Ha de asumirse como postura interpretativa adecuada la expresada por la reciente y difundida STS núm. 258/2014 de 3/6/2014 (RJ 2014, 3900) pues, aunque no nos hallamos en el ámbito normativo del derecho común como luego se desarrollará, la identidad de la regulación legal del presupuesto de la desheredación en la norma gallega hace que tal

pauta interpretativa, en ausencia de jurisprudencia propia y distinta del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia sobre la cuestión, deba guiar la interpretación de la norma autonómica, en especial dada la primacía de la voluntad del causante y la restricción de la extensión de la legítima introducidas por la Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006. Dicha resolución considera que la imposibilidad de analogía o de interpretación extensiva de las causas de desheredación no equivale a un criterio valorativo rígido o sumamente restrictivo, sino que ha de permitir una "interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen", para considerar que "el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra", para concluir, que "fuera de un pretendido "abandono emocional", como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, los hijos, aquí recurrentes, incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante donde , ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios", y ello en un supuesto fáctico del que se dice que las sentencias de las instancias inferiores "consideraron probado que en cuanto a su trato fue objeto de insultos y menosprecios reiterados y, sobre todo, de un maltrato psíquico voluntariamente causado por los actores que supuso un auténtico abandono familiar"[24].

Cabe pues considerar una de las especies del maltrato el constituido por actuaciones que supongan una grave falta de respeto o consideración, o el grave desentendimiento y abandono respecto del causante, que ha de traducirse en actos externos que puedan así ser considerados y que no deben confundirse con que en los ámbitos afectivos o subjetivos las relaciones entre el legitimario y el causante puedan ser frías, conflictivas o muy tenues….La sentencia de instancia ni desconoce ni obvia tal doctrina jurisprudencial, antes bien, la sentencia del Tribunal Supremo invocada por los apelantes, de 3/06/2014 , figura transcrita en el fundamento de derecho segundo, por lo que se enlaza racionalmente el primer motivo de recurso con el segundo, de error en la valoración de la prueba, que es verdaderamente el núcleo de la cuestión litigiosa[25]."

Otra de las sentencias que queremos destacar es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 18 de febrero de 2019, relativa a la falta de relación familiar, pues siguiendo igualmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que para que esta sea causa de desheredación es necesaria que sea imputable al progenitor alegando que "De dichas declaraciones solo cabe concluir que existía una escasa relación entre el padre y sus hijos, pero que la misma debe imputarse al progenitor, ya desde la infancia de los ahora demandantes, por lo que, como se afirma en la STS de 27 de junio de 2018 en relación con el supuesto allí examinado, el origen de esa falta de relación familiar no puede imputarse a los hijos, dado que se trataba de niños cuando el padre decidió alejarse de forma afectiva de ellos. Hay que concluir entonces que no consta probado que los demandantes en momento alguno hayan faltado al respeto o consideración o maltratado de forma

alguna a su progenitor, por lo que no se aprecia que concurra la causa de desheredación del artículo 262.2º LDCG invocada, lo que lleva a desestimar el recurso de apelación interpuesto y a confirmar la sentencia de instancia."

En relación con el cónyuge viudo, en nuestra opinión, la causa de desheredación se encontraría subsumida en la causa primera del artículo 855: haber incumplido grave o reideramente los deberes conyugales. Obsérvese que esta causa en derecho común no se aplica para poder desheredar a los padres, salvo que conllevara la privación de la patria potestad.

3.ª El incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales, que no entraremos a valorar pues se refiere al cónyuge como usufructuario[26].

Es claro que esta causa solo se puede aplicar para desheredar al cónyuge, como ocurre en derecho común, por lo que no es una causa común a todos los legitimarios, al ser imposible aplicar como resulta obvio a otro legitimario y en este extremo el derecho gallego mantiene una causa que solo se puede aplicar entre cónyuges.

4.ª Las causas de indignidad expresadas en el artículo 756 del CC.

En derecho común las causas de indignidad también se aplican a todos los legitimarios; es decir, pueden ser invocadas frente a todos los legitimarios, en relación con la causa de indignidad del art. 756.7. Existe un número mayor de causas de desheredación en el derecho común que en el derecho gallego.

Por último, de este artículo se desprende que, si bien existen causas propias de desheredación en la Ley Gallega, se remiten a las causas de indignidad del CC. La doctrina considera que debemos tener en cuenta que no todas esas causas podrán ser reprobables al legitimario gallego, ya que quedan excluidas aquellas que se refieren a los ascendientes, si bien no podemos olvidar que las causas de indignidad no se aplican únicamente a los herederos forzosos sino a cualquier heredero, aun no siendo legitimario, por tanto, no podemos compartir esa idea[27].

Como sabemos, la desheredación solo se aplica en la sucesión testada, mientras que las causas de indignidad se aplican a cualquier tipo de sucesión. Las causas de indignidad, si llegan a ser conocidas por el testador pueden hacerse valer como causas de desheredación, mientras que las causas de indignidad como ya hemos analizado pueden alegarse en todo caso por cualquier interesado, pese a no ser conocidas e inhabilitan para suceder por cualquier título. Si el testador existiendo una causa de indignidad no la incluye en el testamento para desheredarle, seguirá el régimen de la indignidad.

Los efectos de la desheredación son los mismos que en el derecho común, el desheredado se ve privado de su derecho a la legítima; sin embargo, los hijos o descendientes de los desheredados y de los indignos, ocupan su posición, y en consecuencia adquieren su porción legitimaria representándoles en la legítima.

Si la desheredación ha sido injusta, el legitimario tiene un plazo de cinco años para ejercitar la acción, desde la muerte del causante, de acuerdo con el artículo 266 de la LDCG, calificándolo la ley como plazo de caducidad[28].

2.2. Los pactos sucesorios en el Derecho Foral Gallego

Es importante incluir una diferencia con respecto al Derecho Común y que afecta a la legítima, pues se permite en el Derecho Foral Gallego (y en otros que analizaremos más adelante), realizar pactos sucesorios. La LDCG los regula en

los artículos comprendidos entre el 209 y el artículo 227, inclusives, y como caracteres generales establece que los otorgantes sean mayores de edad, y con plena capacidad de obrar, así como que sean otorgados en escritura pública[29].

El primero de ellos es la apartación, a través del cual se puede renunciar a ser heredero forzoso, es decir a la legítima futura, lo que sería nulo en el Derecho Común, que prohíbe este tipo de pactos, a favor de una cuantía que se recibe en vida del causante[30]. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ lo define como "el pacto otorgado por el apartante y el legitimario a través del cual el apartado queda excluido de modo irrevocable de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante, a cambio de unos bienes concretos que le son adjudicados"[31].

Aparece regulado en los artículos 224 y siguientes de la LDCG, de los que podemos extraer, por un lado, que el apartante podrá dar cualquier bien o derecho en pago independientemente de su valor. Ante ello, nos surge la duda de qué es lo que pasaría si se dañase la legítima de los demás herederos forzosos. Además, se puede pactar que el apartado quede excluido de la sucesión intestada, por lo que no podremos compararlo, por esta característica, con *la deffinitio* contemplada en el derecho balear, que estudiaremos en el epígrafe correspondiente. No obstante, BERMEJO PUMAR, considera "que la apartación no es una renuncia a la legítima ni un pacto sobre la desheredación", basando su tesis en que el apartado queda excluido de heredero forzoso mediante al apartamiento pero no pierde su condición de legitimario. Por último y en lo referente a este pacto queremos destacar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 24 de septiembre de 2012, pues nos da una clara explicación de este pacto sucesorio: "así entendemos que el apartamiento es un pago anticipado de la legítima: un pacto sucesorio por el que el apartante entrega al apartado, de presente, unos determinados bienes, a cambio de que éste quede excluido, desde tal momento, de su eventual condición de legitimario." Añade, además, la citada sentencia como características propias de este pacto que se trata de un acuerdo de voluntades y que se consiste en una atribución de la legítima[32].

Otro de los pactos que se contempla en el Derecho Gallego es el pacto de mejora, que aparece recogido en el artículo 214, según el cual son pactos de mejora aquellos por los cuales se conviene a favor de los descendientes la sucesión en bienes concretos. Se trata, por tanto, de una delación hereditaria como se desprende del artículo 181 de la LDCG, cuyo origen está en un negocio celebrado entre un ascendiente y un descendiente que tiene como fin otorgar a título gratuito una serie de bienes (puesto que no podrá ser una cantidad de la herencia) de los que se dispondrá *mortis causa*.

Dentro de estos pactos se encuentra el de mejora de labrar y poseer. Se trata de una institución típica del Derecho Gallego[33]. La intención y el origen de este pacto radican en evitar la desintegración que ocasionan las particiones hereditarias, transmitiendo la denominada casa petrucial a un único heredero[34]. La propia Ley hace referencia además a la era, los corrales y los huertos[35] en el artículo 219 de la LDCG cuyo tenor es el siguiente "1. El ascendiente que quiera conservar indiviso un lugar acasarado, aunque las suertes de tierras estén separadas, o una explotación agrícola, industrial, comercial o fabril podrá pactar con cualquiera de sus descendientes su adjudicación íntegra.2. Si en el pacto no se dispusiera

otra cosa, la adjudicación supondrá la institución de heredero en favor del así mejorado".

Como pacto, deberá realizarse durante la vida del causante, asignando unos bienes concretos a un adjudicatario que deberá ser un descendiente, "se trata por tanto de un negocio jurídico bilateral, familiar"[36]. Además, tal y como señala ESTÉVEZ ABELEIRA[37], "constituye un negocio *mortis causa* porque sus efectos patrimoniales se retrasan normalmente al momento del fallecimiento del *de cuius*, salvo en el caso del pacto de mejora con entrega de bienes de presente" ya que existen las dos modalidades de presente y futuro; por otro lado, el pacto devendrá ineficaz en caso de que el mejorado no sobreviva al causante, salvo que expresamente se haya pactado una sustitución, pues es la propia Ley la que no permite la premoriencia"[38].

El último de los pactos que se contempla es el usufructo a favor del cónyuge viudo. Si bien el cónyuge queda fuera de nuestro estudio, debemos mencionarlo ya que afecta a la legítima, pues permite gravarla, en su totalidad o de forma parcial, tal y como se desprende del art. 228[39].

Creemos necesario poner de relieve que, en el derecho gallego, la legítima y la desheredación han experimentado cambios. De un lado, se reduce la cuantía de la legítima en relación a los hijos o descendientes, desaparece la mejora, y los nietos solo heredan si los padres han premuerto o cuando el padre o la madre hayan sido declarados indignos o desheredados justamente, y se suprime la obligación de reservar a los padres o ascendientes cualquier cantidad por legitima, dejando de ser legitimarios.

Se debilita o reduce, por tanto, la legítima en el derecho gallego respecto a la legítima del derecho común.

III. LA LEGÍTIMA EN EL CÓDIGO CIVIL CATALÁN

Iniciaremos este epígrafe parafraseando a RIVAS MARTÍNEZ pues, al igual que en el Derecho Común, la legítima en Cataluña "es producto de una larga evolución histórica"[40]. Durante muchos años, se mantuvo en Cataluña un sistema de legítimas variable, quese venía dando desde el sistema Justinianeo[41] (varía según el número de descendientes)[42], Así aparece contemplada en el libro cuarto del Código Civil Catalán, relativo a las sucesiones, si bien es necesario remarcar que, tal y como se establece en su Preámbulo, "mantiene la legítima como atribución sucesoria legal y límite a la libertad de testar, pero acentúa la tendencia secular a debilitarla y a restringir su reclamación"[43].

3.1. La legítima en el Código Civil Catalán relativo a sucesiones

El Código Civil Catalán regula la legítima en su Libro IV, y la define en su artículo 451-1[44] como la concesión "a determinadas personas del derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial que este puede atribuirles a título de institución hereditaria, legado, atribución particular o donación o de cualquier otra forma".

La definición que nos da este Código léxicamente nada tiene que ver con la definición del Código Civil, dando derecho a obtener del causante una atribución patrimonial, derecho que consiste en una atribución sucesoria determinada por ley. En nuestra opinión, se trata de una definición más clarificadora que la establecida en el CC, ya que, desde un primer momento, establece la atribución de esta, de diferentes maneras. Si bien es cierto que en el CC la atribución de la legítima también puede hacerse de diferentes formas, es una deducción que tenemos que colegir de diferentes artículos.

Por otro lado, GÓMEZ TABOADA hace una distinción clara entre la legítima catalana y la establecida en el derecho común al señalar que "la diferencia fundamental en ambas radica en que la sometida al derecho común, no se puede partir la herencia sino es con la concurrencia del legitimario, que es cotitular del activo hereditario; mientras que en el Derecho catalán el heredero puede aceptar y adquirir los bienes hereditarios, debiendo el legitimario reclamarle a él. Pudiendo satisfacer la legítima incluso con bienes que no forman parte de la herencia"[45]. Otros autores también observan la debilidad de la legítima catalana, frente a la contemplada en el CC[46].

En primer lugar, parece oportuno analizar el artículo 451-1, que le da a la legítima, directamente, la naturaleza de *pars valoris*, es decir, le concede un derecho de crédito, tal y como señala LARRONDO LIZARRAGA, "de carácter puramente personal o bien con afección real sobre todos y cada uno de los bienes de la herencia". Esta configuración de la legítima fue una de las modificaciones que estableció la Ley de 9 de abril de 1990[47].

El CCcat de sucesiones establece como sujetos legitimarios a los hijos y descendientes y, a falta de estos, a los padres[48].

En relación a la legítima de los descendientes, se establece que los hijos son legitimarios a partes iguales, mientras que en el derecho común, de las dos terceras partes de la legítima de los descendientes, una —la legítima corta o estricta— queda reservada a los hijos en partes iguales, pero la otra, la legítima larga o mejora puede ser destinada como se quiera a favor de alguno o algunos de los hijos o descendientes, es decir, puede distribuirse de forma desigual a voluntad del causante y por tanto, puede ser la cuota variable entre los descendientes si el testador así lo desea.

Se dispone del mismo modo la premoriencia en el derecho común, esto es, si alguno de los hijos fallece, sus descendientes tendrán derecho a la parte que recibiría su padre de estar en vida; del mismo modo se fija con respecto de los desheredados e indignos y ausentes. Y son representados por sus respectivos descendientes por estirpes;es decir, en la línea descendiente, opera en los supuestos citados el derecho de representación. Debe destacarse también que los nietos en el derecho catalán no son legitimarios existiendo los padres, salvo que lo sean por derecho de representación.

Es necesario hacer una serie de aclaraciones respecto a la legítima de los ascendientes, pues tal y como se establece en el artículo 451-4 del CCcat, únicamente tendrán derecho a la legítima, en primer lugar, los padres y no los demás ascendientes y solo si no existen descendientes, pues de haberlos, aunque estos estuviesen desheredados o declarados indignos, no disfrutarían de este derecho. Sin embargo, nos llama la atención que no se diga nada en caso de que el descen-

diente repudie la herencia, y nos preguntamos, por tanto, si en ese supuesto, los progenitores tendrían derecho a la legítima.

Los progenitores son legitimarios por mitad Y si solo existe un progenitor le corresponde el derecho a la legítima íntegramente. Se trata de un derecho intransmisible que se extingue si no es reclamado en vida del legitimario.

Por tanto, igual que sucede en el derecho común, no existe derecho de representación en la línea recta ascendente. Ni tienen derecho a la legítima en caso de desheredación o indignidad de los descendientes sin estirpes. La legítima de los ascendientes tiene también un carácter subsidiario respecto de la legítima de los hijos. Si bien en el derecho catalán solo son legitimarios los padres, se excluye a cualquier otro ascendiente.

LARRONDO LIZARRAGA considera que a los progenitores les corresponde la mitad de la herencia y en aquellos casos en los que solo haya un ascendiente, ya sea este desheredado o indigno o solo sobreviviese un progenitor, le corresponde la parte íntegra, si bien quedan excluidos los otros ascendientes de ulterior grado, puesto que no están considerados legitimarios[49].

El *quantum* de la legítima aparece recogido en el código catalán, que establece que será la cuarta parte de la cantidad base que resulte de una serie de normas, enmarcadas dentro del artículo 451-5.

En primer lugar, a los bienes que hubiese en la herencia al momento de la muerte, han de deducirse las deudas; además se descontarán del mismo modo los gastos del entierro y de última enfermedad. Por tanto, *el relictum* está formado, tal y como establece RIVAS MARTÍNEZ, por "todos los bienes y derechos que una persona deje a su fallecimiento y que no se extingan con su muerte" y sobre esto de deducen las deudas que hubiere, así como, ya hemos indicado, los gastos de entierro o incineración y de última enfermedad si los hubiere[50].

En segundo lugar, a esa cantidad debe añadirse el valor de los bienes donados. Si bien es verdad, y como hacíamos referencia al inicio, el CCcat establece, entre las medidas para debilitar la legítima, la de no poder traer a colación aquellas donaciones no hechas a legitimarios realizadas diez años antes de la muerte del testador; sin embargo, sí serán imputables, tal y como se desprende de la Exposición de Motivos del texto catalán, en aquellos supuestos "que se trate de donaciones otorgadas a legitimarios e imputables a su legítima, en cuyo caso son computables sin límite temporal"[51].

Por último, y en relación con las donaciones o actos dispositivos computables, el artículo que venimos analizando añade que deberán sumarse los deterioros que se hayan podido originar en estos bienes por parte del que recibió la donación, y en el caso de pérdida de este o enajenación por parte del donatario se sumara el valor que tenía el bien en el momento que se perdió o enajenó.

No obstante, y en opinión de BERMEJO PUMAR, es necesario distinguir en la colación "entre donaciones y atribución de anticipo de la legítima", puesto que en la cantidad base, no tienen porqué sumarse las donaciones. En el Derecho Común, el propio CC hace referencia a los "regalos de boda" como liberalidades no colacionables, salvo que estas excedan de "un décimo o más de la cantidad disponible por testamento tal y como dispone el art. 1044"[52]. Por el contrario, en el Derecho Catalán se puede, en pacto expreso, considerar que será imputable, siguiendo a la

autora citada, según la cual "lo que reciben del causante a título gratuito no todo puede tenerse por imputable ni computable."

La cuantía de la legítima de los descendientes y ascendientes en el derecho catalán es siempre de una cuarta parte, cuantía más reducida que la del derecho comúnque, además, es una cuantía de cuota variable, ya que de las dos terceras partes de la cuantía que corresponde a los descendientes, solo un tercio es una cuantía fija, siendo el tercio de mejora de cuantía variable si así lo dispone el testador, y también lo es de cuota variable para los ascendientes, la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, y si concurre con el cónyuge viudo, será de un tercio.

Al cónyuge viudo se le atribuye como máximo la cuarta viudal del caudal relicto, pero debe aclararse que no es legitimario. La cuarta viudal se puede reclamar siempre que sea para cubrir sus necesidades vitales, que se perfilan. entre otros, con los siguientes criterios como, por ejemplo, el nivel de vida, edad, estado de salud, salarios y rentas percibidas o perspectivas económicas previsibles, según el artículo 452del CCcat. Es destacable que la unión estable de hecho se equipará al cónyuge viudo, teniendo derecho, también, a una atribución patrimonial que se extingue si el viudo o el conviviente muere sin haberla reclamado. Se considera que constituye el objeto de una acción personal contra los herederos del causante.

Como ya hemos sostenido la legítima en el derecho común no tiene una naturaleza asistencial, y es independiente de la posición económica.

3.2. La desheredación en el Código Civil de Cataluña

Del mismo modo que se contempla en el CC, el CCcat. regula expresamente la desheredación y así aparece recogida en su artículo 451-17, estableciéndose, por un lado, como causas de desheredación las causas de indignidad que aparecen recogidas en el artículo412-3y, por otro lado, las causas de desheredación propiamente dichas[5354].

Es importante destacar que se establecen las mismas causas de desheredación para todos los legitimarios sin hacer ningún tipo de distinción, a diferencia del Derecho Común.

Para que sea efectiva la desheredación, se debe recoger en testamento codicilo o pacto sucesorio, como se desprende del art.451-18. Al igual que en el derecho común, no se permite que la desheredación sea parcial o condicional; Debe constar la causa legal por la que se deshereda, y además una designación nominal del legitimario al que se vaya a desheredar.

Son causas de desheredación, según lo establecido en el artículo 451-17

"a) Las causas de indignidad establecidas por el artículo 412-3.

b) La denegación de alimentos al testador o a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador, en los casos en que existe la obligación legal de prestárselos.

c) El maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador.

d) La suspensión o la privación de la potestad que correspondía al progenitor legitimario sobre el hijo causante o de la que correspondía al hijo

legitimario sobre un nieto del causante, en ambos casos por causa imputable a la persona suspendida o privada de la potestad.

e) La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario".

En lo referente a las causas de indignidad, podemos ver similitudes con el Derecho común, si bien existen algunos matices diferenciales de especial relevancia. Por ejemplo, nos llama la atención la primera de las causas "El que ha sido condenado por sentencia firme dictada en juicio penal por haber matado o haber intentado matar dolosamente al causante, su cónyuge, la persona con quien convivía en pareja estable o algún descendiente o ascendiente del causante".

Esta causa, aunque parecida al derecho común, debe observarse que no es exactamente igual. Para que esta causa lo sea de indignidad tiene que calificarse el delito como doloso, lo que no ocurre en el derecho común. Por otro lado, nos parece bastante incompleta si lo comparamos con la equivalente a nuestro CC, que recordemos incluye no solo matar o intentar matar, sino también haber "ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante", si bien el maltrato grave si está recogido como causa de desheredación, y en él se puede incluir tanto el maltrato de obra, como la violencia psíquica.

No se recoge en el CCcat. la causa para la protección de las personas con discapacidad[55]. Nos sorprende que no haya habido una ampliación de las causas de indignidad por parte del legislador catalán pues, como es por todos sabido, esta causa tiene como finalidad que no queden las personas con discapacidad en situación de desamparo.

Otra consideración que debemos hacer es que, aunque el derecho catalán unifica en un solo artículo las causas de desheredación, es conveniente incidir en que algunas de ellas no se pueden aplicar a todos los legitimarios. Por ejemplo, pensemos en la causa 412-3 de indignidad que se refiere a los padres que hayan sido suspendidos o privados de la potestad respecto al hijo causante de la sucesión por una causa que le sea imputable, solo se puede aplicar para desheredar a los ascendientes. Igual ocurre con la causa de desheredación del art. 451-17, CCcat "la suspensión o la privación de la potestad que correspondía al progenitor legitimario sobre el hijo causante o de la que correspondía al hijo legitimario sobre un nieto del causante, en ambos casos por causa imputable a la persona suspendida o privada de la potestad" será exclusivamente aplicable a los ascendentes.

Con respecto al resto de causas de desheredación, también existen claras diferencias con el CC y no solo residen en que un único artículo regule las causas de desheredación para todos los legitimarios sino que hay diferencias de fondo, pues se considera causa de desheredación " la ausencia manifiesta y continuada de la relación familiar entre el causante y el legitimario" que si bien se ha admitido en el derecho común incluyéndose dentro del maltrato, al menos indirectamente, pues se ha considerado que el abandono emocional supone un maltrato psíquico y reiterado, incompatible con los deberes de los hijos, como hemos analizado en la jurisprudencia del TS, a partir de la Sentencia anteriormente analizada de 3 de junio de 2014, y más recientemente, en la Sentencia del T. S 104/2019, de 19 febrero. Con ello, parece abierta esta posibilidad, pese a que esta causa no esté regulada

como tal, haciendo el Supremo verdaderos esfuerzos por adaptar las causas de desheredación a la realidad social.

Pero en el derecho catalán hay que subrayar que no cualquier ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y legitimario es causa desheredación solo cuando es imputable exclusivamente al legitimario. No basta con que sea una ausencia de relación temporal, sino que tiene que ser continuada en el tiempo, y manifiesta es decir que sea conocida por el propio ámbito familiar o por terceras personas.

Este precepto fue introducido a través de la Ley 10/2008, de 10 de julio, y será la única causa de desheredación en la que nos detendremos, puesto que el resto de ellas son equivalentes a las del derecho común[56]. Ya en el preámbulo de la Ley se advierte que se ha adicionado esta nueva causa; "A pesar de que, ciertamente, el precepto puede ser fuente de litigios por la dificultad probatoria de su supuesto de hecho, que puede conducir al juzgador a tener que hacer suposiciones sobre el origen de desavenencias familiares, se ha contrapesado este coste elevado de aplicación de la norma con el valor que tiene como reflejo del fundamento familiar de la institución y el sentido elemental de justicia que es subyacente".

Efectivamente, la desheredación, en general, es difícil de probar cuando el legitimario impugna la misma por considerar que es injusta, pero en este caso, en concreto, será más difícil para los restantes herederos probar la certeza de la causa a los que corresponde la carga de la prueba de que concurre la causa de desheredación, por la complejidad que estas situaciones desencadenarán en muchos casos de probar que la falta de relación se debe exclusivamente al legitimario y es ajena al causante.

En este sentido, RIVAS MARTÍNEZ considera que "el precepto puede ser fuente de litigios por la dificultad probatoria" que entraña, pues se requiere una prueba de hecho negativa y además que se le pueda imputar al legitimario[57]. En esta línea, ARROYO y FARNÓS afirman que la voluntad del testador sería más sencilla de cumplir si el legislador catalán "hubiere presumido la validez de la causa de privación y hubiera evitado al heredero tener que probar su veracidad cuando el legitimario la considera injusta"[58]. Además, el legislador no describe qué se entiende por falta de relación "manifiesta y continuada".

La Sentencia 49/2018, de 31 de mayo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, señala en su fundamento tercero que para que se dé esta causa de desheredación, la falta de relación "debe referirse al periodo inmediatamente anterior a declararse por el testador en su acto de última voluntad su decisión en desheredar y que esa circunstancia se mantenga hasta la muerte"[59]. Considera el Tribunal que "(…) Este razonamiento debemos completar ahora diciendo que si la causa de la desheredación hecha valer por el testador consiste en una ausencia ininterrumpida de relación familiar, como es el caso, habrá que examinar su naturaleza de continuada y manifiesta y valorar su imputabilidad al legitimario o al propio testador teniendo en cuenta toda la duración de la falta de relación, sin que tenga ningún sentido restringirla —sin más precisión temporal— en la época inmediatamente anterior a la formalización de la desheredación "(…)."Pero en nuestro caso no se dan estas circunstancias fácticas, toda vez que, como ha quedado expuesto en el primer fundamento jurídico, la falta de relación familiar entre el testador y sus hijos matrimoniales comenzó con el abandono repentino del domicilio familiar

por padre cuando aquellos eran menores, sin que conste que más tarde el padre hiciera ningún intento serio encaminado a retomar la relación afectiva con los hijos aquí demandantes[60]".Con esta argumentación considera el TSJ que no es procedente esta causa para desheredar a los hijos. Por tanto, no se puede demostrar que la falta de relación este fundada en exclusiva en una causa imputable exclusiva e individualmente al legitimario.

Es importante destacar, aunque fuera del ámbito sucesorio, que la introducción de esta causa de desheredación ha supuesto un cambio también con respecto al derecho de alimentos, y se introduce en sus causas de extinción, tal y como se recoge en el artículo 237-13 del CCcat. en su apartado E, al disponer que"1. La obligación de prestar alimentos se extingue por las siguientes causas

a) El fallecimiento del alimentado o de la persona o personas obligadas a prestarlos.
b) El divorcio y la declaración de nulidad del matrimonio.
c) La reducción de las rentas y del patrimonio de las personas obligadas, de modo que haga imposible el cumplimiento de la obligación sin desatender a las necesidades propias y las de las personas con derecho preferente de alimentos.
d) La mejora de las condiciones de vida del alimentado, de modo que haga innecesaria la prestación.
e) El hecho de que el alimentado, aunque no tenga la condición de legitimario, incurra en alguna de las causas de desheredación establecidas por el artículo 451-17.
f) La privación de la potestad sobre la persona obligada, si el alimentado es uno de los progenitores.

2. Las causas a que se refiere el apartado 1.e) no tienen efecto si consta el perdón de la persona obligada o la reconciliación de las partes."

Por tanto, al ampliar como causa de desheredación la falta de relación, esta tiene repercusión en la extinción del derecho de alimentos.

Nos resulta de gran interés la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 14 de enero de 2019[61], cuyos hechos son los siguientes: el demandante solicitaba que su exmujer y madre de sus hijos, pagase 400 euros mensuales en concepto de alimentos a su hijo mayor de edad que convive con su padre y cursa los estudios Universitarios. Por otro lado, la demandada se opuso a la modificación y declara la extinción de prestar alimentos a su hijo mayor de edad por la concurrencia del supuesto previsto en el art. 237-13 en relación con el artículo 451-17.2 del Código Civil Catalán. El mencionado artículo prevé la desheredación por falta continuada y manifiesta de relación entre el causante y el legitimario, si es por causa exclusivamente imputable al legitimario. La sentencia de primera instancia considera justificada la falta de relación entre la madre y su hijo, siendo causa imputable exclusivamente al descendiente desde el año 2012, por lo que declara la extinción de la prestación alimenticia del hijo; esta sentencia fue ratificada en segunda instancia con el siguiente razonamiento: del examen de la prueba practicada existe base suficiente para imputar al hijo exclusivamente la ruptura unilateral del contacto con su madre surgida tras la ruptura matrimonial, y se acredita que existe una ausencia continuada y notoria del contacto del hijo con la madre " resultando infructuosas las gestiones intentadas por la madre por

teléfono para mantener un mínimo contacto, lo que hace pensar que la ausencia de la relación es imputable exclusivamente al hijo".

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia Catalán considera en su fundamento tercero, que "El motivo único del recurso denuncia la vulneración del artículo 237-13.1, del CCCat en relación con el artículo 451-17.2 del CCCat, y se articula al amparo del supuesto letra b / del artículo 3 de la Ley 4/2012 (LCAT 2012, 152), es decir, por falta de doctrina de este tribunal."

Según lo expuesto anteriormente, el recurrente ha restringido el interés casacional en los siguientes términos: ante un incumplimiento grave y reiterado de una obligación legal o judicial —en este caso, la obligación de la madre de contribuir a los alimentos de su hijo mayor establecida en la sentencia de divorcio—, debe considerarse justificada la falta de relación familiar materno-filial y, en consecuencia, "no procede la extinción de la pensión de alimentos a favor del hijo porque es prioritario el cumplimiento del deber legal y judicial de prestar alimentos".

"La sentencia de este tribunal 11/2017, de 2 de marzo, ya se ha pronunciado sobre el sentido y alcance de las normas indicadas, y lo ha hecho en el sentido de rechazar la pretensión de un progenitor de quedar eximido de seguir contribuyendo a los alimentos de una hija mayor de edad en plena etapa formativa al considerar que, aunque "episódica y conflictiva", había una cierta relación familiar entre padre e hija; sin embargo, se añade que en caso de concurrir una hipotética falta de relación tampoco procedería la extinción de la obligación de alimentos, dado que no sería imputable en exclusiva a la hija, ya que no se había probado un rechazo absoluto por su parte a relacionarse con el padre[62].

Por lo que aquí interesa, el pronunciamiento más relevante de la STSJ 11/2017 es aquel en el que se establece que "a pesar de que la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar por causa exclusivamente imputable al legitimario, o en su caso al alimentista sea en un caso causa de extinción de la legítima, y en otro causa de extinción del derecho de alimentos, esta Sala considera que el derecho a la legítima y el derecho de alimentos tienen una naturaleza distinta y que esta naturaleza influye en la hora de determinar el grado de rigor con que se ha de analizar la conducta de una parte de un legitimario que niega ningún tipo de relación con su causante y del otro la del alimentista que se opone a relacionarse con el obligado a darle alimentos ". Y aquella otra según la cual "las afirmaciones del legislador en el contexto de la legítima no son miméticamente trasladables a los alimentos menos en supuestos de la obligación de los padres hacia sus hijos que a pesar de ser mayor de edad no hayan terminado su formación , ya que no se trata sólo de un derecho-obligación de reflejo familiar y de un sentido de justicia, sino de un derecho básico contemplado expresamente en el artículo 236-17.1 del CCCat, es decir los progenitores, en virtud de sus responsabilidades parentales, deben tener cuidado de los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio, convivir, educarlos y proporcionarles una formación integral"."Después de todo, la legítima constituye una atribución gratuita, bien diferente de la finalidad de cobertura de necesidades básicas a las que responden los alimentos derivados de la potestad parental".

El propio tribunal trae a colación dos sentencias de su mismo tribunal una de 2/2018, de 8 de enero, y 49/2018, de 31 de mayo (RJ 2018, 3912), ambas de privación de la legítima amparadas en el artículo 451-17.2 del CCCat, "tras hacerse eco

del sentido elemental de justicia que justifica la privación de la legítima a quien se desentiende de los vínculos de solidaridad familiar a que responde la institución, subrayan la exigencia legal de que la privación del derecho derive de una causa "exclusivamente imputable" al legitimario y la conveniencia de emplear criterios de causalidad adecuada para valorar la imputabilidad de la ausencia de relación."

En este caso, ambas sentencias consideran que la falta de relación de los padres y los hijos surgidas tras la ruptura matrimonial, cuando los hijos son menores de edad, hace que no se les pueda imputar a estos últimos la culpa de la falta de relación y sin embargo recordemos que la sentencia impugnada y que es el antecedente de la que ahora se está analizando sí considera que la falta de relación es imputable al hijo. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia considera que esta falta de relación no es imputable exclusivamente a este, "ya que se da una circunstancia que se escapa totalmente de su ámbito de actuación… pues esta deja de cumplir la obligación de prestar alimentos al hijo desde que era un adolescente, hasta que en 2014 se le reclama la deuda". En base a esto el Tribunal considera que el comportamiento de la madre ha debido de condicionar la actitud del hijo, así como la ausencia de relación y por ello no se puede decir que la causa es imputable únicamente al hijo, por lo que no se estima la extinción de la pensión.

Nos sorprende que si bien es el propio Código Civil Catalán el que exige que la falta de relación sea imputable en este caso exclusivamente al hijo, es el propio Tribunal el que además exige que esta no deba darse, si la falta de relación comenzó por un proceso de ruptura de los progenitores cuando los hijos eran menores de edad, ya que el Código nada dice de eso y si ya resulta difícil probar que la falta de relación es exclusiva de una de las partes, será más complicado aún que la falta de relación de los hijos con los padres se dé desde que hay una falta de convivencia.

En el supuesto de la TSJ de Cataluña, (Sala de lo Civil y de Penal, Sección 1), en su Sentencia núm. 20/2019, de 11 de marzo[63], en el que una abuela deshereda a sus nietos por falta de relación afectiva y comunicación entre los nietos y la abuela, el abandono sentimental sufrido por ella y la ausencia de interés con sus problemas diarios, podrían ser socialmente reprochables y está regulado como nueva causa de desheredación en el art. 451-17. 2 e) CCCat: pero resulta de inaplicación al caso al no regir en el momento de otorgamiento del testamento y alegarse en el mismo exclusivamente el art. 370. 2 CS que regula la desheredación fundada en la denegación de alimentos, que no resulta probado. La abuela en ningún momento les reclama alimentos, por lo que nunca se negaron.

IV. DERECHO FORAL BALEAR

No podemos referirnos a un Derecho Foral Balear de un modo general, pues como señalan LLODRÁ GRIMALT Y FERRER VANREL, aunque es verdad que algunas de las normas de la compilación Balear rigen para todo el territorio, cada isla tiene su propio Derecho Civil[64].

Por tanto, hay que distinguir entre las islas de Mallorca y Menorca, por un lado, e Ibiza y Formentera, por otro. La Compilación de derecho Balear fue modificada por la Ley de 6 de septiembre de 1990[65], dando lugar al Texto refundido de la compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (de ahora en adelante

CDCIB), y posteriormente la Ley 7/2017 de 3 de agosto por la que se modifica la compilación de Derecho Civil Balear[66].

4.1. Mallorca y Menorca

Al igual que en el CC, se contempla como legitimarios en las Islas de Mallorca y Menorca a los descendientes, ascendientes y al cónyuge, y así aparece regulado en el artículo 41 de la Compilación.

Comenzaremos nuestro análisis a partir del artículo 48, pues vamos a ver cómo este precepto considera la legítima como un derecho a una porción de bienes que deberán ser abonados con bienes pertenecientes a la herencia; por otro lado, el propio testador o el heredero distribuidor en aquellos casos en los que no se haya dicho lo contrario, pueden realizar el pago con dinero, incluso tal y como dice el artículo "aunque no lo haya en la herencia", por tanto consideramos que, por regla general, se establece una legítima *pars bonorum*[67], pudiendo llegar a ser *pars valoris* pues así se reconoce en la Resolución de 13 de junio de 2013, de la entonces Dirección General de los Registros y del Notariado[68].

Se especifica, además, que han de cumplirse los legados "así como la asignación o distribución de bienes determinados, ordenados a favor de los legitimarios por el testador o heredero distribuidor".

Para el pago de la legítima, se atenderá al valor que tuvieren los bienes de la herencia al tiempo de la liquidación; a esto habrá que sumarle los frutos y rentas producidos desde la muerte del causante y tener en cuenta que desde la liquidación el crédito metálico devengará el interés legal. Así, el art. 48 dispone que"La decisión de pago en metálico sólo producirá efectos si se comunica fehacientemente a los legitimarios en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión. El pago se efectuará dentro del año siguiente a la comunicación, si la legítima no supera la tercera parte de la herencia, y en el término de dos años, en caso contrario.

Transcurridos los plazos expresados sin que se haya efectuado el pago en metálico de la legítima, podrá el legitimario reclamar su pago o complemento judicialmente, pudiéndose anotar la demanda en el Registro de la Propiedad. Todos los bienes de la herencia están afectos al pago en metálico de la legítima, pero, respecto a terceros hipotecarios y en garantía de los legitimarios, será aplicable, en lo pertinente, el artículo 15 de la Ley Hipotecaria. La institución de heredero, la asignación o distribución de bienes, el legado y la donación a favor de quien resulte legitimario implicarán atribución de legítima, aunque no se exprese así, y se imputarán en satisfacción de ella, siempre que otra cosa no haya dispuesto el causante, el donante o el heredero distribuidor. Esta imputación surtirá efecto, aunque el legitimario repudie la herencia, la asignación o distribución, o el legado.

Los herederos podrán también hacer uso de la facultad establecida en el artículo 839 del Código civil, y el cónyuge viudo podrá hacer uso de la del artículo 840 del Código civil."

El propio comienzo del artículo nos muestra ya una legítima con una naturaleza de *pars bonorum*, pues indica claramente que se deben pagar las legítimas con bienes de la herencia. Tal y como expone LASARTE ÁLVAREZ, "se configura un derecho a una parte o cuota de los bienes relictos"[69], si bien afirma RIVAS MARTÍ-

NEZ que el mismo artículo flexibiliza esa condición pues si el testador lo permite el heredero distribuidor puede autorizar una legítima en dinero extrahereditario[70].

Con respecto a la cuantía de la legítima, esta será respecto de los hijos y descendientes tal y como dispone el art. 42 CDCIB, la tercera parte del haber hereditario si fuesen cuatro o menos, y la mitad si fuesen más, por lo que se establece una legítima de cuantía variable. A esto hay que añadir que el mismo artículo nos da las pautas que establecen que se considerarán hijos no solo los naturales sino también los adoptivos, y los descendientes de los premuertos.

Tanto en Mallorca como en Menorca se consideran legitimarios, en defecto de los descendientes, los padres del fallecido, entendiéndose por ellos, según lo dispuesto en el art. 43 CDCIB, en la sucesión de un hijo matrimonial, sus padres; en la sucesión de un hijo adoptado, aquellos que lo adoptaron; y en la sucesión de un hijo extramatrimonial, los que lo hayan reconocido o los que se indiquen reconocidos en una resolución judicial. Con respecto a la cuota que les corresponde, es de un cuarto que se distribuirá de la siguiente manera, en el caso de la supervivencia de ambos progenitores, se repartirá a partes iguales, mientras que existiendo solo uno, este recibirá la totalidad de la cuarta parte.

Al igual que en el Derecho Común, la legítima en Menorca y Mallorca podrá satisfacerse de diferentes formas, como heredero, legado o por donación. La Ley 7/2007 modifica la compilación a este respecto quedando establecido lo siguiente "Las legítimas se defieren, también en estos supuestos, desde la muerte del testador, y se podrán pagar, sin otras formalidades especiales, en metálico, si aquel no lo ha prohibido y el distribuidor así lo dispone. Sin embargo, si el día en que quede efectuada definitivamente la expresada elección o distribución aún no se han exigido las legítimas ni hecho efectivas las que deban satisfacerse en metálico, se contarán precisamente desde dicho día los plazos a los que se refiere el párrafo cuarto del artículo 48 para comunicar la decisión de pago de las legítimas en dinero y para efectuar su entrega por el heredero o herederos".

4.1.1. La desheredación en Menorca y Mallorca

En la Compilación de 1990 se remitía la regulación de las causas de desheredación a lo establecido en el CC, si bien y tras la modificación de la compilación con la ley 3/ 2009, se añade el artículo 7bis, conteniendo una serie de causas de indignidad "Son indignos para suceder

a) Los condenados en juicio penal por sentencia firme por haber atentado contra la vida o por lesiones graves contra el causante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes.
b) Los condenados en juicio penal por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes.
c) Los privados por sentencia firme de la patria potestad, tutela, guarda o acogida familiar por causa que les sea imputable, respecto del menor o discapacitado causante de la sucesión.

d) Los condenados por sentencia firme a pena grave contra los deberes familiares en la sucesión de la persona agraviada.
e) Los que hayan acusado al causante de delito para el que la ley señale pena grave, si es condenado por denuncia falsa.
f) Los que hayan inducido u obligado al causante a otorgar, revocar o modificar las disposiciones sucesorias, o le hayan impedido otorgarlas, modificarlas o revocarlas.
g) Los que destruyan, alteren u oculten cualquier disposición mortis causa otorgada por el causante."

Este artículo ha sido modificado a su vez por la ley 7/ 2017, y a raíz de esta modificación, el apartado 3 del artículo 7 bis del Texto refundido de la Compilación de derecho civil de las Illes Balears, aprobado por el Real Decreto legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, pasa a tener la siguiente redacción

«3. Las causas de indignidad del apartado 1 son también justas causas de desheredación.»".

4.2. Ibiza y Formentera

Si bien se establece un Derecho Foral diferente al de las otras islas, sí podemos afirmar que coincide con ellas con respecto a la legítima de los descendientes, pues se establece, del mismo modo, una legítima variable *justinianea*, que dependerá del número de hijos siendo la tercera parte en aquellos casos que haya hasta cuatro hijos, mientras que si son más se establece una legítima de la cuarta parte. Los hijos aparecen recogidos en el art. 79 CDCIB y, junto a los descendientes, se contemplan como legitimarios a los ascendientes. En este punto concreto, la CDCIB remite a los artículos 809 y 810 del CC, siempre que no sea contrario a lo dispuesto en ese mismo capítulo que se corresponde con el Libro III, Título II, Capítulo VI. Recordemos que la cuantía que destina el CC a los ascendientes en la legítima es la mitad del haber hereditario, pero no podemos olvidar que no se habla en el art. 79 del CDCIB de ascendientes en general, sino que únicamente se contemplan a los padres, y no a los ulteriores.

Siguiendo a RIVAS MARTÍNEZ, la legítima en las Islas Pitiusas se constituye como *pars valoris bonorum quia in specia heres solvere debit,* apareciendo así calificada en la propia Exposición de Motivos de la Ley Balear que venimos analizando[71]. Este calificativo otorga al legitimario un derecho real, de realización, que afecta a modo de carga o gravamen sobre todo el patrimonio. Es, por tanto, una parte concreta de los bienes o del dinero en líquido[72].

4.2.1. La desheredación en Ibiza y Formentera

Al igual que en el caso de las Islas de Mallorca y Menorca, las causas de desheredación serán las contempladas en el CC; además se aplican en estas islas las dos reformas que hemos mencionado para las otras islas, la de 3/ 2009 y la de 7/ 2007, de la Compilación de Islas Baleares, estando las causas de indignidad reguladas en el art. 69 bis CDCIB.

4.3. Pactos sucesorios en las Islas Baleares

Es importante analizar dentro del Derecho Balear la figura de *la deffinitio,* o definición, característica de este derecho foral, y que afecta a la legítima, fue regulada en 1274 por los privilegios del Rey Jaime I, la edad para otorgar la *deffinitio,* varia, pues era de doce años para las mujeres, siendo para los varones de catorce, BARRAN ARNICHES, establece que "el objeto de la renuncia podía abarcar a todos los derechos sucesorios legalmente debidos"[73].

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 28 de mayo de 1992, nos proporciona el origen de esta figura en su fundamento 5, al afirmar que "históricamente, en consideración a la constitución de la dote u otra donación, podían hacer las hijas al contraer matrimonio, primero, los hijos e hijas que profesaban órdenes religiosas, después, y, posteriormente, los hijos varones que salían de la familia".[74]

Se trata de una figura aplicable a todas las Islas[75], tal y como se desprende de CDCIB[76], y consiste en un pacto sucesorio, a través del cual los legitimarios pueden renunciar tanto a todos sus derechos sucesorios, como a la legítima a cambio de una atribución patrimonial, ya sea mediante donación o compensación, tal y como se desprende del art. 50, para las Islas de Mallorca y Menorca y del art. 77 para las Islas de Ibiza y Formentera[77].

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de junio de 1995, en su fundamento undécimo delimita esta figura como "un negocio jurídico complejo (no unilateral) que exige un acto de liberalidad de los padres aceptado por los hijos; acto mutuamente condicionado que requiere la intervención de ambas partes, enmarcado en el ámbito propio de los pactos sucesorios como negocio jurídico bilateral, un contrato sobre herencia futura «que se produce en vida de los padres» cuando el patrimonio de éstos no es todavía herencia. Características todas ellas que distancian esta institución de la donación *mortis causa*"[78] En este mismo sentido, podemos destacar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 21 de marzo de 2002 que remarca que "la definición se inserta normalmente en un negocio jurídico complejo compuesto de dos elementos condicionados —el acto de liberalidad y la renuncia— y que se verifican el uno en función del otro, ya que se dona porque se renuncia y se renuncia porque se dona"[79]

Por lo tanto, la definición se caracteriza por tener dos actos clave y consecuencia uno del otro, el primero de ellos sería que el legitimario reciba de algún modo compensación del patrimonio del causante, y, por otro lado, contempla una renuncia anticipada de la legítima[80]. Dicho en palabras de FAUS, "se dona porque se renuncia y se renuncia porque se dona, lo que hace que tal negocio complejo devenga oneroso, aun siendo gratuita la causa de, por una parte, la donación y por otra la renuncia". Se trataría, por tanto, de un pacto sucesorio con una serie de características propias[81]. No obstante, parte de la doctrina considera que consiste en dos negocios diferenciados: por un lado, estaría la donación como negocio en sí, y por el otro, el de renuncia a futuros derechos legitimarios. Serían, siguiendo esta tesis, dos pactos unilaterales[82].

CARBONELL CRESPÍ se decanta en esta línea, al establecer que "no se trata de poner de acuerdo dos voluntades en una unidad de acto, sino que se contemplan dos negocios jurídicos distintos, incluso en momentos diversos. Uno de ellos,

la donación, atribución o compensación hace referencia a un negocio ya celebrado o que puede celebrarse antes de la "*deffinitio*"; y se otorgue o no está última, el anterior negocio es válido y eficaz. En cambio, la "*deffinitio*" no puede existir sin el presupuesto negocial que es la atribución patrimonial (donación, atribución o compensación)", añadiendo que se trata no solo de un negocio unilateral, sino que además este es abstracto y dispositivo[83]. Siguiendo esta misma tesis, BADENAS CARPIO plantea estos dos negocios de la siguiente manera, el primero serían los antecedentes de la *deffinitio*, donde el ascendiente atribuye una cantidad a título lucrativo al descendiente legitimario, siendo el segundo negocio una renuncia por parte del descendiente de manera unilateral a todos o parte de los derechos a la herencia del ascendiente siendo un negocio causal. Por tanto, este autor lo califica de pacto sucesorio "peculiar" "porque los intervinientes en el pacto no lo hacen en un solo acto, sino en dos sucesivos y separados (aunque vinculados causalmente el uno con el otro)"[84].

No obstante, nosotros preferimos pensar que se trata de un solo negocio jurídico complejo con tres elementos clave, por el lado de los ascendientes, un acto de liberalidad, que es a su vez aceptado por el descendiente en cuestión, y una voluntad de este último de renunciar a sus derechos legitimarios futuros.

Los sujetos que forman parte de la *deffintio*, son, de un lado, un "descendiente, legitimario y emancipado", y del lado del causante que se trate de un ascendiente Balear[85]. A través de esta figura, se hace un pago adelantado de la legítima, con el objetivo de que, una vez fallecido el causante, el descendiente se compromete a no reclamar ningún derecho legitimario; no obstante, este podrá recibir como heredero o legatario la parte de libre disposición.

Con respecto a su ámbito territorial, hay que añadir que se podrá otorgar en aquellos casos en los que el causante tenga vecindad civil balear. A esto hay que añadir que el art. 50 del CDCIB establece que el cambio de vecindad civil, posterior al otorgamiento de la *deffinitio,* no afecta a la figura. En este sentido, nos gustaría traer a colación el art. 9 del CC, en su punto 8 que reza "La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes".

Nos planteamos si esa compensación patrimonial debe ser al menos de la cantidad que recibiría el legitimario en cuestión, ya que este pacto deja sin efecto cualquier disposición posterior relativa a la legítima. El art. 50 establece que, si no se dice nada, el alcance de la *deffinitio* será el de la legítima.

Para las islas de Ibiza y Formentera, este pacto de renuncia se conoce como *finiquito*, y aparece regulado en el art. 77: "Por el «finiquito» de legítima el descendiente legitimario mayor de edad puede renunciar a la legítima o a cuantos derechos puedan corresponderle en la herencia del ascendiente en contemplación de una donación, atribución o compensación que el ascendiente o su heredero

contractual le hubieren hecho en vida de aquél. La cuota legitimaria renunciada acrecerá a la herencia. En lo no convenido por las partes será de aplicación la regulación de la definición mallorquina en cuanto fuere compatible con la función y significado usuales en Eivissa y Formentera". Del propio artículo se desprende que la cantidad establecida en el pacto sucesorio, puede ser menor a la porción legitimaria, no obstante nos planteamos el supuesto contrario, que la cantidad pactada sea mayor que la porción legitimaria y que pasaría si lesiona la legítima del resto de descendientes.

Tanto para la *deffinitio* como para el *finiquito* se establece que, si no se ha fijado su alcance, este se corresponderá con la legítima. Así, CARBONELL CRESPÍ considera que al fallecimiento del causante se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 47, a efectos de fijación de la legítima."[86]

Estas dos figuras son similares al apartamiento gallego, si bien, desde el origen del apartamiento gallego, esta figura no se prevé solo para los descendientes sino también para el ascendiente o cónyuge, tal y como señala GARCÍA RUBIO; esta es por tanto la gran diferencia entre ellas, ya que como ha quedado establecido para la *deffinitio,* así como para el *finiquito*, es necesario que los sujetos sean por un lado causante (ascendiente) y un hijo o descendiente [87].

V. EL DERECHO FORAL DE NAVARRA

5.1. Antecedentes Históricos

Como se sabe, de todas las comunidades que hemos ido estudiando, seguramente esta sea la que más dista del CC, pues esta Ley consagra la libertad de testar, si bien, y como veremos más adelante, existe alguna particularidad al respecto. Algunos autores afirman que esta diferencia tiene su origen en la herencia germánica, por su tradición jurídica[88].

Para poder hacer un estudio de la legítima y la desheredación en el Derecho Navarro, debemos acudir a la Ley 1/1973[89], de 1 de marzo de 1973, pues regula la Compilación de Derecho Foral de Navarra, a la Ley 5/1987, la cual introduce notables modificaciones a la Compilación y, por último, queremos dar una especial relevancia por su novedad a la Ley 21/ 2019 de 4 de marzo, que establece modificaciones referentes al Derecho de sucesiones que deberemos analizar[90].

5.2. La legítima en el Derecho Foral de Navarra

Consideramos esencial señalar que la Ley 1/1973 se caracteriza por consagrar la libertad de testar, concretamente vamos a analizar el artículo 267, cuyo tenor es el siguiente"La legítima Navarra en la atribución formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos «febles» o «carlines» por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles. Esta legítima no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero".

De su lectura podemos deducir que se trata de una legítima formal, pues hace referencia a una legítima simbólica, que carece de contenido económico. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 9 de septiembre de 2014, en su fundamento 7, reconoce que "la legítima foral navarra es de carácter formal o simbólico y no tiene contenido patrimonial exigible"[91].

Tras la reforma instaurada con la Ley 5/1987, se consideran legitimarios los hijos y la Ley 268 establece a este respecto que "en defecto de cualquiera de ellos, sus respectivos descendientes de grado más próximo"[92].

BOSCH CAPDEVILA considera que al establecerse una legítima formal a favor de los descendientes "el único derecho de los legitimarios consiste en ser tenidos en cuenta de alguna manera por el causante…", es decir, se establece una legítima de carácter colectivo[93].

El artículo 269 recoge una serie de excepciones, supuestos por los que el testador no tendrá la necesidad de instituir a sus hijos "No será necesaria la institución en la legítima foral cuando el disponente hubiera dotado a los legitimarios, les hubiese atribuido cualquier liberalidad a título "mortis causa", o los hubiere desheredado por justa causa, o ellos hubieran renunciado a la herencia de aquel o hubiesen premuerto sin dejar descendencia con derecho a legítima".

5.3. Derecho de alimentos con carácter sucesorio en el Derecho Foral de Navarra y la Reserva de la Ley 273

No podemos dejar de mencionar que la Reforma del año 2019 introduce un nuevo capítulo que tiene como fin proteger a los hijos y descendientes con necesidades básicas y expone que "se reconoce legalmente un derecho de alimentos para aquellos que se encuentren en situación legal de reclamarlos tras la muerte del progenitor obligado a su prestación y que comprende a todos ellos, es decir, tanto matrimoniales como no matrimoniales, así como de cualquiera de las sucesivas uniones e, incluso, cuando todos ellos tengan su origen en una única unión, aplicándose así con independencia de nuevas uniones y evitando cualquier discriminación"[94]. Se transmite, de este modo, la obligación legal de alimentos a los sucesores en aquellos casos donde no existan otros obligados preferentes. En consecuencia, serán estos últimos los que asuman la obligación dentro de los límites y a cargo de la atribución patrimonial. Todo ello aparece recogido en la ley 272, al establecer que"…los alimentos que los hijos o descendientes de aquel tendrían derecho a exigirle por tal concepto y situación, al hacerse efectiva su sucesión, podrán ser reclamados por ellos, a falta de otros obligados legales preferentes, a sus sucesores voluntarios a título universal o particular, en los límites de la atribución patrimonial recibida y con cargo a la misma.

La cuantía de los alimentos debidos se fijará en función de las necesidades del alimentista y del valor de los bienes recibidos del causante por los sucesores obligados, debiendo también tomarse en consideración los bienes que de forma efectiva hubiera adquirido en la sucesión el propio alimentista.

Cuando la obligación legal de alimentos a cargo del causante recaiga también sobre otro ascendiente del mismo grado, la cuantía de los alimentos debidos por cada uno será proporcional al valor de los bienes recibidos por sucesión del causante y a los recursos económicos del otro ascendiente asimismo obligado a su prestación.

Si los sucesores en virtud de tal atribución patrimonial son también hijos o descendientes del causante, en la determinación de la deuda de alimentos se tendrán asimismo en consideración sus propias necesidades y, en particular, las derivadas de su minoría de edad, de la persistencia de la dependencia económica de los que ya hubieran alcanzado la mayoría o de su discapacidad o dependencia. En ningún caso, la cuantía de los alimentos debidos en tal concepto por dichos sucesores podrá exceder de la cuota que idealmente correspondería a cada uno de los hijos del causante en una división igualitaria entre sí de su patrimonio.

La percepción de los alimentos debidos en virtud de lo establecido por esta ley no impide o excluye la ulterior exigencia de los generales legalmente debidos en caso de concurrir o persistir las condiciones que legitiman su reclamación".

Pero hemos de reconocer que no es la primera vez que el derecho foral de navarra prevé un derecho de alimentos para los hijos tras la muerte, ya que en la Compilación Original, de 1973, se recogía en la Ley 302 un derecho de alimentos para aquellos hijos ilegítimos. DÍEZ-PICAZO entendía que para poder reclamarlos debían encontrarse en situación legal de poderlos exigir.Sin embargo, y al reformarse la Compilación con la Ley 5/1987, y equiparar a los hijos ilegítimos con los legítimos para la sucesión, se suprime esta Ley[95].

También queremos destacar la especial protección que da la Compilación a los hijos de anteriores matrimonios, pues regula una obligación de reservar en la Ley 273, que consiste en que "El progenitor que contrajera matrimonio o constituyera pareja estable con otra persona está obligado a reservar y dejar a los hijos de la unión anterior, o a los descendientes de los mismos, la propiedad de todos los bienes que por cualquier título lucrativo, hubiera recibido de su anterior cónyuge o pareja estable, de los hijos que con ellos hubiera tenido o de los descendientes de estos.

Esta obligación subsistirá mientras existan descendientes reservatarios, aunque en el momento de su muerte el reservista hubiera dejado de estar casado o de convivir en pareja estable.

Será nula la dispensa de la obligación de reservar hecha por un progenitor en favor del otro para el caso de que este contrajera nuevo matrimonio o constituyera pareja estable con otra persona.

Será también nula toda disposición del progenitor que contraiga nuevo matrimonio o constituya nueva pareja estable que contravenga de cualquier otro modo lo establecido en esta ley".

Así, la propia ley contempla que está excluido del usufructo del cónyuge los bienes que deben reservarse a favor de los hijos y descendientes anteriores, sin embargo, tal y como se recoge en la Ley 274, el progenitor que deba hacer esta reserva puede disponer de estos bienes reservados entre cualquiera de los hijos o descendientes. Convendría añadir, por último, que se extinguirá cuando los reservatarios renuncien a este derecho, fuesen incapaces de suceder, fuesen desheredados o no sobrevivieren al reservista tal y como se prevé en la Ley 276.

5.4. La desheredación en el Derecho Foral de Navarra

Con respecto a la desheredación, y siguiendo a DÍEZ-PICAZO, esta ha de ser "válida y eficaz"[96]. Esta figura aparece recogida en la Ley 270, según la cual. "Serán

justas causas de desheredación las comprendidas en los números 1, 2, 3, 5 y 8 de la ley 154, así como las siguientes:

1. La comisión de cualquier delito, la causación de un daño o la realización voluntaria de una conducta socialmente reprobable contra la persona o bienes del causante o contra personas integrantes de su grupo o comunidad familiar o de sus bienes.
2. La denegación indebida de alimentos al causante o a su cónyuge o pareja estable o a alguno de sus descendientes en los casos en que exista obligación legal de prestárselos".

VI. DERECHO FORAL DE ARAGÓN

6.1. Antecedentes históricos

Resulta complicado saber cómo se regulaba la legítima en el territorio de Aragón antes del siglo XII. Sin embargo, diversos autores afirman que antes de ese siglo no existía ningún tipo de ley que limitase la libertad de testar[97]. VÁZQUEZ LEMOS señaló que Alfonso II autorizó a los habitantes de Jaca a que repartieran sus bienes, tuvieran o no hijos, con absoluta libertad de testar. Otro de los fueros de la época, el de Daroca, establecía, sin embargo, un reparto igualitario de los bienes entre los descendientes del difunto[98]. De lo expuesto, podemos deducir que en el territorio de Aragón no existía un sistema sucesorio unitario, y sería así hasta la compilación de Huesca que data de 1247.

LALINDE ABADÍA nos explica que no podemos encontrar en la Compilación de Huesca la institución de heredero, por lo que nos recuerda a un tipo de "heredamiento". Con esta expresión, se podría estar haciendo referencia en el texto a las donaciones en vida por parte del causante. El autor incide en que, en esa época, aunque se podía dejar libremente la herencia a través de las donaciones, sí se establece una legítima simbólica, así como un deber de alimentos[99]. A pesar de que no se aplicaba a todo el territorio de Aragón, lo que sí sabemos es que, con el Fuero de 1311, se suprime la libertad de testar para el territorio de Teruel y Albarracín.

Sin embargo, parte de la doctrina considera que en el año 1311 se establece la posibilidad de instituir heredero a un único hijo, pudiendo apartar a los demás con una cantidad simbólica, siendo esta distribución la que se mantendría[100].

La sucesión aparece regulada en el Decreto Legislativo de 1/ 2011 de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código de Derecho Foral de Aragón[101](CDFA).Es importante añadir que este Código refundía una serie de Leyes ya establecidas en materia de sucesión.

Debemos mencionar la Ley Aragonesa 1/1999, de 24 de febrero[102],pues se considera la clave del inicio de la renovación del Derecho Aragonés[103].Su preámbulo establece lo siguiente "La Compilación vigente, originada hace ya más de treinta años en circunstancias muy distintas de las actuales, a pesar de su notable altura técnica y de su acierto en la conservación de las instituciones del Derecho civil aragonés para las generaciones futuras, resulta hoy insuficiente y parcialmente inadecuada para las necesidades y expectativas de los aragoneses". Por ello, su intención era renovar, actualizar, así como completar las normas conforme a las

circunstancias de los aragoneses de hoy. Mantenía la legítima colectiva un rasgo característico del Derecho de Aragón, si bien transforma la cuantía pasando a ser esta de dos tercios a la mitad del caudal, tal y como aparece fijado en su art. 486. En consecuencia, podemos afirmar que esta Ley otorga una mayor libertad de testar, aunque no vamos a entrar en el estudio de esta pues nos centraremos en CDFA.

6.2. La legítima en el Derecho Aragonés

La regulación de la legítima y la desheredación se encuentran ubicadas dentro del libro III CDFA, en su Título VI, bajo la denominación "De la legítima", pese a que no vamos a encontrar una definición de legítima en su texto.

SERRANO GARCÍA nos advierte de que, ya en el preámbulo, se establece "como límite de la libertad de disponer de los aragoneses una legítima colectiva a favor de los descendientes…", como ya hacía la Ley de 1999, y esta se podrá distribuir solo a uno de los descendientes o a partes iguales, dejándose a elección del testador la forma de distribución[104].

BERMEJO PUMAR denomina este sistema de legítima como "legítima materia electiva", ya que no existe entre los descendientes orden de preferencia. Este último término resulta a nuestro parecer equívoco[105], ya que el propio art.488 establece que "son legitimarios de grado preferente los hijos y, en lugar de los premuertos, desheredados con causa legal o indignos de suceder, sus respectivos hijos, sustituidos en los mismos casos y sucesivamente por sus estirpes de descendientes", volviendo a hacer referencia al ordenestablecido en el artículo 512. En este mismo sentido, QUESADA considera que "el derecho de Aragón distingue dentro de los legitimarios a los de grado preferente a quienes reconoce legitimación para el ejercicio de las acciones de lesión cuantitativa de la legítima, de la exclusión o desheredación por error y para pedir alimentos"[106].

Al fijarse como legitimarios únicamente a los descendientes y, al "suprimirse lalegítima formal", se establece una legítima material de contenido económico, que tienen como únicos legitimarios a los descendientes. Así aparece regulado en el artículo 486,[107] quizá, tal y como establece SERRANO GARCÍA, esta sea una de las novedades más importantes del CDFA[108], pues se suprime la legítima formal, la cual establecía una especial protección a aquellos "que tienen derecho a una legítima formal… si son preteridos o injustamente desheredados serán llamados a una porción en el caudal igual al menos favorecido por el testador[109]".

Siguiendo con el análisis del art. 486 CDFA, la legítima está formada por la mitad del caudal relicto, siendo la otra mitad de libre disposición. Además, como ya hemos adelantado, la legítima tiene un carácter colectivo, por lo que podemos apreciar que en el Derecho foral Aragonés no se contempla una legítima de manera individual, como en el Derecho Común. Así, PALÁ BARAGÁN considera que al tratarse de una legítima colectiva "no puede haber ninguna expectativa entre los legitimarios porque ninguno de ellos sabe en qué proporción lo será"[110]. Incluso pudiera, aun siendo legitimario, no llegar a recibir nada, siendo cualquiera de los otros el que reciba la totalidad. Todo esto no sería así si el descendiente fuese único, ya que desde un primer momento sí existirá tal expectativa a recibir la par-

te alícuota que le corresponde, es decir, la mitad del caudal relicto. Es justo este supuesto el que hace que tenga sentido que se establezcan una serie de causas de desheredación, ya que como hemos reiterado anteriormente no es necesaria causa ni razón alguna para excluir a uno de los legitimarios cuando sean varios, o que se quiera desheredar a todos los legitimarios, si bien este supuesto nos parece más improbable.

Desde nuestro punto de vista, consideramos este sistema desigualitario, ya que permite la exclusión de descendientes sin ninguna causa o motivo pues, como ya hemos mencionado, ninguno de ellos tiene derecho a recibir un mínimo del caudal hereditario, y podemos por tanto llegar a compararlo con la mejora dentro del CC[111].

En lo relativo al cómputo de la legítima, BERMEJO PUMAR lo describe como "una legítima de bienes relictos" basándose en el artículo 497 de la CDFA, que dispone "1. La legítima debe atribuirse en bienes relictos.2. El incumplimiento del deber de atribuir en bienes relictos lo que falte para alcanzar la cuantía de la legítima colectiva, computadas las donaciones imputables, faculta individualmente a los legitimarios afectados para pedir que la parte proporcional que en la diferencia les corresponda les sea entregada en bienes relictos por los extraños que los han recibido, renunciando en favor de éstos a los correspondientes bienes no relictos.3. La reducción de liberalidades de bienes relictos hechas en favor de no descendientes no podrá afectar al cónyuge viudo y para su práctica será de aplicación el artículo 496".

Es necesario apuntar en la legítima dos peculiaridades. De un lado, no son imputables las liberalidades que el causante hubiere excluido, así el art 362 CDFA, que establece lo siguiente: "1. La colación de liberalidades no procede por ministerio de la ley, más puede ordenarse en el título de la propia liberalidad o en pacto sucesorio o testamento. 2. La obligación de colacionar impuesta podrá ser dispensada posteriormente por el disponente en testamento o en escritura pública". De este artículo se desprende que no hay obligación de colacionar cuando los bienes hayan sido donados a los descendientes[112], junto a este artículo. el 363 regula que "Cuando el causante hubiera dispuesto la colación de las liberalidades hechas por él, no se entenderán comprendidos, salvo que expresamente así lo declare, las liberalidades y gastos a que se refiere el apartado 2 del artículo 489".

De otro lado, se establece que la legítima pueda gravarse, pero con una serie de condiciones. Se reconoce también la renuncia a la legítima a través del pacto sucesorio, tal y como se ha visto en otros derechos forales. Aparece regulado en el art. 492.1 y, además, se permite gravar la legítima, tal y como se dispone en el art. 501 CDFA cuyo texto es el siguiente: "No se incluyen en la prohibición del artículo 498 los siguientes gravámenes

1.º Aquellos dispuestos en beneficio de otros descendientes, presentes o futuros, dentro de los límites de las sustituciones fideicomisarias.
2.º Los establecidos para el caso de fallecer todos los legitimarios sin descendencia, y solo relativamente a los bienes de que cada uno no hubiere dispuesto.
3.º Los establecidos con justa causa, que esté expresada en el título sucesorio o en documento público, conforme a lo previsto en el artículo siguiente.
4.º Los demás previstos por la ley".

Se concede al causante la facultad de gravar, siempre y cuando no haya lesión de la legítima colectiva.

6.3. La desheredación y la exclusión en el Derecho Foral de Aragón.

Al igual que en el Derecho Común, para desheredar se necesita justa causa, cierta y legal, tal y como aparece regulado en el art. 509 del CDFA, no pudiendo olvidar que esta se debe hacer por testamento, pacto o pacto de ejecución de fiducia. Seguidamente, el art. 510 establece una serie de causas de desheredación, que son más amplias que en el derecho común tras la reciente reforma de la Ley 10/ 2023 de 30 de marzo[113], que incorpora ciertas modificaciones necesarias para adecuarlo a los nuevos valores sociales en materia de apoyo a personas con discapacidad. Por tanto, se añaden dos nuevas causas de indignidad ampliando por ende las causas de desheredación que son las siguientes

"a) Las de indignidad para suceder[114].
b) Haber negado sin motivo legítimo los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.
c) Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente, así como a su cónyuge, si éste es ascendiente del desheredado.
d) Haber sido judicialmente privado de la autoridad familiar sobre descendientes del causante por sentencia fundada en el incumplimiento del deber de crianza y educación".

Como figura propia del sistema aragonés debemos analizar la "exclusión" que aparece también recogida en el CDFA, en el Capítulo V junto con la desheredación. El propio Código distingue entre la exclusión absoluta y la exclusión voluntaria de descendientes. Podríamos decir que la diferencia entre la desheredación y la exclusión reside en que la primera se vincula a hechos reprochables, es decir, tiene una función sancionadora[115], y debe cumplir los requisitos anteriormente expuestos, mientras que la exclusión voluntaria de descendientes no exige, tal y como regula el art. 512 CDFA, causa alguna, teniendo además como único derecho el de reclamar la legítima colectiva frente a terceros cuando haya lesión de la misma, y no necesita ponerse de manifiesto, es decir, expresarse. Es importante destacar, además, que el excluido mantiene el derecho de alimentos.

Por otro lado, podríamos afirmar que la exclusión absoluta tiene la misma función que la desheredación, pues el art 513 CDFA expone que

"1. La exclusión es absoluta cuando el disponente ha expresado su voluntad de privar al excluido de todo derecho en la sucesión. La misma consideración tiene la desheredación pretendida que no cumpla los requisitos expresados en el artículo 509.
2. Los excluidos absolutamente quedan privados del derecho a suceder abintestato y del de ejercitar la acción de lesión que pudiera corresponderles, en los que serán sustituidos por sus estirpes de descendientes si los tuvieran.
3. No obstante, si la exclusión absoluta afecta a todos o al único legitimario, conservarán el derecho a suceder abintestato y a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma"

Sí necesita expresarse, a diferencia de la exclusión voluntaria, pero tampoco necesita causa, ni justificación. Es importante diferenciar, siguiendo a BERMEJO PUMAR, que la exclusión no priva al legitimario de tal condición. Además, equipara la exclusión absoluta con la desheredación injusta[116]. En este punto debemos tener en cuenta el artículo 514 que nos habla de error en el motivo o en la causa, y establece que"Si el motivo de la exclusión, aun absoluta, o la causa de la desheredación, expresados en el título sucesorio, son erróneos, pero no han sido determinantes, se tienen por no puestos. Si han sido determinantes, se producen para los legitimarios de grado preferente las consecuencias de la preterición no intencional".

6.4. Derecho de alimentos sucesorio y mención a la Troncalidad Aragonesa.

Consideramos imprescindible hacer mención al derecho de alimentos regulado en el CDFA, como complemento de la legítima colectiva, que aparece regulado en el art. 515, donde se establece que los legitimarios de grado preferente que en el momento de hacerse efectiva la herencia estén en situación de reclamar alimentos, podrán reclamar a los sucesores los alimentos que les correspondería. El mismo artículo contiene, a su vez, una limitación a este derecho, consistiendo ésta en que no haya otra persona obligada a darlos, es decir, el viudo usufructuario o parientes del alimentista.

SERRANO GARCÍA concreta que también se podrán reclamar alimentos a los sucesores (aunque no sean estos legitimarios) y además en la medida correspondiente a los bienes recibidos[117]. Hablamos, en todo caso, de unos alimentos amplios, puesto que se trata de descendientes.

Por último, dentro de este punto debemos mencionar la troncalidad aragonesa, por su originalidad, si bien no vamos a entrar en su estudio ya que no es un derecho de legítima. Esta figura ya venía regulada en la Compilación de 1967[118] y se ha mantenido en el actual Código[119]. Se trata de una figura que afecta a los ascendientes, pues si bien no están contemplados, como sabemos, como legitimarios, sí les afecta la troncalidad, la cual se aplicará en el caso de no haber descendientes para ciertos bienes cuyo origen esté en la familia, y de aplicación en la sucesión *abintestato*. Su fin radica en devolver los bienes troncales a su origen, es decir, a su tronco de procedencia.

VII. DERECHO FORAL DEL PAÍS VASCO

7.1. Antecedentes históricos

Comenzaremos este epígrafe con una aproximación histórica a los derechos forales concurrentes en los territorios del País Vasco, en los que debemos distinguir el Fuero de Ayala y el Fuero de Vizcaya.

La primera compilación escrita del Fuero de Ayala, que data de 1373, se caracteriza por la libertad de testar absoluta que aparece regulada en el Capítulo XXVIII[120], sin embargo, en 1487a través de la denominada "Carta de privilegio

y confirmación de la escritura inserta de iguala y avenencia entre la Tierra de Ayala y Don Pedro de Ayala" se renuncia al fuero antiguo, es decir, a la libertad de testar absoluta, quedando sometidos los habitantes del territorio a las Leyes de Castilla. No obstante, autores como MONASTERIO ASPIRI, nos muestra cómo esta renuncia contenía la excepción, ya que mantenía el principio de libertad de testar, quedando establecido de la siguiente manera "en cuanto a las herencias e sucesiones de los bienes de cualesquier vecinos de dicha tierra, que puedan testar o mandar por testamento o manda o donación todos sus bienes o parte de ellos a quien quisieran, apartando a sus fijos e parientes con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren"[121].

En lo referente al territorio de Guipúzcoa, lo que primaba era la costumbre, absolutamente respetada por el poder público, y aunque no fueron integradas en el Fuero, siguieron vigentes pese a la integración con Castilla. En la materia objeto de nuestro estudio conviene destacar la costumbre del Caserío Guipuzcoano, donde el caserío debía dejarse a un único heredero[122]. En el siglo XVI se establecieron una serie de ordenanzas donde se plasmaba la costumbre, si bien no fue hasta 1704 cuando se instauró "la nueva recopilación de los Fueros de Guipúzcoa". Sobresale dentro de su derecho consuetudinario la libertad de testar, así como la transmisión del patrimonio familiar de manera indivisa.

En este breve repaso histórico, debemos mencionar el Fuero Viejo de Bizkaia, datado en 1452, que mantenía la libertad "para distribuir el patrimonio familiar a favor de varios hijos" y "la vinculación de bienes troncales a la familia de origen" [123]. Por último, en 1526 se estableció el Fuero Nuevo de Bizkaia, que cristalizaba una libertad de testar de mayor espectro más amplia que en el anterior.

Con posterioridad al Fuero Nuevo de Bizkaia de 1526[124], se publicó la Ley de 1 de julio de 1992[125], tras el reconocimiento por el art. 149.1.8 de la Constitución, que reconocía el desarrollo y modificación de los derechos forales allí donde los hubiese.

En base a este precepto, la Ley hacia una distinción entre las vecindades aforadas y no aforadas, estableciendo su artículo 12 que "A los efectos de este Fuero Civil, son vizcaínos quienes tengan vecindad civil en el Territorio Histórico de Bizkaia. Aforado o Infanzón es quien tenga su vecindad civil en territorio aforado". En palabras de BERMEJO PUMAR, esta Ley se aplicaba "al territorio Histórico de Bizkaia, Infanzonado o Tierra Llana…. Y el Derecho Común al resto del territorio".[126]

En el año 1999 fue modificada la Ley 3/1999,de 26 de noviembre de Derecho civil del País Vasco, extendiéndose a los territorios de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa[127].

Posteriormente, la Ley 5/ 2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, (de ahora en adelante LDCV) establece un cambio respecto a la vecindad civil aforada, extendiendo así el ámbito de la Ley a todo el territorio vasco, pero sigue haciendo una distinción con las instituciones locales, que solo se aplicarán a aquellas personas que tengan esa vecindad local[128]. Conviene explicar el panorama que deja la LDCV, pues establece un sistema aplicable en Vizcaya, aunque no podemos decir que se trate de un sistema uniforme, pues veremos dos especialidades: la libertad de testar de Ayala, y la troncalidad de Vizcaya[129]

Podemos afirmar que una de las novedades de esta Ley es el cambio del sistema legitimario para aquellas personas con vecindad vasca, pues sustituye, como ya sabemos, a la Ley de Derecho Foral Vasco de 1992, pero también al CC[130], pues no podemos olvidar que el CC se aplicaba a gran parte del territorio vasco, e imponiendo una legítima más reducida pues se establecen como legitimarios los hijos y descendientes, y se reconoce una cuota usufructuaria al cónyuge o pareja de hecho[131]. La nueva Ley omite a los ascendientes que, sin embargo, quedarán como tronqueros en ciertas localidades.[132]

7.2. La legítima en el País Vasco

El art. 48 establece para el Derecho Foral Vasco una legítima colectiva, por la que el fallecido está obligado a dejar una tercera parte a su elección entre cualquiera de sus descendientes. Si bien no es la única peculiaridad que reviste esta norma, ya que seguidamente el mismo art. 48, establece lo siguiente

"El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita.;

3. La omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito.;
4. La preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento.
5. La legítima puede ser objeto de renuncia, aun antes del fallecimiento del causante, mediante pacto sucesorio entre el causante y el legitimario. Salvo renuncia de todos los legitimarios, se mantendrá la intangibilidad de la legítima para aquéllos que no la hayan renunciado."

De este artículo podemos deducir varias ideas. En primer lugar, no existe, como en el derecho común, una preferencia de hijos frente al resto de descendientes, por lo que no hay preferencia de grado, de modo que los nietos pueden heredar con preferencia a sus progenitores si el finado así lo dispone. Nos encontramos, por tanto, frente a un legitimario que "no ostenta derecho efectivo hasta que no es llamado"[133], del mismo modo que hemos visto en el Derecho Aragonés. Sin embargo, autores como GALICIA AIZPURUA, ven en el artículo 50[134] la intención del legislador vasco de dar una posición prioritaria a los descendientes de grado más próximo, si bien no parece ser este, en nuestra opinión, el resultado final de la norma, de la que se desprende que todos los descendientes son iguales[135]. Esta idea se respalda con el artículo 51 que dispone que "1. El causante podrá disponer de la legítima a favor de sus nietos o descendientes posteriores, aunque vivan los padres o ascendientes de aquellos". A modo de conclusión y parafraseando a BERMEJO PUMAR, la legítima vasca es "una legítima colectiva y electiva sin preferencia de grado donde el heredero forzoso es elegido sucesor"[136].

Con respecto a la naturaleza de la legítima colectiva, y siguiendo a GALICIA AIZPURUA, se pueden llegar a plantear varias nociones diferentes como *pars hereditatis,* si tenemos en cuenta que se usa como equivalente el término heredero forzoso con el de legitimario, y parece que ha de dejarse la parte de la legítima a título de heredero alguno de los descendientes. Sin embargo, descartamos esta idea ya que la legítima puede dejarse por donación o legado[137]. Como otras al-

ternativas, nos plantea dicho autor una legítima de crédito o *pars valoris,* que es para nosotros adecuada, pues se podrá dar no solo por cualquier título, sino que además no tiene por qué ser necesariamente con cargo a bienes de la herencia.[138]

Siguiendo con las características de la legítima prevista en la LDCV, se establece una intangibilidad cualitativa y cuantitativa. Con esto hacemos referencia, por tanto, a que no pueden imponerse gravámenes a la legítima, tal y como se recoge en los art. 56 que reza "No podrá imponerse a los hijos y descendientes, sustitución o gravamen que exceda de la parte de libre disposición, a no ser en favor de otros sucesores forzosos.

2. No afectarán a la intangibilidad de la legítima, los derechos reconocidos al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, ni el legado de usufructo universal a favor del mismo."

Como veremos, llama la atención que sí se permiten los gravámenes si este se hace a favor de otro heredero forzoso, si bien BERMEJO PUMAR considera que se debe a la naturaleza colectiva de la legítima. Otro de los gravámenes es el usufructo del cónyuge, que no entraremos a valorar por estar fuera del ámbito de este estudio[139].

Como porción legitimaria se establece, en el art. 49, un tercio del caudal hereditario, y es otro de los grandes cambios de esta Ley de 2015, pues se reduce en aquellos territorios en los que regía el Derecho Común, y cambia también con respecto a los cuatro quintos que se contemplaban en el Fuero de Bizkaia en su art. 55. Con respecto al cálculo de la legítima, se debe tener en cuenta el valor de todos los bienes antes de la delación sucesoria al que se le habrá sumado las donaciones, si bien no se tienen en cuenta aquellas en las que haya apartamiento, (pues se establece que el apartamiento expreso no se ha de computar, figura que explicaremos a continuación[140]), ni tampoco las que se hayan realizado a herederos no forzosos y sobre ellos se deducen las deudas y las cargas[141].

7.3. Derecho de alimentos con carácter sucesorio, el apartamiento y la desheredación

Es necesario añadir que esta Ley contempla en su art 21.1un derecho de alimentos con carácter sucesorio, figura no contemplada en el CC, pero sí en el Derecho Aragonés, a favor de los hijos y descendientes, que corre a cargo del caudal hereditario, si bien solo será exigible siempre y cuando exista ausencia de las personas obligadas a darlos conforme al CC[142][143]. Tal y como aparece regulado en el art. 38 de esta Ley, podrán solicitarlos "quienes hayan sido designados sucesores cuando incurran en situación de necesidad por motivo de exclusión de la herencia". Esta obligación cesaría cuando los bienes de la herencia se agoten. Es importante destacar que nada se dice en la ley de si el descendiente en cuestión debe estar recibiendo los alimentos de manera previa al fallecimiento, o si, como señala FRANCISCO DE BORJA IRIARTE, "si basta para reclamarlos al heredero que en aquel momento se encontrase en situación de solicitarlos, cuestión a la que no es fácil responder en este momento; en todo caso, sí es claro que no podrán pedirse alimentos con cargo a la herencia si la situación de necesidad se ha producido con posterioridad al óbito; sin perjuicio, obviamente, de que el alimentista deba serlo por otro título derivado de las reglas establecidas en el Código civil."[144].

Consideramos que, efectivamente, debe estar en situación de reclamarlos en el momento del fallecimiento, pero no es necesario que los recibiese y esta obligación continua como una "carga de la herencia". Por el contrario, FERNÁNDEZ DE BILBAO, cree que no podemos hablar de carga pues "la obligación de alimentos proviene del antiguo art. 41 Ley 3/1992 (ahora el art. 38 LDCV) que los cargaba contra los frutos de la herencia, no contra el principal de la misma y; b) argumento literal: La herencia responde supletoriamente. De hecho, la LDCV actúa como "red de seguridad" familiar a la inversa que en el régimen del Código civil cuyo art. 150 establece que la obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme"[145].Siguiendo con el análisis de este artículo 21.1 de la LDCV, GALICIA AIZPURUA, considera que "se trata de un crédito nacido ex novo a raíz del reparto de la herencia. Así, este derecho vendría a configurarse como una suerte de la legítima materia eventual, de carácter necesario y exigible con cargo al patrimonio relicto, siquiera con carácter subsidiario y a falta de cualesquiera otros obligados"[146];Otros autores sin embargo consideran que esta figura que también se da en el Derecho Foral Aragonés, trata de "mitigar las consecuencias..., de una libertad de distribución hereditaria"[147]; esta misma tesis es la que sigue TORRES GARCÍA pues considera que compensa la situación de desequilibrio "que puede ocasionar la sustitución de la legítima por la libertad de testar[148]". BARRIO GALLARDO, ve de manera acertada una piedad parental, dentro de esta figura, que "impide excluir de la herencia a un pariente próximo, si con ello se le priva de lo mínimo imprescindible"[149].

Por otro lado, no podemos seguir avanzando en nuestro estudio sin hacer una pausa en el apartamiento, ya que se trata de una figura desconocida dentro del Derecho Común, que sin embargo aparece regulada en el art. 48 y 51 de la LDCV, y que tiene un gran contenido histórico, muy parecida a la figura de la exclusión que hemos analizado en el Derecho Aragonés. Para dar una definición de apartamiento, seguiremos a FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ que lo describe como "el negocio jurídico puramente potestativo de disposición sucesoria inter vivos o mortis causa generalmente a título gratuito, por el que el causante rompe el llamamiento legitimario previsto por la ley, de modo que matiza el grado y reparto de la sucesión forzosa entre sus descendientes o legitimarios"[150].

VALLET DE GOYTISOLO nos recuerda el origen romano de la figura, y nos explica que "en algunos de nuestros derechos forales se mantiene la posibilidad de desheredar a herederos forzosos sin más requisitos que instituirles en una legítima simbólica o apartarlos"[151].

No podemos encontrar en este derecho foral causa alguna de desheredación, lo que a nuestro parecer tiene lógica, ya que se permite un apartamiento, no solo tácito sino también injustificado, no obstante, se atenderá al Derecho Común de manera supletoria por lo que debemos tener en cuenta el art. 848 y siguientes del CC.

Dicho esto, no podemos olvidar que el art. 50 LDCV, se refiere a la desheredación de manera expresa al disponer que "Los hijos premuertos al causante o desheredados serán sustituidos o representados por sus descendientes".

El apartamiento de la LDCV, que se aplica a todo el territorio vasco y quese contemplaba tanto en el fuero de Ayala como en el de Vizcaya se ha considerado

que guarda una relación con la desheredación, pero se diferencia de ella en que no se necesita justa causa.[152]

Algunos autores, como FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, observan grandes diferencias pues el apartamiento "no es una sanción, sino una libre elección del causante"[153].Además, el "apartado" sigue siendo legitimario mientras que el desheredado no.Por otro lado, el legitimario apartado puede reclamar frente a terceros, si un extraño recibiese parte de la legítima colectiva[154].Sin embargo, sí encontramos gran similitud con la figura de la "exclusión" de Derecho Aragonés.

Queremos mencionar una reflexión de BERMEJO PUMAR, nos explica que esta nueva ley, permite la representación en caso de desheredación como se desprende el artículo que acabamos de plasmar sin embargo no se hace mención, a los casos de indignidad[155]. Si bien hemos hablado de la legítima colectiva, no podemos dejar de mencionar que, en los casos de solo existir un legitimario, este ostentará una legítima individual.

7.4. La Troncalidad Vizcaína y "El Derecho Civil propio del valle de Ayala rige en los términos municipales de Ayala, Amurrio y Okondo y en los poblados de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma, y Sojoguti, del municipio de Artziniega".

Un vez analizado el régimen general no podemos olvidar las dos especialidades que contempla esta Ley, empezando por la troncalidad Vizcaína[156], que supone, como veremos a continuación, para aquellas personas con la vecindad local, un límite añadido a la libertad de testar, pues como establece GALICIA AIZPURUA "viene a superponerse a la legítima colectiva de un tercio a favor de descendientes y a la legítima usufructuaria prevista en beneficio….además el límite se extiende a la línea ascendiente e incluso colateral hasta el cuarto grado".

En palabras de GOROSTIZA VICENTE, obtenemos una definición de la troncalidad Vizcaína como "la cualidad que tienen los bienes raíces en Bizkaia, a través de la cual se protege el carácter familiar de la propiedad, respetando los derechos de los parientes tronqueros[157]." Es importante esta figura en cuanto reviste especial trascendencia en nuestro estudio de la legítima, pues el art. 47 de la Ley establece que "…Las normas sobre la troncalidad en el infanzonado o tierra llana de Bizkaia, y en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio, prevalecen sobre la legítima, pero cuando el tronquero sea legitimario, los bienes troncales que se le asignen se imputarán a su legítima", por tanto, es un límite a la legítima[158].

Teniendo en cuenta que esta figura de la troncalidad no se contempla en el CC, no solo es necesario dar una definición, sino que necesitamos comprender qué abarca y cuál es su espíritu. La propia Ley vasca, en su art. 60, establece como bienes troncales aquellos bienes raíces, situados en "el infanzonado o tierra llana de Bizkaia o en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio[159]".

Se caracteriza por proteger el carácter familiar del patrimonio y, por ello, el propietario de un bien troncal debe respetar a la hora de transmitir el bien, los derechos de los parientes tronqueros. Y, posteriormente, el art. 64, concreta lo siguiente

"A efectos de troncalidad son bienes raíces la propiedad y demás derechos reales de disfrute que recaigan sobre el suelo y todo lo que sobre éste se edifica, planta y siembra.

2. Los bienes muebles destinados o unidos a los expresados en el párrafo anterior tendrán la consideración de raíces, salvo que, pudiendo ser separados sin detrimento, se transmitan con independencia…".

Por otro lado, y siguiendo el análisis, debemos señalar quiénes son los parientes tronqueros, estos serán, en línea recta los hijos y descendientes, y en defecto de los mismos, los ascendientes por la línea a la que pertenezca el bien raíz.

La relación de la troncalidad y la legítima la encontramos en el art. 70 de la ley que venimos analizando, pues no solo prevalecen como ya hemos indicado los bienes troncales sobre la legítima, sino que además "cuando concurra en una persona la doble condición de legitimario, los bienes que le correspondan como tronquero, se le imputarán a la legítima".

La otra especialidad en la que queremos detenernos es en la derivada del art. 88.1 de la Ley 5/ 2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco que reza "El Derecho Civil propio del valle de Ayala rige en los términos municipales de Ayala, Amurrio y Okondo y en los poblados de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma, y Sojoguti, del municipio de Artziniega". Pues aunque afecta a una pequeña parte de la población, de aproximadamente 15.144 habitantes,[160] es interesante destacar que mantiene la libertad de testar en los términos expresados en su art. 89.1 " los que ostenten la vecindad civil Ayalesa, pueden disponer libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieren por testamento donación o pacto sucesorio a título universal o singular apartando a sus legitimarios con poco o mucho", añadiendo en su punto segundo que se entenderán por legitimarios los que lo fueren con arreglo al art. 47 de esta ley, es decir los descendientes.

El único límite que nos impone el art. 88 de la libertad de testar es el apartamiento, regulado en el art. 90 que establece que "el apartamiento puede ser expreso o tácito, individualizado o conjunto", "la omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito"[161]. Siguiendo a BERMEJO PUMAR podemos afirmar que se trata de un régimen legitimario donde el contenido económico no tiene relevancia, pues el apartamiento como acabamos de ver en el art. 90, puede ser tácito y en conjunto, por lo que el legitimario Ayalés "no tiene derecho a la legítima formal además de no tenerlo a la material al interpretarse poco o mucho como nada".

Sin embargo, autores como TAPIA PARREÑO, no lo ven igual ya que "ese apartamiento constituye una manifestación de la voluntad del causante, aunque sea tácita, de exclusión de tales legitimarios o de alguno de ellos de esos bienes de la herencia" deducimos que el testador debe mencionar a los legitimarios, aunque sea para excluirlos, pues este autor considera que se trata de una legítima formal simbólica.[162]

VIII. CONCLUSIONES

I. El legislador foral ha conseguido ver la necesidad que existe de adaptar las causas de desheredación; en concreto el legislador Catalán ha llevado a cabo una reforma de las mismas con el fin de adaptarlas a la realidad

social. Con la Ley 10/ 2008 de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, se incorpora una nueva causa de desheredación al añadir al artículo 451-17, el apartado E, por el que será causa de desheredación *la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario si es por una causa imputable únicamente al legitimario*. Sin embargo y centrándonos en la literalidad del artículo no creemos que sea una buena idea tomarla de ejemplo, pues aquellas causas cuya base es la exclusiva culpabilidad de una de las partes, resulta de difícil aplicación, pues en muchos casos la culpabilidad exclusiva no resultara fácil acreditar.

II. De esta corriente centrada en dar mayor libertad al testador dentro de los derechos forales, queremos destacar otras reformas del legislador, como la del Parlamento Vasco con la Ley 5/ 2005 de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Pues no solo se reduce la cuantía, sino que se excluye a los ascendientes como legitimarios, del mismo modo el legislador gallego, con la Ley 2/2006, de 14 de junio de 2006, de Derecho Civil de Galicia. En ambos casos, consideramos más acertado, que del mismo modo que se redujo la cuota de los descendientes, se hubiera optado por reducir la cuota de los ascendientes ya que, en nuestra opinión, extinguir la legítima de los ascendientes, no está en la línea de la solidaridad familiar y ayuda mutua que se debe prestar entre determinados miembros. Añadiendo, además, que vivimos en una sociedad muy envejecida que tiende a proteger a las personas mayores por su vulnerabilidad, no vemos el sentido de quitarles la legítima. Nos preguntamos, por qué está obligado el padre a reservar bienes a los hijos y sin embargo no hay obligación de reservar bienes a los padres en caso de que el causante no tuviera a su vez descendientes, e incluso en el supuesto de no dejar cónyuge viudo, cuando nuestros ascendientes suelen ser más vulnerables.

III. Abogamos por un sistema que asegure el confort de las personas mayores, y lo cierto es que mantenerla legítima protege a los padres, ya que podrían tener unas mejores condiciones de vida. La legítima tiene una función asistencial que, siempre que las circunstancias lo permitan, como mínimo debería servir para atender sus necesidades de vivienda, asistencia médica, alimentación, etc… Aunque la legítima tiene una función más amplia y no responde solamente a las situaciones de necesidad. No obstante, consideremos la posibilidad de establecer un derecho de alimentos con carácter sucesorio destinado, en este caso, a los ascendientes, pues ya se contempla en distintos derechos forales como Aragón o el País Vasco, si bien no se aplica más que a los descendientes.

IV. Finalmente, dentro de los derechos forales, como hemos visto en nuestro estudio, existe una gran variedad de sistemas sucesorios, y casi todos ellos restringen en menor o mayor medida la libertad de testar del causante, ya sea mediante la legítima, o con un derecho de alimentos de carácter sucesorio. No podemos entonces hablar, en España, de una verdadera libertad de testar en ninguno de sus territorios forales, pues recordemos que fue en el año 2019, cuando en Navarra se introdujo ese derecho de alimentos con carácter sucesorio para los descendientes.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1996.

— *Curso de Derecho Civil, Derecho de sucesiones*, Tomo V, 10ª ed., Edisofer, Madrid, 2013.

— *Curso de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tomo IV, Edisofer, Madrid, 2013.

— (Director) Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XI, artículos 806 a 857 del Código Civil, *Revista de Derecho Privado*, editoriales de Derecho reunidas, 2ª ed., Comentada por Juan VALLET DE GOITISOLO, Madrid,1982.

ALONSO MARTÍNEZ, Manuel, El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales, Tomo II, edición con Prólogo Castán, Plus Ultra, Madrid, 1947.

ARROYO i 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.

BADENAS CARPIO, Juan Manuel, *Las Donaciones Colacionables en el Derecho Civil Balear*, Tirant lo Blanch, 2007.

BARRAN ARNICHES, Paloma, "La definición y el finiquito de legítima en el Derecho Civil de Baleares", *La notaria*, núm.5, mayo, 1999, págs. 79— 106.

BARRIO GALLARDO, Aurelio, "Estudio Histórico-Comparado de la libertad detestar en Inglaterra y Aragón". *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 17, 2011, págs.54-92.

— *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012.

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 MELERO, Martín, Thomson Civitas, 2000.

BOSCH CAPDEVILA, Esteve, "El cálculo de la legítima de los descendientes enlos Derechos Civiles Españoles", Libertad de testar y sus límites, *Collegi de notaris de Catalunya*, Marcial Pons, 2018, págs. 147-192.

BORRELL Y SOLER, Antoni, *Derecho Civil vigente en Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1994.

BROCÁ I DE MONTAGUT, Guillermo, *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente civil y exposición de las instituciones del Derecho Civil del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la Jurisprudencia*. Barcelona,Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, 1985.

CASTÁN TOBEÑAS José, *Derecho civil Español Común y Foral*, Tomo VI, Derecho de sucesiones. Vol. I y II, Reus, Madrid, 1985.

— *Derecho civil Español Común y Foral*, Tomo V, Derecho de familia, Vol. II, 9ªed., Reus, Madrid, 1985.

— *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo VI, Derecho de Sucesiones, Vol. II: Los particulares regímenes sucesorios, la sucesión testamentaria y la sucesión forzosa. Revisada y puesta al día por BATISTA MONTERO-RÍOS, José y CASTÁN VÁZQUEZ, José Mª, con la colaboración en la parte de sucesión forzosa de VALLET DE GOYTISOLO, Juan, 8ªed., Reus S.A, Madrid, 1979.

CARBONELL CRESPÍ, José Antonio, La institución de "la definición" en la Com-

pilación de derecho civil de las Islas Baleares, Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Ills Baleares, núm. 8, 2006, págs. 69-113

DÍAZ TEIJEIRO, Carlos María, El sistema legitimario de Galicia, Tesis dirigida por PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, Universidad de Coruña, 2017.

— *La legítima de los descendientes en la Ley de Derecho de Galicia*, Aranzadi, Pamplona, 2018.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, "Notas sobre la sucesión mortis causa en la Ley Foral 5/ 1987, de 1 de abril*, Revista Jurídica de Navarra* (epígrafe XX), pág. 63-88.

ESPINOSA INFANTE, José Miguel, *Derecho Civil, Derecho de sucesiones*, Dykinson, 2005, Madrid.

ESTÉVEZ ABELEIRA, Teresa, El pacto de mejora en el Derecho Civil de Galicia, tesis doctoral, dirigida por Helena Martínez Hens, Universidad de Vigo, 2015.

— "El pacto de mejora como negocio jurídico mortis causa", *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, núm. 758, Noviembre de 2016, pág. 3113-3142.

FALCÓN OZCOIDI, Modesto, *Exposición Doctrinal del Derecho Civil Español: común y foral, según las leyes escritas, la jurisprudencia de los tribunales y la opinión de los juriconsultos*, Tomo III, Imprenta de Francisco Núñez Izquierdo, 1882.

— *Exposición doctrinal del Derecho Civil, Común y Foral*, Tomo III, Tipografía. La Publicidad, Tobella, Costa y Piñol, Barcelona, 1897.

FAUS Manuel, "Naturaleza y fijación de la legítima. La computación e imputación",https://vlex.es/vid/naturaleza-fijacion-legitima-comun-226989.

FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús, "El apartamiento y el cálculo de la legítima en la ley de Derecho Civil Vasco", EL Derecho Civil Vasco del siglo XXI De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros", Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015, pág. 423-451.

FERRER VANRELL, María del Pilar, La *Deffinitio* en el Derecho civil de Mallorca, Un estudio sobre la tradición jurídica mallorquina, Ed. UIB, Palma, 1992.

FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, "La mejora de labrar y poseer", *Anuario de derecho civil*, Vol. 1, núm. 3, 1948, págs. 877-919.

ESPINOSA INFANTE, José Miguel, *Derecho Civil, Derecho de sucesiones*, Dykinson, 2005, Madrid.

GARCÍA RUBIO, Mª Paz, *Código Civil Comentado*, Vol.II, Libro III, Coord., VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, Civitas, Thomson Reuters, 2011.

— "Legítimas en la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia", *Tratado de legítimas*, Tomo XXXII, Vol.2, coord., TORRES GARCÍA, Teodora, 2012.

— "El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego", *Anuario de derecho Civil*, Vol. 53, núm. 4, 2000, págs. 1397-1482.

GETE-ALONSO Y CALERA, Mª del Carmen (dir.) SOLÉ RESINA, Judith(Coord.) *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, (Código Civil y normativa Civil Autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco), 2ª ed., Thomson Reuters, Civitas, 2016, Navarra.

GINOT LLOBATERAS, Francisco, "La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho común y foral", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, Boletín Oficial del Estado, 1950, págs., 1057-1099.

GÓMEZ TABOADA, Jesús, *Derecho de sucesiones de Cataluña, teoría y práctica*,

Lex Nova, Thomson Reuters, Valladolid, 2012.

GOROSTIZA VICENTE, José Miguel, "La troncalidad en Bizkaia: una concepción original de propiedad colectiva familiar", Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia, núm. 2, 2005, págs. 333-358

HINOJOSA MENJOULET, José, *Derecho Civil, Común y Foral de España*, Precedido de una introducción historia e ilustrado con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tomo I, Imprenta y librería de José López Guevara, Granada, 1888.

— *Tratado científico sobre el Derecho Civil, Común y foral de España*, precedido de una introducción histórica e ilustrado con la jurisprudencia del Tribunal Supremo Tomo I, imprenta y librería de Don José López Guevara, Granada, 1883.

LALINDE ABADÍA, Jesús, "Algunas precisiones conceptuales, sobre la legítima aragonesa", *Anuario de historia del Derecho Español*, núm. 55, 1985, pág.333— 388.

LARRONDO LIZARRAGA, Javier, "El nuevo Derecho Sucesorio catalán", Análisis del libro IV del Código Civil de Cataluña, Bosch, Barcelona, 2008.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de familia: Principios del Derecho Civil*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

— *Derecho de sucesiones: Principios de Derecho Civil VI*, 16ªed., Marcial Pons, Madrid, 2022.

— *Abandono asistencial de la tercera edad, y desheredación de los descendientes, en la España contemporánea. La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid,2007.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, "Sucesión troncal Aragonesa y comparación con la del Derecho Vasco ante una eventual reforma", *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria*, núm. 23, 2012, págs., 21-65.

MONASTERIO ASPIRI, Itziar, "La metodología: prácticas y principios del análisis de documentos". Derecho Civil foral (ss. XVII-XIX), *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI, De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Victoria-Gasteiz, 2016, pág. 57-88.

MONDRAGÓN MARTÍN, Hilario, La legítima en el Derecho Español, tesis dirigida por ARNAU MOYA, Federico, Universidad Jaume I, enero 2019.

MORETÓN SANZ, María Fernanda, "El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional "si sine liberis decceserit": igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año núm. 87, núm.723, 2011, págs. 550-568.

— "El nuevo derecho civil foral sucesorio: la codificación navarra, aragonesa y gallega y la ineficacia "ope legis" de disposiciones testamentarias hechas en favor de la ex pareja, sea matrimonial o de hecho y se haya producido disolución del vínculo o la separación sea fáctica", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año núm.95, núm. 776, 2019, págs. 3061-3092.

PALÁ BARAGÁN, Patricia, *La legítima colectiva en el Derecho Foral Aragonés*, Dir. Mª Reyes CORRIPIO GIL-DELGADO, Universidad de Comillas, Madrid, 2014. *https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/2178/retrieve Visto web 12/04/ 2021*.

QUESADA PÁEZ, Abigail, "Legítimas y desheredación", Revista Aranzadi doctrinal, núm. 3, Pamplona, 2015, págs. 209-229

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *Derecho de sucesiones, Donación*. Director

SEONANE SPIEGELBER. José Luis, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
— Derecho Civil de Galicia: presente y futuro, en *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre 2008, núm. 46, pág. 39, páginas 11-43.
RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones común y foral*, Tomo I, II,III, 4 ed., Dykinson, Madrid, 2009.
RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel, La Ley aplicable a los pactos sucesorios, Universidad de Santiago de Compostela, 2014.
SERRANO GARCÍA, José Antonio, *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II,Vol.2 SOLE RESINA, Judith, Coord., 2011.
— "Legítima en Aragón", Validez y eficacia de normas y actos jurídicos, Proyecto de investigación DER2008-01669/JURI, *Revista de Derecho Aragonés*, núm. 16, 2010,pág. 67-134.
TAPIA PARREÑO, José Jaime, "El fenómeno sucesorio en Araba", el *Derecho Civil Vasco del Siglo XXI, De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Victoria-Gasteiz, 2016, pág.348 y ss.
VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "Apuntes de Derecho sucesorio", *Anuario de Derecho Civil*, fascículo II, 1955, págs. 269-460.
— "El apartamiento y la desheredación", *Anuario de Derecho Civil*, Instituto Nacional de estudios Jurídicos, 1968, págs. 3-108.
— "Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil", Instituto Nacional de estudios jurídicos, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1970.
— "Aspecto cuantitativo de las legítimas", en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 24,núm. 1, 1971, pág. 3-148.
— *Panorama del Derecho de Sucesiones*, Vol. I, Fundamentos, Civitas, Madrid,1982.
— "Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales", Tomo XI, Coord., ALBALADEJO, Manuel, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1982.
VÁZQUEZ LEMOS, Ana, *Fundamentos y históricos y jurídicos de la libertad detestar*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2009.
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.

X. RESOLUCIONES CITADAS

Sentencias Tribunal Superior de Justicia

- Sentencia núm. 1/1992 Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 28 de mayo de1992, (RJ 1993\430).
- Sentencia núm. 10/2003, de 24 de abril, del Tribunal Superior de Justicia Catalán Sala delo Civil y penal. Sección única, (RJ 2003, 539).
- Sentencia núm. 549/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24 de septiembre de 2012, (REC 15545/2011).

- Sentencia núm. 957/2015 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, de 28 septiembre, (JUN2015\27614).
- Sentencia núm. 131/2017, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo de 23 de febrero de 2017 (recurso 741/2015), (JUR2017/118903).
- Sentencia núm. 2/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal Sección 1ª), de 8 de enero de 2018, (RJ 2018\150)
- Sentencia núm. 8/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 9 de mayo de 2018,(REC 33/2017)
- Sentencia núm. 49/2018 Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 31 mayo de 2018,(RJ 2018\3912)
- Sentencia núm. 40/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de enero de2019, (JUR 1/2019).
- Sentencia núm. 20/2019 Tribunal Superior Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y de Penal, Sección 1), en su, de 11 de marzo de 2019, (RJ 2019/2022)

NOTAS

[1] Ley 4/1995, de 24 de mayo de Derecho Civil de Galicia. BOE núm. 152, de 27 de junio de 1995. En especial artículos 146 y ss.

[2] RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones común y foral*, Tomo I, II,III, 4 ed., Dykinson, Madrid, 2009, pág. 1852 y ss.

[3] Ley 2/2006, de 14 de junio de 2006, de Derecho Civil de Galicia, (LDCG). DOG núm. 124, de 29 de junio de 2006. BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2006.

[4] GARCÍA RUBIO, Mª Paz, NIETO ALONSO, Antonia, HERRERO OVIEDO, Margarita, "Legítimas en la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia", *Tratado de legítimas,* Tomo XXXII, Vol.2, coord.. TORRES GARCÍA, Teodora, pág. 205 y ss.

[5] QUESADA PAÉZ, Abigail, "Legítimas y desheredación", *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 3, Pamplona, 2015, pág. 214.

[6] DÍAZ TEIJEIRO, Carlos María, La legítima de los descendientes en la Ley de Derecho de Galicia, Aranzadi, 2018, pág.1 y ss.

[7] GARCÍA RUBIO, Mª Paz, "El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego", *Anuario de derecho Civil*, Vol. 53, núm. 4, 2000, pág. 206.

[8] DÍAZ TEIJEIRO, Carlos María, *El sistema legitimario de Galicia*, Tesis dirigida por PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, Universidad de Coruña, 2017, pág. 220 y ss.

[9] Sentencia núm. 8/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 9 de mayo de 2018, (REC 33/2017).

[10] *Vid.*, RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *op. cit.*, pág. 1853.

[11] Ley 4/1995 de 24 de mayo de 1995, de Derecho Civil de Galicia BOE núm. 152 de 27 de junio de 1995 El artículo 146.2 de la Ley 4/1995, afirma taxativamente que "Son legitimarios los herederos forzosos determinados en el Código Civil y en la cuantía y proporción que, en los distintos supuestos, establece dicho cuerpo legal. ya no están incluidos entre los legitimarios."

[12] GARCÍA RUBIO, María Paz, *op.cit.*, "Las legítimas en…", pág. 216 y ss.

[13] DÍAZ TEIJEIRO, Carlos María, *La legítima de los…*, *op.cit.*, pág. 39 y ss.

[14] Frente a las dos terceras partes del haber hereditario del Derecho común.

[15] REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, Derecho Civil de Galicia: presente y futuro, en *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre 2008, núm. 46, pág. 39 y ss.

[16] Art. 808 del CC, en su párrafo tercero que prescribe que "Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos".

[17] DÍAZ TEIJEIRO, Carlos María, *La legítima de los…*, *op.cit.*, pág. 75 y ss.

[18] BOSCH CAPDEVILA, Esteve, "El cálculo de la legítima de los descendientes en los Derechos Civiles Españoles", *Libertad de testar y sus límites,* Collegi de notaris de Catalunya, Marcial Pons, 2018, pág. 150 y ss.

[19] RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones común y foral*, Tomo I, II,III, 4 ed., Dykinson, Madrid, pág. 1857.

[20] RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *op.cit.*, pág. 1861 y ss.

[21] ZAPATA LÓPEZ, Jorge, Visión actualizada del régimen de legitimas 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, pág. 168.

[22] A tenor de los artículos 262.1 de la LDCG "el desheredamiento justo de un legitimario priva a este de su legítima". Y, conforme al 265 del mismo cuerpo legal "la persona desheredada injustamente conserva su derecho a la legítima".

[23] En el derecho común los hijos no pueden desheredar a los padres por esta causa, al no estar contemplada expresamente, salvo que puede encuadrase en alguna de las causas del

art. 756 que dan lugar a la indignidad. En derecho gallego como no tienen derecho los padres a la legítima, con lo cual no se le puede aplicar ninguna causa de desheredación.

[24] Sentencia núm. 143/2016 de la Audiencia Provincial de la Coruña de 15 de abril de 2016, (REC 258/2015).

[25] En el caso que nos ocupa, dice la Audiencia "si avanzamos en punto a analizar las declaraciones testificales, observamos lo contradictorio de su sentido y la dificultad intrínseca de deslindar sentimientos opuestos y malas relaciones de lo que propiamente es un maltrato físico o psíquico o una grave injuria. Lo primero queda sobradamente acreditado, pues parece claro que las relaciones familiares fueron frías y distantes, por ambas partes. La concurrencia de lo segundo, no. En tal sentido, la conclusión de la Juez "a quo", sobre inexistencia de prueba suficiente para considerar concurrente la causa de desheredación del artículo 236.3ª de la Ley de Derecho Civil de Galicia, es la única plausible y que esta Sala comparte. Por lo que la Audiencia considera que en este supuesto no se prueba que haya causa para la desheredación.

[26] No siendo objeto de análisis en nuestro trabajo los derechos sucesorios del cónyuge viudo.

[27] *Op.cit.,* DÍAZ TEIJEIRO, Carlos María, *La legítima de los…*, pág. 49 y ss.

[28] La Sentencia núm. 55/2019, de 1 febrero, de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 2019, Sección 1,(AC 2019\200). Señala que el art. 266 LDCG dispone que "las acciones a causa de preterición o desheredamiento injusto se extinguen por caducidad a los cinco años de la muerte del causante ", de manera que, de haberse ejercitado exclusivamente una acción de preterición, es indudable que la misma habría caducado, puesto que, fallecido D. Celso en fecha 21/08/2006, la demanda no se interpuso hasta el 15/01/2018 (no el 29/01/2018 que se dice en la sentencia), esto es, transcurridos más de once años.

Ahora bien, junto a la acción de preterición, se ejercitó una segunda acción de petición de herencia, cuyo ejercicio está sometido al plazo de prescripción de treinta años a contar desde que el poseedor aparente de los bienes se atribuyó su propiedad, lo que en el supuesto enjuiciado no se ha acreditado que ocurriera antes del fallecimiento del testador, por lo que el plazo de prescripción no podría considerarse culminado hasta el 21/08/2036."

[29] Artículos 210 y 211 LDCG.

[30] Destacar la Sentencia núm. 407/2016 del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2016, (REC 325/2015), donde se señala que la diferencia entre la apartación y la donación es la intencionalidad misma de la apartación ya que en esta última no hay liberalidad.

[31] RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel, *La ley aplicable a los pactos sucesorios,* Universidad de Santiago de Compostela, 2014, pág. 88 y ss.

[32] Sentencia núm. 549/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24 de septiembre de 2012, (REC 15545/2011).

[33] FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, nos explica que "El paisano, amante de su familia, de su tierra y su lugar, conocedor… de su derecho, guarda fiel observancia, casi culto, a sus costumbres jurídicas, formadas justamente por sus mayores, en defensa de la familia, de la campiña y por ende del lugar …"." La mejora de labrar y poseer", *Anuario de derecho civil*, Vol. 1, núm. 3, 1948, pág. 879.

[34] FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo , "La mejora de labrar y poseer", *Anuario de derecho civil*, Vol. 1, núm. 3, 1948,pág. 880.

[35] Artículo 220 de la LDCG, "En los casos a que se refiere el artículo anterior, la casa petrucial y su era, corrales y huertos, tratándose de lugar a casarado, y la explotación agrícola, comercial o fabril se reputarán indivisibles a efectos de la partición".

[36] ESTÉVEZ ABELEIRA, Teresa, *El pacto de mejora en el Derecho Civil de Galicia,* tesis doctoral, dirigida por Helena, MARTÍNEZ HENS, Universidad de Vigo, 2015, pág. 5.

[37] ESTÉVEZ ABELEIRA Teresa*,* "El pacto de mejora como negocio jurídico *mortis causa", Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, núm. 758, noviembre de 2016, pág. 3113-3142.

[38] Artículo 218 LDCG "Además de por las causas que se convinieran, los pactos de mejora quedarán sin efecto

1.º Si el mejorado incumpliera las obligaciones asumidas.

2.º Por premoriencia del mejorado, salvo pacto expreso de sustitución o que la mejora se realizara con entrega de bienes.

3.º Por incurrir el mejorado en causa de desheredamiento o indignidad, por su conducta gravemente injuriosa o vejatoria y, si hubiera entrega de bienes, por ingratitud."

[39] "Los cónyuges podrán pactar en escritura pública o disponer en testamento la atribución unilateral o recíproca del usufructo sobre la totalidad o parte de la herencia".

[40] *Op.cit*., RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, pág. 1798 y ss.

[41] *Ibídem,* establece que desde la Constitución de Alfonso III de 1333, hasta la constitución de las Cortes de Monzón, rigió el modelo de la *Novela* 18…, pág. 1798 y ss.

La institución de la legítima regulada en el art. 122 y ss., sufre diferentes modificaciones desde la Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación de Derecho Civil de Cataluña, que recoge la regulación tradicional del derecho de Cataluña. BOE núm. 175, de 22 de julio de 1960. Se modifica por Ley 13/1984, de 20 de marzo. BOE núm. 107, de 4 de mayo de 1984.Y, posteriormente es derogada por el Decreto legislativo1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña. DOGC núm. 456, de 27 de julio de 1984. La Compilación conforma el derecho del legitimario como un derecho real, así lo preceptuaba el art.140.

Posteriormente con la Ley 8/1990, de 9 de abril, de Modificación de la legítima, tal como puede leerse en la Exposición de Motivos"…, se configura como un derecho personal del legitimario contra la herencia y, por lo tanto, se prescinde del concepto de afección real que contemplaba el artículo 140 de la Compilación …(además)…Se reduce a los padres el alcance personal de la legítima en la línea ascendente, con lo cual se evita en muchos casos la fragmentación de los patrimonios y se abandona el criterio de una troncalidad extensa que no se adecua a la realidad social de nuestros días...".BOE núm. 110, de 8 de mayo de 1990.

Más tarde en la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña.BOE núm. 50, de 27 de febrero de 1992. Regula la legítima en el título V, que recoge íntegramente el texto de la Compilación en la redacción que le dio la Ley 8/1990, de 9 abril. Es de destacar que, por un lado, se introduce, además, la institución del desheredamiento, inexistente con anterioridad, estableciendo su concepto, sus causas y sus efectos. Y, por otro lado, se establece una nueva regulación de la cuarta viudal. En el Preámbulo de la Ley 40/1991,al explicar su finalidad afirmaba: "la presente Ley contiene una normativa autónoma, completa y global del derecho sucesorio catalán. Se regulan en ella, de manera sistemática y ordenada, todas las instituciones sucesorias vigentes en Cataluña, por lo cual, por aplicación del artículo primero de la Compilación se excluye la aplicación directa o supletoria del Código Civil en Cataluña". Todas estas las leyes se encuentran actualmente derogadas.

[42] *Ibídem,* pág. 1799 y ss.

[43] Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña relativo a las sucesiones BOE núm. 190, de siete de agosto de 2008.

[44] Aparece regulada en el Titulo V, bajo el título, otras *atribuciones sucesorias determinadas por ley.*

[45] GÓMEZ TABOADA, Jesús, Derecho *de sucesiones de Cataluña, teoría y práctica*, Lex Nova, Thomson Reuters, Valladolid, 2012, pág. 385 y ss.

[46] QUESADA PAÉZ, Abigail, Esta debilidad viene marcada no solo en la reducción de la cuantía, sino también le otorga un carácter crediticio. *op.cit,* pág. 212 y ss.

[47] LARRONDO LIZARRAGA, Javier, "El nuevo Derecho Sucesorio catalán", *Análisis del libro IV del Código Civil de Cataluña*", Bosch, Barcelona, 2008, pág. 163 y ss.

[48] Artículo 451-3 del CCcat.

[49] LARRONDO LIZARRAGA, Javier, *op.cit*., pág. 166 y ss.

[50] RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *op.cit*., pág. 1806 y ss.

[51] Tal y como se indica en el artículo 451-5, en su letra b "Al valor líquido que resulta de aplicar esta regla, debe añadirse el de los bienes dados o enajenados por otro título gratuito

por el causante en los diez años precedentes a su muerte, excluidas las liberalidades de uso El valor de los bienes que han sido objeto de donaciones imputables a la legítima debe computarse en todo caso con independencia de la fecha de donación".

[52] BERMEJO PUMAR, María Mercedes, "Los derechos legitimarios…", *op.cit.*, pág.1256 y ss.

[53] Como hemos señalado las causas de desheredamiento se introducen por primera vez en el art 370 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña que señalaba que "Son causas de desheredamiento1.º Las de indignidad contenidas en el artículo 11.2.º Haber negado alimentos al testador o a su cónyuge, o a los ascendientes o descendientes de aquél, cuando existe obligación de dárselos.3.º Haber maltratado de obra o injuriado, en ambos casos gravemente, al testador o a su cónyuge.4.º Haber sido privado de la patria potestad que correspondía al padre o la madre legitimarios sobre el hijo testador, o la que correspondía al hijo legitimario sobre sus hijos nietos del testador, por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes que conlleva."

[54] Se consideran causas de indignidad según lo establecido en el artículo 412-3

"a) El que ha sido condenado por sentencia firme dictada en juicio penal por haber matado o haber intentado matar dolosamente al causante, su cónyuge, la persona con quien convivía en pareja estable o algún descendiente o ascendiente del causante.

b) El que ha sido condenado por sentencia firme dictada en juicio penal por haber cometido dolosamente delitos de lesiones graves, contra la libertad, de torturas, contra la integridad moral o contra la libertad e indemnidad sexuales, si la persona agravada es el causante, su cónyuge, la persona con quien convivía en pareja estable o algún descendiente o ascendiente del causante.

c) El que ha sido condenado por sentencia firme dictada en juicio penal por haber calumniado al causante, si lo ha acusado de un delito para el que la ley establece una pena de cárcel no inferior a tres años.

d) El que ha sido condenado por sentencia firme en juicio penal por haber prestado falso testimonio contra el causante, si le ha imputado un delito para el que la ley establece una pena de cárcel no inferior a tres años.

e) El que ha sido condenado por sentencia firme dictada en juicio penal por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares, en la sucesión de la persona agravada o de un representante legal de esta.

f) Los padres que han sido suspendidos o privados de la potestad respecto al hijo causante de la sucesión, por una causa que les sea imputable.

g) El que ha inducido al causante de forma maliciosa a otorgar, revocar o modificar un testamento, un pacto sucesorio o cualquier otra disposición por causa de muerte del causante o le ha impedido hacerlo, así como el que, conociendo estos hechos, se ha aprovechado de los mismos.

h) El que ha destruido, escondido o alterado el testamento u otra disposición por causa de muerte del causante."

[55] Artículo 756. 7 del CC "Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil".

[56] Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, BOE núm.190 de 7 de agosto de 2008.

[57] RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *op. cit.*, pág. 1939.

[58] ARROYO I AMAYUELAS, Esther, FARNÓS AMOROS, Esther, "Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?", *InDret*, abril 2015, pág. 7 y ss.

[59] Sentencia núm. 49/2018 Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 31 mayo de 2018, (RJ 2018\3912).

[60] Anteriormente, en la Sentencia núm. 2/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal Sección 1ª, de 8 de enero de 2018, (RJ 2018\150). Se analizo,

que momento temporal había que considerar para valorar si concurría la causa de desheredación, por falta de relación manifiesta entre el causante y el legitimario, llegándose a la conclusión, de que se debe tener en cuenta el comportamiento posterior del causante y del legitimario desheredado, no solo para probar una eventual reconciliación o perdón, sino desde la perspectiva especifica del articulo 451-17-E del CCcat,, es decir a los efectos de probar la existencia o no de la relación familiar en el momento de la desheredación, o para averiguar la imputabilidad de la falta continuada de relación familiar al causante, al legitimario o ambos…. "No concurrirá por tanto la causa de desheredación si, aplicando criterios de causalidad adecuada vinculados a las circunstancias del caso, la desaparición del vínculo afectivo es sólo imputable al causante ni tampoco si lo es en partes significativas al propio causante y al desheredado".

En definitiva, la falta de verdadera relación familiar entre el testador y sus hijas no puede calificarse de "exclusivamente imputable" a ellas, por lo que su desheredación debe ser calificado de injusta.

[61] Sentencia núm. 40/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de enero de 2019 (JUR 1/2019).

[62] Sentencia núm. 11/2017, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de marzo de 2017, (RJ 2354/2017).

[63] Sentencia núm. 20/2019 Tribunal Superior Justicia de Cataluña de 11 de marzo de 2019, Sala de lo Civil y de Penal, (RJ 2019/2022).

[64] LLODRÁ GRIMALT, Francesca y FERRER VANRELL, María del Pilar, "Legítima en las Islas Baleares" en *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, GETE-ALONSO y CALERA, Mª del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith, (coord.) Thomson Reuters, Civitas, 2ª ed., 2016, Pamplona, pág. 602 y ss.

[65] Decreto Legislativo 79/1990 de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación de Derecho Civil Balear. BOIB núm. 120, de 2 de octubre de 1990.

[66] Ley 7/ 2017 de 3 de agosto, por la que se modifica la Compilación de derecho civil de las Illes Balears, BOE 223 de 15 de septiembre de 2017, en su exposición de motivos III.

[67] QUESADA PAÉZ, Abigail, "Legítimas y desheredación", *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 3, Pamplona, 2015, pág., 215.

[68] Tal y como se reconoce en la Resolución de 13 de junio de 2013, de la dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Felantix núm. 2 a la inscripción de una adquisición por sucesión hereditaria. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2013.

[69] LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de sucesiones: Principios de Derecho Civil VI*, 16ªed., Marcial Pons, Madrid, 2022,pág. 170 y ss.

[70] RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *op.cit.*, pág. 1777.

[71] RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *op.cit.*, pág.1792.

[72] MONDRAGÓN MARTÍN, Hilario, La legítima en el Derecho Español, tesis dirigida por ARNAU MOYA, Federico, Universidad Jaume I, enero 2019pág. 386 y ss.

[73] BARRAN ARNICHES, Paloma, "La definición y el finiquito de legítima en el Derecho Civil de Baleares", *La notaría,* núm.5, mayo, 1999, pág. 79.

[74] Sentencia núm. 1/1992 Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 28 de mayo de 1992, (RJ 1993\430).

[75] Antes de la reforma de 2017, su aplicación era exclusiva de Isla de Mallorca, mientras que en Ibiza y Formentera se conocía con el nombre de finiquito de la legítima. Texto refundido de 6 de septiembre de 1990.

[76] Artículo 50 CDCIB "Por el pacto sucesorio conocido por definición, 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.

La definición 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."

Artículo 77 CDCIB "Por el «finiquito» de legítima el descendiente legitimario mayor de edad puede renunciar a la legítima o a cuantos derechos puedan corresponderle en la herencia del ascendiente en contemplación de una donación, atribución o compensación que el ascendiente o su heredero contractual le hubieren hecho en vida de aquél. La cuota legitimaria renunciada acrecerá a la herencia.

En lo no convenido por las partes será de aplicación la regulación de la definición mallorquina en cuanto fuere compatible con la función y significado usuales en Eivissa y Formentera."

[77] 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 MELERO, Martín, Thomson Civitas, 2000, pág. *1268.*

[78] Sentencia núm. 1/1992 del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 28 de mayo de 1992, que establece en su fundamento 6 que "si se atiende a que la definición se inserta normalmente en un negocio jurídico complejo compuesto de dos elementos condicionados —el acto de liberalidad y la renuncia— y que se verifican el uno en función del otro, ya que se dona porque se renuncia y se renuncia porque se dona, habrá que inclinarse por el punto de vista de la onerosidad, dado que con el perfeccionamiento de la definición ambas partes obtienen ventajas a costa de la otra: el ascendiente, porque elimina las limitaciones a la facultad de disponer de sus bienes que surgen de la necesidad de proteger la intangibilidad de las legítimas; y el descendiente, porque recibe una atribución patrimonial que normalmente no se habría entregado hasta la muerte del causante".

[79] Sentencia núm. 158/2002 del Tribunal Superior de Justicia de islas baleares de21 de marzo de 2002.

[80] *Op. cit.*, BERMEJO PUMAR, María Mercedes, pág. 1270.

[81] FAUS Manuel, "La definición y la donación universal en Mallorca y Menorca, así como el finiquito en Ibiza y Formentera son donaciones especialmente reguladas por la legislación balearpropia" *Practico de Derecho de sucesiones*, Vlex, https://2019-vlex-com.ezproxy.uned.es/#sources/14777, 11 de marzo 2020.

[82] FERRER VANRELL, María del Pilar, *La Deffinitio* en el Derecho civil de Mallorca. Un estudio sobre la tradición jurídica mallorquina, Ed. UIB, Palma 1992, págs. 102 y ss.

[83] CARBONELL CRESPÍ, José Antonio, "La institución de "la definición" en la Compilación de derecho civil de las Islas Baleares", *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Ills Baleares*, núm. 8, 2006, pág. 69 y ss.

[84] BADENAS CARPIO, Juan Manuel, *Las Donaciones Colacionables en el Derecho Civil Balear*, Tirant lo Blanch, 2007, epígrafe 6, versión on-line.

[85] *Op.cit.*, FAUS Manuel, https://2019-vlex-com.ezproxy.uned.es/#sources/14777, 11 de marzo 2020.

[86] *Op.cit.*, CARBONELL CRESPÍ, José Antonio, pág. 71 y ss.

[87] GARCÍA RUBIO, María de la Paz, "El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego", *Anuario de derecho Civil,* Vol. 53, núm. 4, 2000, págs. 1398 y ss.

[88] MONDRAGÓN MARTÍN, Hilario, La legítima en el Derecho Español, tesisdirigida por ARNAU MOYA, Federico, Universidad Jaume I, enero 2019,pág. 293.

[89] Ley 1/ 1973 de 1 de marzo por la que se aprueba la compilación de Derecho Foral de Navarra. BOE 7 de marzo de 1973.

[90] Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.BOE núm. 137, de 8 de junio de 2019.

[91] Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 9 de septiembre de 2014, Sentencia núm. 11/2014 de 9 septiembre, (RJ 2014\5741).

[92] Con la reforma, se suprime la prohibición de que pudiesen heredar los hijos adulterinos para el caso de que existiesen hijos o descendientes legítimos.

[93] BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *op.cit*., pág. 149 y ss.

[94] Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. BOE núm. 137, de 8 de junio de 2019, preámbulo, libro IV, punto 5.

[95] DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, "Notas sobre la sucesión *mortis causa* en la Ley Foral 5/ 1987, de 1 de abril, *Revista Jurídica de Navarra* (epígrafe XX), pág. 83 y ss.

[96] *Op.cit*., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, "Notas sobre la…", pág. 79 y ss.

[97] BARRIO GALLARDO, Aurelio, op.cit., Estudio histórico comparado…, pág.50.

[98] VÁZQUEZ LEMOS, Ana, *Fundamentos y históricos y jurídicos de la libertad de testar*, 2009, José María Bosch Editor, Barcelona, pág. 239.

[99] LALINDE ABADÍA, Jesús, "Algunas precisiones conceptuales, sobre la legítima aragonesa", *Anuario de historia del Derecho Español,* núm. 55, 1985, pág. 334 y ss.

[100] VÁZQUEZ LEMOS, Ana, *op.cit*., pág. 478 y ss.

[101] Decreto Legislativo de 1/ 2011 de 22 de marzo, BOE núm. 67 de 29 del marzo de 2011, VÁZQUEZ LEMOS, Ana, *Fundamentos históricos y jurídicos de la libertad de testar,* 2019, pág., 328.

[102] Ley Aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, BOE núm. 26 de 04 de marzo de 1999.

[103] SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Legítima en Aragón", Validez y eficacia de normas y actos jurídicos, Proyecto de investigación DER2008-01669/JURI, *Revista de Derecho Aragonés,* núm. 16, 2010, pág., 67.

[104] SERRANO GARCÍA, José Antonio, Legítima en Aragón, Tratado *de Derecho de sucesiones,* Tomo II, GETE ALONSO Y CALERA, Mº del Carmen, 2ª ed., Thomson Reuters, Civitas, pág. 487.

[105] BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *op.cit*., Instituciones de Derecho Privado…, pág.1213.

[106] QUESADA PAÉZ, Abigail, *op.cit.,* pág. 212 y ss.

[107] Artículo 486 del Código de derecho Foral Aragonés "los descendientes de cualquier grado, del causante son los únicos legitimarios".

[108] *Op. Cit.,* SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Legítima en Aragón …", pág. 480 y ss.

[109] Exposición de motivos de la Ley 1/ 1999 de 24 de febrero, BOE núm. 26 de 04 de Marzo de 1999.

[110] PALÁ BARAGÁN, Patricia, *La legítima colectiva en el Derecho Foral Aragonés*, Dir. Mª Reyes Corripio Gil— Delgado, Universidad de Comillas, Madrid, 2014. https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/2178/retrieve, última visita el 12 marzo 2021.

[111] MONDRAGÓN MARTÍN, Hilario, *op.cit.,* pág. 243.

[112] *Ibídem*, pág. 243 y ss.

[113] LEY 10/2023, de 30 de marzo, de modificación del Libro Tercero del Código del Derecho Foral de Aragón, relativo a las sucesiones por causa de muerte. Publicado el 17/04/2023 (Nº 72). El Proyecto de Ley de modificación del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad, aprobado a trámite el 7/ 02/2024, no afectara a esta materia.

[114] Artículo 328. Causas de indignidad. Son incapaces de suceder por causa de indignidad: a) Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus descendientes. b) El que fuere condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida del causante, de su cónyuge o pareja estable no casada, descendientes o ascendientes, contra la vida del fiduciario o contra la vida de otro llamado a la herencia cuya muerte favorezca en la sucesión al indigno. c) El que fuere condenado por sentencia frme a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad o autoridad familiar, tutela, guarda o acogimiento familiar, en las sucesiones de las personas sobre las que versará la pena y sus descendientes. d) El que fuere condenado por sentencia firme por acusación o denuncia falsa contra el causante o el fiduciario, en relación con un delito para el cual la ley señale una

pena grave. e) El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del causante, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando esta no hubiera procedido ya de oficio. f) El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al causante o al fiduciario a otorgar, revocar o modificar las disposiciones sucesorias. g) El que por iguales medios impidiera a otro otorgar pacto sucesorio, testamento o acto de ejecución de la fiducia, o revocar o modificar los que tuviese hechos, o suplantare, ocultare o alterare otros posteriores. h) Cuando el causante haya precisado de medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica: — El que, sin causa justificada para ello, no aceptase la responsabilidad del ejercicio de medidas de apoyo o renunciase a la misma. — El que por acción u omisión negligente o dolosa haya sido judicialmente removido de la responsabilidad del ejercicio de medidas de apoyo."

[115] BERMEJO PUMAR, María Mercedes, "Atribuciones legales (legítimas, los derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas)" *op.cit.,* pág.1234.

[116] BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *op.cit.,* pág. 1236 y ss.

[117] SERRANO GARCÍA, José Antonio, *op.cit.,* "La legítima en Aragón…", págs. 67 y ss.

[118] *Op.cit.*, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, considera que "el llamamiento sucesorio troncal, se ha fundamentado en la última proposición del Fuero único de 1247, en los Fueros 1º y 2º de 1311 y 1461 respectivamente en el 5º de 1436".

[119] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, establece que, si bien la troncalidad tiene un gran arraigo histórico, en 1999 se limitó su aplicación en la Ley de sucesiones por causa de muerte, y se ha ido reduciendo también por sentencias del Tribunal Superior de justicia aragonés. "Sucesión troncal Aragonesa y comparación con la del Derecho Vasco ante una eventual reforma", *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = ZuzenbidearenEuskalAkademiarenaldizkaria,* núm. 23, 2012, pág. 25 y ss.

[120] "Otrosí", todo hombre o mujer estando en su sana memoria puede mandar todo lo suyo o parte de ello a quien quisiere, por Dios, é por su alma o por servicio que le hizo".

[121] MONASTERIO ASPIRI, Itziar, "La metodología: prácticas y principios del análisis de documentos. Derecho Civil foral (ss. XVII-XIX), *el Derecho Civil Vasco del Siglo XXI, De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros,* Victoria-Gasteiz, 2016, pág. 63 y ss.

[122] MONASTERIO ASPIRI, Itziar, MONASTERIO ASPIRI, Itziar, "La metodología: prácticas y principios del análisis de documentos". Derecho Civil foral (ss. XVII-XIX), *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI, De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Victoria-Gasteiz, 2016, pág. 66 y ss.

[123] *Ibídem,* pág. 67 y ss.

[124] MONDRAGÓN MARTÍN, Hilario, considera que el fuero nuevo de Bizkaia, introdujo por primera vez la legítima, *op.cit*., pág. 279.

[125] Ley de 1 de julio de 1992, BOPV núm. 153 de 07 de agosto de 1992 y BOE núm. 39 de 15 de Febrero de 2012 Vigencia desde 07 de Noviembre de 1992.

[126] BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *Instituciones de Derecho Privado…,* pág. 1430.

[127] Publicado en BOPV núm. 249 de 30 de diciembre de 1999.

[128] La Ley 5/ 2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015.

[129] GALICIA AIZPURUA, Gorka, ,"La sucesión forzosa: planteamiento general" el Derecho Civil Vasco del Siglo XXI, De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros, Victoria-Gasteiz, 2016", pág. 389 y ss.

[130] Manteniendo el CC un carácter supletorio, en defecto de ley o costumbre.

[131] GALICIA AIZPURUA, Gorka, *op.cit.,* "La sucesión forzosa...", pág. 389 ss.

[132] El artículo 17 de la Ley 1 de julio de 1992 establece que "a través de la troncalidad se protege el carácter familiar del patrimonio. 2. En virtud de la troncalidad, el titular de los bienes raíces solamente puede disponer de los mismos respetando los derechos de los parientes tronqueros.3. Los actos de disposición que vulneren los derechos de los parientes tronqueros podrán ser impugnados en la forma y con los efectos que se establecen en el presente Fuero Civil."

[133] BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *op.cit.,* pág. 1439.

[134] Los hijos premuertos al causante o desheredados serán sustituidos o representados por sus descendientes.

[135] GALICIA AIZPURUA, Gorka, *op.cit.* ,pág. 428 y ss.

[136] BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *op.cit.,* pág. 1441.

[137] GALICIA AIZPURUA, Gorka, *op.cit.,* pág. 420.

[138] FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús, *op.cit.,* pág. 427.

[139] BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *op.cit*., pág. 1450.

[140] "Artículo 51. Apartamiento y preterición de legitimarios. 1. El causante podrá disponer de la legítima a favor de sus nietos o descendientes posteriores, aunque vivan los padres o ascendientes de aquéllos. 2. La preterición de todos los herederos forzosos hace nulas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial. 3. El heredero forzoso apartado expresa o tácitamente conserva sus derechos frente a terceros cuando el testamento lesione la legítima colectiva".

[141] BERMEJO PUMAR, María Mercedes, *op.cit.,* pág. 1450 y ss.

[142] Artículo 143.Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente

1.° Los cónyuges.

2.° Los ascendientes y descendientes.

Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación.

[143] GALICIA AIZPURUA, Gorka, *op. cit.,* pág. 394 y ss.

[144] FRANCISCO DE BORJA IRIARTE, Ángel, "La actualización del Derecho Civil Vasco en el año 2015", Iura Vasconiae, Revista de Derecho Histórico y autonómico de Vasconia, núm. 13, 2016. pág. 331.

[145] FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús, "Deudas y herencia: una visión desde la Ley de Derecho Civil VVasco"*,: Boletín de la Academia Vasca de Derecho Bizkaia*,1de

[146] GALICIA AIZPURUA, Gorka, "La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco)", *Aranzadi civil-mercantil, Revista doctrinal*, núm. 5, 2016, págs. 77 y ss.

[147] BARRIO GALLARDO, Aurelio, "El largo camino…",*op.cit.*, pág. 535 y ss.

[148] TORRES GARCÍA, Teodora, "Legítima, legitimarios y libertad de testar", Derecho de sucesiones: presente y futuro : XI [i.e. XII] Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006, ISBN 84-8371-634-8, pág. 173 y ss.

[149] BARRIO GALLARDO, Aurelio, "*El largo camino* pág.563 y ss.

[150] *Op.cit.*,FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús, pág. 661 y ss.

[151] VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "El apartamiento y…*",* pág. 4 y ss.

[152] VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *op.cit.,* pág.5, ASTORQUI, Antonio, *Introducción al derecho de Vizcaya y Alava, Bilbao*, 1964, pág.112 y ss.

[153] *Op.cit.,* FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús, pág.429 y ss.

[154] *Op.cit.*,GALICIA AIZPURUA, Gorka, "La sucesión forzosa: planteamiento general…", pág. 413 y ss.

[155] Vid., BERMEJO PUMAR, María Mercedes, Instituciones de Derecho Privado…, *op. cit*., pág. 1439.

[156] Se trata de una figura con gran tradición histórica que aparecía regulada en el fuero 1452, y establecía en su capítulo 112 que "todos los bienes inmuebles, y también los comprados a extraños por el causante, son raíces o troncales y en consecuencia deben transmitirse a los hijos que como descendientes del tronco, son los únicos tronqueros".*Vid.,* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *op.cit.,* pág. 27 y ss.

[157] GOROSTIZA VICENTE, José Miguel, "La troncalidad en Bizkaia: una concepción original de propiedad colectiva familiar", *Iuravasconiae Revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia,* núm. 2, 2005, págs. 333 y ss.

[158] MARTÍN OSTANTE, Luis Carlos y SEISDEDOS MUIÑO, Ana, nos dan una idea general de la troncalidad, como se entiende en el Derecho civil foral de Vizcaya y Álava, " se aplica a la sucesión mortis causa pero no solo en la sucesión intestada sino también como una modalidad de sucesión forzosa…, que se considera como un instituto de Derecho económico-familiar, que genera una limitación de los poderes dispositivos del titular de un bien inmueble …, donde dos o más sujetos se vinculan por relación con un bien…", se trata pues de un derecho de preferencia con respecto de los bienes denominados troncales,*Derechos Civiles de España,* Dir. BERCOVITZ, Rodrigo, MARTÍNEZ-SIMANCAS, Julián, Aranzadi, Marzo, 2000, pág. 240 y ss.

[159] Prosigue el artículo 60 en su punto segundo "Se entiende por infanzonado o tierra llana todo el territorio histórico de Bizkaia, con excepción de la parte no aforada del territorio de las villas de Balmaseda, Bermeo, Bilbao, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina-Xemein, Ondarroa, Otxandio, Portugalete, Plentzia y la ciudad de Orduña".

[160] TAPIA PARREÑO, José Jaime, "El fenómeno sucesorio en Araba", *el Derecho Civil Vasco del Siglo XXI, De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros,* Victoria-Gasteiz, 2016, pág.348 y ss.

[161] Artículo 48.3 de la Ley 5/ 2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

[162] TAPIA PARREÑO, José Jaime, *op.cit.,* pág. 354.

1.5. Obligaciones y contratos

Arrendamiento inmobiliario: Impago de la renta y desahucio, ¿cambio de doctrina jurisprudencial?

Real estate lease: Non-payment of rent and eviction, a change in legal doctrine?

por

ROBERT REINHART SCHULLER

Investigador predoctoral en formación FPI-UR/CAR 2022

Universidad de La Rioja

RESUMEN: El abono de la renta constituye la contraprestación esencial por la cesión del uso de una cosa. El incumplimiento del pago, según la legislación especial, dará derecho al arrendador a la resolución del contrato. El desahucio constituye la pieza central para la recuperación del bien. Sin embargo, recientemente se ha puesto en duda una doctrina consolidada del TS, con lo cual, se pretende analizar la evolución jurisprudencial del impago y el desahucio. De ese modo, se responderá a la pregunta: ¿el mero retraso en el pago de la renta da derecho al desahucio? O, al contrario, ¿existen ciertas circunstancias que podrían limitar tal derecho?

ABSTRACT: The payment of rent constitutes the essential consideration for the transfer of the use of a thing. Failure to pay, according to special legislation, will entitle the landlord to terminate the contract. Eviction is the central piece for the recovery of the good. However, recently a consolidated doctrine of the TS has been called into question, which is why it is intended to analyze the jurisprudential evolution of non-payment and eviction. In this way, the question will be answered: does the mere delay in the payment of rent give the right to eviction? Or on the contrary, are there certain circumstances that could limit such right?

PALABRAS CLAVE: Arrendamiento inmobiliario, retraso, impago, desahucio, circunstancias especiales, enervación, diligencia.

KEYWORDS: Real estate lease, delay, non-payment, eviction, specials circumstances, enervation, diligence.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EXTINCIÓN DEL CONTRATO: 1. Los supuestos de hecho contemplados en los artículos 26 y 28 de la LAU. 2.De la remisión del apartado primero del art.27 de la LAU. 3. Introducción al apartado segundo del artículo 27 de la LAU. 4. Falta de pago de la renta. *4.A. Jurisprudencia anterior a 2008.* 4.A.a) Postura flexible. 4.A.b) Postura rígida. 4.A.c) Otros factores a tener en cuenta. *4.B. Doctrina del TS a partir del año 2008.* 4.B.a) La STS 755/2008 de 24 de julio como punto de partida. *4.C. La importancia de la desatendida STS 210/2022 de 15 de marzo*.—III. LA STS 1065/2024 DE 23 DE JULIO: 1. Antecedentes de hecho. 2. Fundamentos jurídicos. 3. Comentario.—IV. CONCLUSIONES.—V. JURISPRUDENCIA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La STS 1065/2024 de 23 de julio invita a una serie de reflexiones. A raíz de esta sentencia se ha manifestado que se ha producido un cambio de doctrina, pues el mero retraso o impago de la cuota no sería, según las circunstancias, suficientes para el desahucio y resolución del contrato. En otras palabras, el sistema puramente objetivo se flexibiliza con el fin de acaparar, como anormalidad, ciertas situaciones excepcionales que no lleguen a frustrar la finalidad del contrato[1].

Sin embargo, para constatar si realmente hubo cambio de doctrina, conviene conocer la postura anterior del TS, así como las discrepancias entre las AP que dieron lugar a una doctrina consolidada del TS, la cual se dice que se modifica mediante la STS 1065/2024 de 23 de julio.

Aunque se realizará una introducción sobre otras circunstancias que pudieran dar lugar a la terminación del contrato, desde el punto de vista de la Ley 29/1994 de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos[2], interesa el art.27.2, en el cual se estipula:

"2. Además, el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato por las siguientes causas:

a) La falta de pago de la renta o, en su caso, de cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario[3]".

Para seguir un orden cronológico, pero que también permita comprender el fenómeno, en primer lugar, se mencionarán otras formas de terminación del contrato de arrendamiento inmobiliario. Con posterioridad, se analizará la jurisprudencia relativa al retraso en el pago de la renta, su asimilación a un mero retraso o un incumplimiento, así como los pronunciamientos del TS sobre la materia. Finalmente, una vez conocido el recorrido jurisprudencial, se estudiará el supuesto de hecho de la STS 1065/2024 de 23 de julio y se procederá a su comentario crítico.

II. EXTINCIÓN DEL CONTRATO.

1. Los supuestos de hecho contemplados en los artículos 26 y 28 de la LAU

Para averiguar los resultados de la sentencia que se comenta es necesario conocer el estado de la regulación actual, así como el criterio jurisprudencial. Desde

un punto de vista de la ubicación normativa, la remisión se hace a la LAU, TÍTULO II, de los arrendamientos de vivienda, concretamente el capítulo V titulado como "de la suspensión, resolución y extinción del contrato".

La resolución del contrato constituye un supuesto de extinción de este, pero refiere PARRA LUCÁN *(et al.)* que el legislador ha optado por la distinción terminológica debido a motivos de índole práctica. Es decir, sostiene que la resolución ha sido contemplada como una causa de extinción contractual más conflictiva, de modo que es necesario dotarla de un tratamiento particular[4].

Los tres preceptos, artículos 26 a 28, suponen supuestos de hecho que dan lugar a la extinción contractual. Del artículo 26, LAU, se contemplan dos opciones, la del desistimiento por parte del arrendatario o la suspensión de la renta. Para que tenga lugar su aplicación, será necesario que se lleven a cabo obras de conservación u obras que provengan de un mandato de autoridad competente, además, en ambos casos ha de coincidir que las obras den lugar a que la vivienda sea temporalmente inhabitable. El precepto no establece un lapso temporal concreto para entender desde cuándo sería viable acudir a estas soluciones, y si predomina ante una obra de conservación, de corta duración, la suspensión de la renta en vez del desistimiento del contrato.

En el artículo 28 se dice:

"*El contrato de arrendamiento se extinguirá, además de por las restantes causas contempladas en el presente Título, por las siguientes:*

a) Por la pérdida de la finca arrendada por causa no imputable al arrendador.

b) Por la declaración firme de ruina acordada por la autoridad competente".

El precepto obliga a indagar otros supuestos, dentro del Título II, que puedan dar lugar a la extinción del contrato. Claro ejemplo de ello cuando finalice el plazo pactado o cualquiera de sus prórrogas, véase los artículos 9, 10, 13 y 16 de la LAU.

Otro supuesto usual, con anterioridad a la reforma operada por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, constituía la venta quita-renta, cuando el contrato no estuviera inscrito en el Registro de la Propiedad. En la actualidad, en el apartado tercero del artículo 13 se dice:

"*3. Durarán cinco años los arrendamientos de vivienda ajena que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad, o que parezca serlo en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el artículo 9.1, salvo que el referido propietario sea persona jurídica, en cuyo caso durarán siete años*[5]".

Una opción distinta, aunque quizás inusual hoy en día, debido a la situación de la vivienda, consistiría en el desistimiento por parte del arrendatario. La LAU marca como requisitos para que el arrendatario pueda hacer uso de esta facultad que:

1. Hayan transcurrido al menos seis meses desde la perfección del contrato, y que hubiera un preaviso al arrendador con una antelación de al menos treinta días[6].

Sin pretensión de exhaustividad, otro ejemplo lo podría constituir la necesidad de vivienda por parte del arrendador. El motivo para que se produzca la extinción debe consistir en que la necesite de forma permanente para sí mismo o

sus familiares, en primer grado de consanguinidad, para su cónyuge en caso de que hubiera recaído sentencia firme de separación divorcio, nulidad matrimonial, pero también en casos de adopción[7].

2. De la remisión del apartado primero del art.27 de la LAU

En la exegesis del artículo 27 de la LAU es necesario distinguir entre dos supuestos de hecho con requisitos distintos[8]. Es decir, en primer lugar, se encontraría la formulación del apartado primero, con una remisión expresa al CC, mientras que el segundo dota a los supuestos de hecho, en el recogidos, de una mayor especialidad.

Con el fin de centrar el debate y comprender el posible cambio de doctrina, conviene conocer el funcionamiento y requisitos de ambos apartados.

Comienza el apartado primero del art.27 de la LAU: *"El incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones resultantes del contrato dará derecho a la parte que hubiere cumplido las suyas a exigir el cumplimiento de la obligación o a promover la resolución del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código Civil[9]"*.

Es decir, el primer apartado instaura una posibilidad de recurrir a la facultad resolutoria prevista en el CC. Esta remisión es en defecto de previsión expresa del apartado segundo del art.27 de la LAU. Lo cual es útil, pues en principio se deja un régimen diverso a la posibilidad de exigir la resolución, aun en los casos no mencionados y comprendidos en dicho apartado. Ahora bien, esa remisión supone para el arrendador realizar un juicio de ponderación. Quiere decirse con esto, analizar si el incumplimiento de una obligación no prevista en el apartado segundo, si conforme al art.1124 llega a cumplir con la entidad e importancia que la jurisprudencia requiere para que solicite la resolución contractual. Esto es, que no se trate de una obligación de carácter accesorio o complementario, sino que el incumplimiento se refiera a una obligación principal[10]. Salvo previsión expresa por las partes, dotando a dicha obligación de un carácter esencial, corresponderá al juzgador como interprete valorar si el incumplimiento tiene la suficiente entidad para adjudicar la resolución contractual[11]. Con lo cual, resulta más deseable que las partes doten a una determinada obligación de la importancia que consideren. Este actuar supondría eliminar, en principio, el arbitrio y ponderación del juez, para dotar de motivo resolutorio aquellos incumplimientos que consideren más relevantes.

La dotación de carácter esencial, sobre la base de este precepto, y sin el análisis de los requisitos del artículo 1124 del Código civil puede observarse en la SAP Barcelona (Secc.4ª) 728/2003 de 30 de octubre. El supuesto de hecho ha de resumirse del siguiente modo. En un contrato de arrendamiento de vivienda se pacta una cláusula específica respecto de los sujetos que gozarán del inmueble. Junto al arrendatario demandado cabe destacar la presencia del hijo de la arrendataria, quien no sería arrendatario, sino que únicamente disfrutará de parte de la vivienda, siendo consciente el arrendatario, según la cláusula por la cual se regula quienes serían los sujetos que convivirán y utilizarán la vivienda.

Concretamente, en la cláusula dieciséis del anexo se estipuló: ""*El arrendatario reconoce que convivirán en la vivienda juntamente con él, las siguientes personas: Emilio, Carlos Miguel, Jesús Carlos*[12]".

Jesús Carlos ingresa en el hospital, tras un tiempo de recuperación en casa de un familiar pretende volver a utilizar la vivienda, pero el arrendatario no le hace entrega de las llaves, de modo que le es imposible entrar a la vivienda. La arrendadora decide, ante la actitud del arrendador, interponer demanda de resolución contractual[13]. Sin embargo, aunque en la cláusula no hubiera un pronunciamiento expreso sobre las consecuencias que tendría el incumplimiento de esta, la AP interpreta que: "*El artículo 27.1 de la vigente LAU establece que el incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones resultantes del contrato dará derecho a la parte que hubiere cumplido las suyas a exigir el cumplimiento de la obligación o a promover la resolución del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil, por lo que, dado el incumplimiento del arrendatario demandado, procede estimar la acción de resolución ejercitada por la parte actora*".

La AP no hace un análisis exhaustivo, ni siquiera verifica los requisitos del art.1124 del CC[14], pues simplemente presume que la voluntad fue dotar a dicha cláusula de una entidad resolutoria, no siendo una cláusula meramente accesoria del contrato. Sin embargo, conforme a lo expresado por la doctrina, existen ciertas dudas de si la cláusula en cuestión tiene la entidad resolutoria necesaria. Pues hay que tener en cuenta que se ha manifestado:

"*Sólo si ese incumplimiento hace decaer las expectativas de cualquiera de las partes, podrá acudirse al mecanismo de la resolución. Producirán este efecto: 1) el incumplimiento de obligaciones que las partes hayan establecido en el contrato y donde expresamente hayan previsto la resolución como sanción; 2) el incumplimiento de la obligación de utilizar y cuidar la vivienda con la diligencia de un buen padre de familia (art. 1569.4.º CC). Queda descartado, por tanto, el incumplimiento de obligaciones secundarias o accesoria como causa de resolución*[15]".

Para LÓPEZ MAZA el art.27.1 de la LAU, dada la remisión hecha al art.1124, permite optar por el cumplimiento de la obligación incumplida o por la resolución del contrato. Ahora bien, resulta imposible el ejercicio simultáneo y conjunto de ambas, pero si se solicitara el cumplimiento y este deviniera imposible, se podrá acudir a la resolución como opción[16].

3. Introducción al apartado segundo del artículo 27 de la LAU

La doctrina se ha pronunciado que la diferencia frente al apartado primero, del art.27 de la LAU, estribaría en que en el segundo se trata de una resolución automática[17]. En otras palabras, el legislador ha contemplado una serie de supuestos que no deben cumplir con los requisitos del art.1124 para que se decrete la resolución del contrato[18]. Es decir, se considera directamente que el incumplimiento de esas seis obligaciones reviste un carácter esencial. De esta forma, también se elimina la facultad del juzgador para señalar un plazo de cumplimiento, todo ello en virtud del art.1124 del CC.

Las seis obligaciones que se recogen y que revisten el carácter de principales no son meramente ejemplificativas, sino que constituyen un conjunto cerrado[19].

Con lo cual, para lo que aquí interesa, al especializarse este régimen, el mero incumplimiento supondría la posibilidad de resolver el contrato, aunque no se cumplieran en el caso concreto con los requisitos del art.1124. De esta forma, el impago o el retraso en la renta por parte del arrendatario, así como otro tipo de cantidades, aunque desde el prisma del artículo 1124 no se considerase un incumplimiento esencial y relevante, desde el punto de vista del apartado segundo constituiría una causa de resolución. Claro está, siempre y cuando no pueda haber lugar al uso de la enervación de la acción de desahucio[20].

La opinión sobre lo que constituye el objeto del trabajo, y si realmente ha habido cambio de doctrina, se deduce también cuando se ha afirmado que si bien el artículo 27.2 de la LAU se aparta del art.1124 del CC, lo anterior no supone que no se apliquen a la resolución los demás criterios de la acción resolutoria. Quiere decirse con ello, que la doctrina se ha referido a la situación en la cual se pretende resolver el contrato por parte del arrendador, pero este no había cumplido previamente sus obligaciones. En otras palabras, si el arrendatario puede hacer uso del impedimento genérico en la materia, conocido como la *exceptio non adimpleti contractus*. Expresamente se ha llegado a manifestar: *"la acción ejercitada con base en el art. 27.2 LAU tiene verdadero carácter resolutorio y, a falta de cualquier otra especificación prevista en la LAU que la distinga en sus mecanismos o en sus efectos de la acción resolutoria genérica, deberán aplicarse todos los criterios que la doctrina y la jurisprudencia vienen reconociendo para que proceda la declaración de ineficacia contratcual por la vía del art. 1124[21]"*. Pero, hay que recordar que estos procesos no producen efectos de cosa juzgada, art.447.2. LEC. De ese modo, el arrendatario podría acudir a un proceso ordinario para así poner de manifiesto el incumplimiento previo del arrendador[22].

4. Falta de pago de la renta

Constituye el comentario al artículo 27.2.a de la LAU una de las claves para entender la sentencia que se pretende analizar. Se estipula en este precepto que:

"2. Además, el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato por las siguientes causas:

a) La falta de pago de la renta o, en su caso, de cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario[23]".

Sin necesidad de discusión alguna, el pago de la renta constituye la contraprestación por la cesión del uso de una cosa, siendo la obligación esencial del arrendatario. Se ha dicho sobre su incumplimiento que: *"Al tratarse de una obligación esencial, su incumplimiento siempre va a ser relevante y va a provocar el efecto resolutorio del contrato, si el arrendador así lo desea. El arrendatario no tiene excusa para incumplirla, ni siquiera el previo incumplimiento del arrendador[24]"*.

Sin embargo, como se verá a lo largo del comentario, han existido distintas puntualizaciones en orden a determinar la mora o incumplimiento del pago. El plazo pactado, en relación con el pago de la renta, constituye el momento en el cual el arrendatario, junto al lugar pactado y modo, debe abonar la renta. A partir de ese momento, según la interpretación y conducta del arrendador, pudiera estarse ante un mero retraso en el pago de la renta o un incumplimiento con entidad

resolutoria. En términos más claros, transcurrido el plazo pactado y sin abonar la renta, existirá un incumplimiento por parte del arrendatario, cosa distinta es que este llegue a tener entidad resolutoria o finalmente se considere un mero retraso. La clave consiste en descifrar la consecuencia de tal acto, debiendo aunar a lo anterior las circunstancias que pudieron llevar al impago puntual de la renta. A modo de ejemplo, aunque con posterioridad se volverá, dice la SAP Barcelona (Secc.13ª) 303/2004 de 17 de mayo, que: "*El momento al que hay que referirse para entender que no se trata de un mero retraso, sino de un verdadero impago, es el de la presentación de la demanda, momento en que comienza la litispendencia y se genera el efecto jurídico procesal de la perpetuatio jurisdicciones*[25]".

4.A. Jurisprudencia anterior a 2008

4.A.a) Postura flexible

Se dice en la SAP Cuenca 225/1997 de 30 de octubre, que la contraprestación (pago) a la obligación del arrendador de ceder el uso de la cosa arrendada constituye obligación primordial del arrendatario, de tal modo que su incumplimiento facultará al arrendador a instar la resolución del contrato locativo al amparo de lo que dispone el art. 114.1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos[26] o el art.27.2.a de la LAU del año 1994.

Esta AP es la muestra de un criterio más flexible, a favor del arrendatario, respecto a cuándo puede el arrendador solicitar la resolución contractual. De modo que dice que debe concurrir:

1. Una voluntad receptora de cobro por parte del arrendador[27].
2. Incumplimiento del arrendatario, el cual ha de cumplir con el parámetro de la voluntad deliberada y rebelde al cumplimiento de su obligación[28].
3. Con lo cual, el mero retraso en el abono de la renta no sería suficiente, más en las situaciones en las cuales existiera tolerancia por parte del arrendador; casos estos en los que si el arrendador ejercitara la acción resolutoria conduciría a un abuso de derecho por su parte.

Supuesto de hecho este que tiene importancia, pues tiene en cuenta la conducta, no solo de tolerancia de la propia arrendadora, sino también el intento del empleado del arrendatario, el cual se personó en el domicilio del arrendador, durante varios días, y no encontró al administrador hasta días posteriores. Día, cuando encontró al administrador, en el cual ya se había presentado la demandada de desahucio, sin habérselo hecho saber al representante del arrendatario. De ese modo no solo aprecian que el arrendador ha actuado en contra de sus propios actos, sino que también el incumplimiento no tuvo la entidad resolutoria suficiente.

En la SAP Las Palmas (Secc.4ª) 420/1999 de 6 de julio se ha puesto de manifestó que: "*para que concurra la causa resolutoria prevista en el art. 27.2º a) de la vigente LAU (RCL 1994\3272 y RCL\1995\1141), a saber resolución del contrato locativo por falta de pago de la renta o cantidades asimiladas es necesario que se dé un propio y verdadero incumplimiento contractual, que se dé una voluntad manifiesta de incumplir o actitud rebelde que impida el fin normal del contrato frustrando las*

legítimas expectativas de la parte. No lo constituye por su escasa entidad el simple retraso o cumplimiento tardío de la obligación".

En este supuesto se pactó que la renta debía abonarse en el transcurso de los primeros siete días del mes. No se abona una mensualidad en el tiempo pactado, la demanda se interpone el día 27 y ese mismo día el arrendatario abonó la renta mediante ingreso bancario. Es decir, el pago se realizó antes de la admisión a trámite de la demanda[29], lo cual supone para la AP que el arrendatario desconociera tal hecho, pero también que la relación jurídico-procesal no se hubiera constituido todavía. Todo esto supone, para la AP, que interprete que existe un mero retraso en el pago de la renta y no un incumplimiento de rango resolutorio. Con lo cual, no deberían aplicarse las consecuencias gravosas de la resolución del contrato. Ahora bien, a modo de *obiter dictum* dice la AP que el arrendatario deberá tomar precaución en relación con situaciones futuras. De este modo, la AP diferencia entre un retraso puntual, ocasional, el cual no tendría gravedad para facultar la resolución contractual, entre retrasos reiterados[30], debido a la dejadez del arrendatario, los cuales cambiarían la naturaleza de la clasificación. En otras palabras, que se sucedan diversos retrasos en el tiempo supone que el arrendador pueda solicitar la resolución contractual, pues lo anterior constituiría un verdadero incumplimiento.

4.A.b) Postura rígida

En otras ocasiones, el adeudo de dos mensualidades, en caso de enervación previa, han sido suficientes para decretar el desahucio. Interesa de la SAP Barcelona (Secc.4ª) 2 de septiembre de 1998, la conducta del arrendatario. Una vez interpuesta la demanda de desahucio, pasados tres días, este abona la renta, pero el arrendador rechaza tal acto; con lo cual, procede a consignación judicial. Recuerda la AP la importancia de que la cantidad adeudada, a efectos del juicio de desahucio, esté determinada. Por otro lado, dispone que: "*También se ha declarado en numerosas ocasiones que obligación fundamental del arrendatario es la de pagar la renta, al margen de la actitud del arrendador, debiendo, en su caso, utilizar los procedimientos adecuados para constituir en mora al acreedor, así como que, en caso de discrepancia sobre la cuantía de la renta, el arrendatario se liberará, en tanto se declare otra cosa por los Tribunales, pagando o consignando la cantidad última pacífica entre las partes*".

De la SAP Cantabria (Sec.4ª) 26/2000 de 8 de septiembre interesa: "*Dos son los motivos de apelación que se plantean en el escrito de recurso. Mediante el primero (con cita de cierta jurisprudencia provincial que no compartimos) viene a sostenerse que no cabe hablar de impago de rentas arrendaticias, sino de simple retraso, cuando el inquilino abona las debidas, antes de tener conocimiento de que contra él se ha formulado demanda de desahucio por impago; tesis esta que no compartimos, porque entraña confusión de los planos civil y procesal. Y es que una cosa es el impago, realidad de orden civil, que se produce cuando, vencido el término pactado para satisfacer la renta, ésta no se paga; y otra, la posible enervación de una acción como la de desahucio (nacida legalmente del hecho del impago), cuestión de orden procesal. Esta enervación, facultad que por razones de orden social y económico se*

concede al arrendatario, presupone siempre, como hecho previo, el impago de una o varias rentas".

Por el otro lado, en la SAP Asturias (Secc.7ª) 273/2002 de 30 de abril que el pago de la renta constituye una obligación esencial[31], y que el mero retraso permite al arrendador solicitar la resolución contractual. Sin embargo, la AP se atiene a los hechos y usos de la relación arrendaticia concreta.

Y llega a afirmar que: "*La propia actora admitía pagos atrasados[32] y ahora contrariamente a la buena fe hace valer una pretensión contradictoria a como ha venido comportándose habitualmente, quebrantando así la confianza de la contraparte en coherencia con la conducta socialmente esperada y exigible conforme a los principios de la buena fe, y conocedora de la imposibilidad de enervar la acción por la arrendataria. La tolerancia del arrendador viene generando la confianza en el arrendatario de que tales atrasos son admitidos, y que no serán utilizados en un momento determinado, sorpresivamente como pretendidos impagos, máxime cuando la situación viene produciéndose durante dilatado período de tiempo, sin que conste protesta alguna por el arrendador, quien también admitió demoras en el pago*". Lo cual hace que la AP aprecie que no haya lugar a un incumplimiento con entidad resolutoria, sino que únicamente ha existido un retraso en el pago, el cual venía siendo consentido por el arrendador.

4.A.c) Otros factores a tener en cuenta

La doctrina que se propone, a efectos del trabajo, tiene su exponente, desde un punto de vista práctico en la sentencia que se analiza[33]. Previamente hubo enervación, pero con posterioridad, por circunstancias ajenas al arrendatario, la renta no se abonó en el plazo estipulado. El arrendatario realizaba los pagos mediante transferencia bancaria, de modo que existía un mandato, el cual la entidad debía cumplir conforme a lo pactado. El acuerdo consistió en que la entidad bancaria debía de transferir, de forma automática, durante los cinco primeros días del mes, la cantidad pactada. El retraso, según manifiesta el delegado de la entidad bancaria, tuvo ocasión debido a una elección de prioridades por parte de la entidad. Es decir, con la entrada en vigor del euro se dio preponderancia a su implementación, de modo que dejaron de lado algunas tareas, sin tener en cuenta las repercusiones que tales hechos podrían tener para sus clientes. Lo curioso del supuesto de hecho son varios puntos, que la renta se abonó el día nueve, en vez del cinco, pero el día ocho la arrendadora ya había interpuesto demanda de desahucio. Además, cabe añadir que desde ese entonces no volvió a haber impuntualidad alguna en el pago de la renta.

Finalmente, la AP concluye que: "*Cuando el art. 35 de la LAU dice que el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato de arrendamiento por (entre otros motivos) falta de pago de la renta (art. 27.2 a) de la meritada Ley) viene a referirse aunque no lo diga expresamente a una situación clara de impago y no de mero retraso, y ello dada la trascendencia que deriva del supuesto contemplado en aquellos artículos. Aunque es difícil deslindar cuando se evidencia un impago y cuando un simple retraso en pagar, entiende la Sala que en un supuesto como el de autos en que el período de tiempo transcurrido entre la fecha de la obligación de satisfacer la renta*

y la efectividad de su abono es muy breve (4 días), y en que la falta de pago se debió a problemática ajena al arrendatario, así como que se venía pagando el alquiler desde hacía mucho tiempo sin ocurrencia de contrariedad, se debe entender que no hubo voluntad renuente de dejar de pagar la renta y sí un mero retraso por un brevísimo período de tiempo que no merece una sanción tan relevante como la de provocar un desahucio[34]".

Basta tener en cuenta, que sobre la enervación se ha venido discutiendo cuándo se produce, es decir, desde qué momento puede entenderse que el arrendatario enervó el contrato. Para la SAP Valladolid (Secc.1ª) de 14 de marzo, ese momento no puede ser otro que el de la presentación de la demanda, pues desde ese momento se entiende iniciado el ejercicio de la acción de desahucio[35].

Para que pueda haber lugar al incumplimiento por parte del arrendatario un factor a tener en cuenta es la determinación de la renta. Es decir, que del contrato se refleje de forma nítida la cantidad que el arrendatario deba abonar, o que se demuestre por parte del arrendador aquello que se le debe. En palabras de la SAP Madrid (Secc.13ª) de 21 de mayo de 2002: "*no puede haber incumplimiento de la obligación allí donde se desconoce en sus elementos esenciales, cuestión que debe venir perfectamente delimitada, como presupuesto de la acción*[36]"

Es decir, cuando se promueve el juicio de desahucio por falta de pago de la renta, su cuantía y los conceptos que la integran han de estar perfectamente definidos, por excluir su naturaleza sumaria y especial cualquier debate, por nimio que sea, sobre un extremo tan esencial que define la acción misma. Cuestión que debe ser objeto de prioritaria decisión.

4.B. Doctrina del TS a partir del año 2008

4.B.a) La STS 755/2008 de 24 de julio como punto de partida.

La STS 755/2008 de 24 de julio constituye el paso para esclarecer la jurisprudencia contradictoria en la falta de pago y el desahucio solicitado por el arrendador. El supuesto de hecho trata de un desahucio por impago, de un arrendamiento de local, sometido a la legislación del año 1964 y por ende al art.114 de la LAU aplicable al caso. Basta saber que existe el impago de una mensualidad y la arrendadora decide optar por el desahucio. Sobre el supuesto de hecho, se halla una información a tener en cuenta en relación a cómo se realizaban los pagos, pues de la STS se extrae: "*Respecto a la cuestión de fondo se trata del impago de la renta del mes de enero de 2001 abonado en el mes de marzo del mismo año por el arrendatario del local, no obstante según se constata de la prueba documental la arrendataria tenia concedida una línea de crédito con la entidad financiera (folio 66) por la que se le facilitaba pagos al descubierto, gozando con la confianza de aquélla (folio 65) produciéndose la devolución del recibo de enero si bien se fueron abonando los posteriores de febrero y marzo así como el del retrasado una vez el arrendatario tuvo conocimiento de la devolución bancaria es obvio pues que no se produce una voluntad morosa de no abonar el recibo mensual por parte de la entidad apelante sino una actuación quizás precipitada de la actora para obtener el*

desahucio dada la existencia de una anterior enervación por lo que al amparo del artículo 7 del Código Civil (LEG 1889, 27) procede estimar el recurso desestimándose la demanda".

El TS consciente de la situación, pues parte de las AP contemplaban que el impago de una mensualidad consistía en un mero retraso y no en causa de resolución del arrendamiento. Mientras que la doctrina opuesta precisa que el pago de la renta fuera de plazo y después de presentada la demanda de desahucio no excluye la aplicabilidad de la causa de resolución arrendaticia, y ello, aunque la demanda se funda en el impago de una única mensualidad de renta[37].

Desde el punto de vista de los hechos, el TS dice que ha quedado probado, en Primera Instancia, que el arrendatario no ha abonado puntualmente la renta correspondiente al mes de enero de 2001 y que se hizo el 7 de marzo de 2001, fecha del primer señalamiento del juicio verbal de desahucio y, por consiguiente, con posterioridad a la presentación de la demanda[38].

Y dice el TS: "*Por ser el contrato de arrendamiento urbano oneroso y conmutativo, es evidente que la primera obligación del arrendatario es la de pagar la renta; por otra parte, salvo cuando las partes hayan acordado que su abono se efectúe en un solo momento, este contrato es de tracto sucesivo y el impago de una sola mensualidad de renta puede motivar la resolución contractual. El arrendador no viene obligado a soportar que el arrendatario se retrase de ordinario en el pago de las rentas periódicas, como aquí ha acaecido, y, en tal coyuntura, debe prosperar su demanda de desahucio si se demuestra tal reiteración*".

Sin embargo, el TS deja una afirmación más que interesante. Pues dice: "*Por último, la demandada no ha demostrado la incidencia de las especiales circunstancias antes aludidas*[39]". La clave, parece ser, que ciertas circunstancias especiales podrían incidir en la decisión del TS, pero estas deben ser demostradas por el arrendatario. De esta sentencia se aprecia que cuando el arrendatario ha enervado un desahucio anterior, una vez que se presenta demanda de desahucio, por falta de abono de la renta, no es necesario que el arrendatario tenga conocimiento de la demanda, y que no abone antes, para que la acción ejercitada sea una resolución automática. Incluso podría desconocer la demanda, la cual ya ha sido presentada, y abonar la renta, pero que el contrato se resuelva y se desahucie, salvo que existan las mencionadas circunstancias especiales.

Por último, sobre el pretendido abuso del derecho dice: "*no abusa del derecho quién lo ejercita y el que pretende la aplicación del artículo 7 del Código Civil (LEG 1889, 27) ha de probar la concurrencia de especiales circunstancias existentes que hagan reprochable la conducta objetivamente adecuada a la norma; en este caso, el derecho no ha sido esgrimido de modo anormal o excesivo, ni de forma desproporcionada: se ejercitó por la arrendadora la acción de desahucio frente al arrendatario por impago de la renta del local de negocio arrendado correspondiente al mes de enero de 2001, con la indicación de que, al no abonar los recibos de renta y demás cantidades adeudadas de los meses de julio y agosto de 2000, entre las mismas partes, se siguió ante el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Zaragoza el juicio de desahucio número 680/2000, que terminó mediante auto de 17 de noviembre de 2000, al declararse enervada la acción ejercitada*". Hecho este que se pone en relación con las llamadas circunstancias especiales que el arrendatario debería probar.

4.B.b) Sentencias posteriores a la STS 755/2008 de 24 de julio

La doctrina antes expuesta se confirma por esta STS[40] creando un cuerpo jurisprudencial. El objeto del debate se circunscribe a si el pago parcial de una mensualidad puede llegar a tener efectos resolutorios. Por otro lado, también se plantea, que habiéndose abonado lo debido, de forma total, antes de la celebración de la vista, si el caso concreto consistiría en un mero retraso en el pago de la renta y no un incumplimiento con entidad resolutoria.

Cabe destacar, que al igual que en el anterior caso, en este también hubo enervación previa, lo cual hizo que no pudiera aplicarse nuevamente. Desde el punto de vista jurídico, el TS sostiene: "*Por ser el contrato de arrendamiento urbano oneroso y conmutativo, es evidente que la primera obligación del arrendatario es la de pagar la renta; por otra parte, salvo cuando las partes hayan acordado que su abono se efectúe en un solo momento, este contrato es de tracto sucesivo y el impago de una sola mensualidad de renta puede motivar la resolución contractual*".

De la STS 193/2009 de 26 de marzo cabe destacar lo siguiente. En el supuesto de hecho enjuiciado, al igual que en los anteriores, existió una enervación previa. De modo que, ante el impago del arrendatario, el arrendador pretende desahuciarlo. El *quid* de la cuestión se encuentra en que la renta se abonó antes de haber sido citado el demandado para la vista del juicio. Nuevamente, el TS vuelve a analizar y observar que para parte de la jurisprudencia dicho abono, con anterioridad a la celebración de la vista, constituiría un mero retraso y no una falta de pago con entidad resolutoria automática. Y dice: "*Por un lado estarían las sentencias de diversos tribunales de apelación según las cuales el pago de la renta por el arrendatario sin haber recibido aún noticia del litigio tiene respecto de éste "únicamente efectos enervadores de la acción, si concurren los requisitos legales que posibilitan la enervación"; y por otro, las contradictorias que consideran que el pago de la renta por el arrendatario "en cualquier momento anterior a su citación a juicio, esto es, sin tener noticias de la interpelación judicial, constituye un mero retraso, con efectos liberatorios*".

La arrendataria alega su postura, sobre la base del art.22.4 de la LEC, pues en este no se señala el *dies a quo* de la enervación de la acción de desahucio. Con lo cual, por remisión al art.440.3, debería darse el comienzo de dicha posibilidad una vez que el arrendatario haya sido citado para la vista; de ese modo, los pagos anteriores no constituirían enervación y sí mero retraso. Por otro lado, alega también que no hubo una voluntad obstativa al incumplimiento del contrato, pues el retraso se debe a una consignación tardía, no por la arrendataria, sino por sus representantes legales en otro proceso. Además, sostiene la arrendataria que siempre ha cumplido hasta dicho momento religiosamente con sus obligaciones. Por otro lado, cabe destacar que el contrato contenía una cláusula por la cual se decía: "*el atraso de ocho días en el pago de alquileres se estima como causa para incoar el desahucio*". Lo cual suponía que el desahucio estuviera condicionado a un factor temporal, es decir, el no abonar la renta en el plazo estipulado. Cabe destacar, desde el punto de vista de los hechos, que la interposición de la demanda de desahucio se realizó el día 22 de marzo de 2002 y la consignación el día 23 de ese mes.

El TS vuelve a reproducir lo dicho en la STS 755/2008 de 24 de julio. Incluso, pese a la nimiedad del retraso en la consignación, estima el TS que no existió abu-

so de derecho por parte de la arrendadora. Por el otro lado, desde el punto de vista de la voluntad de las partes específica: "*cuando el propio contrato estipula un plazo máximo de retraso en el pago, previendo expresamente que después de vencido este plazo el arrendador podrá promover el desahucio, carece de sentido plantearse si un retraso superior constituye ya incumplimiento resolutorio o mero retraso, pues las propias partes lo han configurado como incumplimiento justificativo del desahucio*". Pero, la parte que mejor refleja la doctrina asumida por el TS, y la especialidad del régimen resolutorio arrendaticio, frente al genérico del CC, es la siguiente afirmación: "*de otro, que la consideración de otros plazos diferentes por los tribunales, para distinguir el mero retraso del incumplimiento resolutorio, conduciría a la más absoluta inseguridad jurídica creando un indudable riesgo de arbitrariedad más que de arbitrio judicial, sin perjuicio de que las circunstancias del caso concreto sí puedan y deban ser atendidas para valorar si efectivamente ha existido o no incumplimiento contractual; y por último, que un excesivo proteccionismo de los arrendatarios, sobre todo si raya en el paternalismo, puede generar el indeseable efecto general de retraer la oferta de viviendas en alquiler por el temor de los propietarios a tener que soportar los reiterados incumplimientos de los inquilinos, máxime cuando en muchas ocasiones la necesidad del arrendador de cobrar puntualmente la renta puede ser tan acuciante como la del inquilino de disponer de una vivienda*". Cabe resaltar y enfatizar que el propio TS ya se refiere a las circunstancias del caso como un elemento a valorar del posible incumplimiento contractual. Lo cual hace extraer, que ya ofrecía la posibilidad de probar que el retraso en el pago se debió a circunstancias especiales[41], no a un mero despiste. Ahora bien, el problema consiste en determinar qué tipos de circunstancias pueden avalar que no haya existido un incumplimiento contractual[42]; más concretamente, circunstancias que no tengan que ver con la propia negativa, o actuación del arrendador, donde queda claro que un hecho obstativo propio no puede beneficiarle.

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, hecho este qué podría dar lugar a ciertas dudas, con la nueva llamada doctrina, el TS en esta sentencia llega a manifestar:

"*en segundo lugar, porque permitir ese comportamiento contractual del arrendatario lleva consigo el riesgo de propiciar los pagos impuntuales de la renta debilitando correlativamente el derecho del arrendador a su pago puntual, ya que a éste le resultará imposible saber con certeza si al interponer su demanda, por muy fundada que esté, va a acabar prosperando o no, pues su viabilidad no dependerá tanto de ser ciertos los hechos y pertinentes los fundamentos de derecho de la propia demanda cuanto del factor puramente aleatorio de que el arrendatario decida o no pagar antes de ser citado para la vista*[43]".

De las sentencias que se han ido analizando se ha encontrado un nexo argumentativo común. Y es que las arrendatarias suelen sostener que no tuvieron una verdadera voluntad de incumplir, sino que simplemente hubo un retraso.

Nuevamente se discute sobre a partir de cuándo existe mero retraso e incumplimiento, pero el TS vuelve a aplicar la doctrina ya consolidada[44].

Desde el punto de vista de los hechos, este presenta identidad con los anteriores, pues hubo enervación previa. Las cinco mensualidades debidas se abonaron una vez que la demanda ya se presentó en los juzgados. El TS repite lo dicho en la STS 755/2008 de 24 de julio. Otro de los motivos que se aducen para la defensa de

esta postura consistiría en una mayor defensa del arrendador ante los abusos del inquilino. Interpretación esta que se ajustaría a la realidad, teniendo en cuenta la tendencia del RD ley 2/1985, norma la cual supuso una mayor protección para el arrendador debido a la criticada sobreprotección del arrendatario. Lo cual hace que se esbocen también motivos de índole económica, es decir, de forma que de no seguirse esta vía interpretativa pudiera haber una contracción de la oferta en el mercado arrendataicio.

Pero como tal no debe reconducirse el debate a la enervación, la cual tiene su sentido desde un punto de vista también de la protección del arrendatario. El meollo de la cuestión tiene un trasfondo claro, se debe partir de un incumplimiento puramente objetivo, como elemento suficiente para poder resolver el contrato, o deben apreciarse otras circunstancias, las cuales podrían tener incidencia en el origen del retraso en el pago de la renta. Nuevamente se debe traer a colación los casos fortuitos o fuerza mayor, pero y por qué no también la propia buena fe del arrendador. Nótese que con esto último se quiere invitar a analizar, si de algún modo el arrendador obstaculizó que el arrendatario pudiera cumplir en forma. En este caso parece ser claro, pues sería más que injusto y contrario a los principios generales del derecho que el arrendador pudiera resolver el contrato.

La dificultad se presencia en las situaciones en las que la conducta del arrendador nada tuvo que ver en el retraso del pago, y es aquí dónde surgen numerosas incógnitas, las cuales pueden ser vistas como un equilibrio del contrato, o una posición más favorable a un sujeto u otro dependiendo como se interprete la realidad social del momento. Con lo cual, aquí ya no dependerá de que se produzca un pago antes de un determinado momento, sino el por qué del motivo por el cual no se produjo el abono. Las circunstancias para apreciar aquí deben ser limitadas, pues no puede apreciarse y beneficiarse al arrendatario sí este fue negligente. Pongase en la situación de que se hubiera pactado que la renta se abonase mediante *bizum*, siempre en los primeros ocho días del mes, pero el arrendatario se olvida[45], puesto que se encontraba de vacaciones disfrutando de su merecido descanso. Este se acuerda el día once, e inmediatamente abona lo debido al arrendador. Sin embargo, el arrendador decide resolver el contrato, pues considera que el arrendatario no cumplirá o no se ve obligado a preguntarse el por qué del retraso. Con lo cual, el día diez interpone demanda de desahucio. ¿Debe protegerse el interés del arrendador o del arrendatario en este caso? Las circunstancias del caso indican la existencia de negligencia por parte del arrendatario, pues distinto hubiera sido que este estuviera hospitalizado debido a un accidente, lo cual impediría que pudiese abonar la renta. El patrón para seguir constituye en verificar, desde un punto de vista objetivo, cuál hubiera sido la conducta de un sujeto diligente, sobre todo de la perspectiva de un arrendatario diligente en sus asuntos.

Quizás, aunque hubiese habido una enervación previa, a falta de los casos fortuitos y fuerza mayor, debiera establecerse un plazo de seguridad, de carácter dispositivo, mediante el cual se estipulara que transcurridos quince días sin que mediase el pago, el contrato se entendería automáticamente resuelto[46]. Ahora bien, no debe olvidarse que esos quince días, a pesar de su carácter dispositivo, podrían verse afectados por casos fortuitos y fuerza mayor[47]. Es cierto que esto último invita a una cierta inseguridad jurídica, pues se dejaría al arbitrio del juzgador decidir, según lo que probase el arrendatario, si merece o no que su contrato

no se resuelva. Pero también responde a la realidad social a la que alude el TS[48], donde la escasez de la vivienda, por distintos motivos, tanto económicos como jurídicos, dificulta que el arrendatario de buena fe pudiera encontrar una oportunidad similar en el mercado.

De la STS 771/2010 de 22 de noviembre cabe destacar que en este supuesto se debía abonar la renta en los diez primeros días de cada mes. Por otro lado, que la renta era variable y que debía determinarse, cada mes, mediante los criterios establecidos en el contrato. Sin embargo, la arrendadora solía comunicar dicho importe el día quince de cada mes. La subarrendataria abonó lo debido con anterioridad al conocimiento de la demanda, pues todavía no le había sido notificada[49].

Importante que debe resaltarse que este supuesto de hecho funcionaba sobre la base de los usos, pues hay que tener en cuenta que: "*Desde esa fecha la parte demandada comenzó a abonar las rentas a la semana siguiente de recibir la factura con su importe y dentro del mismo mes de la emisión. Transcurrido un año, el demandado modificó unilateralmente su comportamiento y comenzó, desde junio de 2005 a satisfacer la renta, no en el mismo mes en que recibía la factura en la que se especificaba su importe, sino en la segunda quincena del mes siguiente*". Ahora bien, la AP no apreció un consentimiento por parte del arrendador respecto de este comportamiento. No obstante, no debe olvidarse que el desahucio se funda en el impago de la renta de diciembre de 2005 y enero de 2006. Con lo cual, vuelve a aplicarse la doctrina en relación al pago con posterioridad a la presentación de la demanda.

De la STS 180/2014 de 27 de marzo interesa saber que: "*La demandante puso en conocimiento del Juzgado que las rentas debidas habían sido pagadas por el demandado antes de la celebración de la vista, y solicitó que se declarase enervada la acción de desahucio. La parte demandada se opuso al considerar que se había producido un mero retraso en el pago de la renta como consecuencia de una suerte de pacto con el arrendador, que se lo había venido permitiendo, por lo que no era posible declarar enervada la acción*".

En este supuesto de hecho el TS vuelve a reiterar su doctrina consolidada[50], pero ha lugar a la enervación, pues a diferencia de los otros casos enjuiciados, aquí no ha habido una enervación previa[51].

4.C. La importancia de la desatendida STS 210/2022 de 15 de marzo

De los antecedentes de hecho merece destacara que el arrendatario no abonó a tiempo la renta pactada. Que la arrendadora solicita en desahucio, obteniendo pronunciamiento estimatorio en Primera Instancia y desestimatoria ante la AP. Recurre ante el TS por la vulneración de la doctrina asentada tras la STS 755/2008 de 24 de julio, pues sostiene que el retraso, aunque sea en unos días, siempre tiene entidad resolutoria, decidiendo el arrendador si quiere o no resolver el contrato.

Parte de la tesis que se propone en este trabajo tiene su fundamento en la STS 210/2022 de 15 de marzo. Se dice en esta sentencia, que la doctrina asentada a raíz de la STS de 2008 no resulta aplicable al caso a enjuiciar. "*dado que no contempla la circunstancia que, conforme a lo razonado por la Audiencia, singulariza el presente caso y fundamenta la decisión: que el retraso en el pago de la renta del mes*

de abril de 2019 no se le puede imputar al arrendatario, sino que es atribuible a un error del banco[52]".

Es decir, en este supuesto el arrendatario intentó abonar, constantemente, el pago de la renta, pero la transferencia le era devuelta, dándose el caso: "*Figurando, en la documentación bancaria de devolución, la arrendadora como ordenante, y que, cuando acudió al banco para informarse, comprobó que, por un error de la propia entidad, el dinero no se transfería a la cuenta de la arrendadora, sino a una cuenta judicial referida a un procedimiento previo, y ello pese a que el 11 de marzo anterior había ordenado por escrito con indicación de su número que los pagos de las rentas se hicieran en la cuenta de la arrendadora, no habiendo actuado así la entidad bancaria hasta que es apercibida de su error*".

Solo suprimiendo la anterior circunstancia, de la que se desentiende por completo la recurrente, cabría plantearse la aplicación al caso de la doctrina anterior y, consecuentemente, su posible vulneración.

Desde un punto de vista de la temporalidad del pago, esta sentencia también tiene relevancia respecto a la doctrina anterior. Acoge como válida la interpretación de la AP[53] respecto de la indeterminación de la fecha en la que se debiera de abonar la renta; con lo cual, se aplica el plazo supletorio de siete días contenido en la LAU. Ahora bien, se dice que el abono fallido no se realizó el séptimo día sino el octavo, pero que no tendría entidad resolutoria por lo siguiente:

"*Es cierto, que la transferencia de la renta del mes de abril se realizó el día 8 y que, por lo tanto, en principio, estaría fuera de los siete primeros días del mes a los que se refiere el art. 17.2 LAU que es el precepto que, según señaló la Audiencia en el auto resolviendo la solicitud de aclaración, subsanación o complemento de sentencia, tendría que operar de forma subsidiaria a falta de una clara disposición en el contrato sobre el plazo de pago de la renta*.

Pero también es cierto, que la Audiencia, refiriéndose a la orden que el arrendatario dio al banco de que los pagos de las rentas se hicieran en la cuenta de la arrendadora, dice que dicha orden "[n]o establecía hacerlo en ese plazo [...]", que se trata de "[u]n atraso pequeño inimputable al arrendatario [...]" y que "[e]s clara la voluntad que, en todo momento, el arrendatario ha tenido de pagar la renta debida [...]".

Añádase a todo lo anterior, por último, que el argumento esgrimido por la recurrida en el escrito de oposición al recurso de apelación pone de manifiesto un dato en el que no repara la Audiencia: la acción de desahucio carecería de fundamento, aunque se asumiera que el pago de la renta del mes de abril se produjo fuera de plazo al realizarse mediante transferencia el día 8, pues al haberse presentado la demanda, que está fechada el día 9, con posterioridad, cuando se ejercitó la acción la "falta de pago" ya no existía".

Esta sentencia requiere de ponderación y matización, pues parece que se aparta a la literalidad seguida a raíz de la STS de 2008. Es evidente que el pago se realiza fuera de plazo, pero se tiene en cuenta la actuación de un tercero[54]. Tanto la AP como el TS sostienen que el retraso en el pago de la renta supone un incumplimiento contractual.

Sin embargo, aunque sea a modo *obiter dictum*, se deduce de esta STS que el retraso en un día, sin tener en cuenta la diligencia del arrendatario u otras circunstancias, no sería causa resolutoria suficiente, pues dicho pago entraría dentro de una diligencia normal y aceptada socialmente. En otras palabras, el TS viene a

asumir lo dicho por la AP: "*se trata de "[u]n atraso pequeño inimputable al arrendatario [...]" y que "[e]s clara la voluntad que, en todo momento, el arrendatario ha tenido de pagar la renta debida [...]*". No obstante, hay cierta contradicción, y sería necesario de un pronunciamiento más claro, a través de la cual se respondiera si la realidad social permite que haya pequeños retrasos, de unos cuantos días o semanas, sin que el arrendatario muestre su inimputabilidad en dicho retraso. En principio, ese cauce todavía no sería viable, dándose como opción que: no sea imputable el retraso al arrendatario, que este haya actuado con la diligencia exigida según las circunstancias del caso, para así abonar la renta lo más rápido posible.

III. LA STS 1065/2024 DE 23 DE JULIO

1. Antecedentes de hecho

El contrato en cuestión se rige por la ley de arrendamientos urbanos del año 1964, cuya duración pactada lo fue como indefinida. La demanda de desahucio tiene su causa en la devolución del recibo correspondiente al mes de julio de 2020. Por otro lado, cabe destacar que la arrendataria demandada no pudo hacer uso de la enervación, pues ya se había empleado con anterioridad. El abono de la renta funcionaba del siguiente modo, el arrendatario contaba con una cuenta en la cual recibía la pensión, y se transferían fondos a otra para el pago del alquiler; es decir, esto se hacía de forma automática.

En el supuesto de hecho, la devolución se hizo porque faltaban diez euros, los cuales según el Tribunal de Primera Instancia podrían haberse visto cubiertos por la entidad bancaria, mostrando así una diligencia mínima. Este hecho supuso que la arrendataria no se percatara de la falta de abono de la renta hasta haber transcurrido un mes. Pues tampoco se le había girado el abono correspondiente al mes de agosto. Una vez conocedora de tal hecho, abonó *ipso facto* ambas mensualidades; cambiando también la domiciliación bancaria; no habiendo retraso alguno desde ese momento.

Sin embargo, la AP se atiene a los hechos. Es decir, el abono de la renta hubo de hacerse dentro de los primeros cinco días de cada mes. La arrendadora, el día seis presentó al cobro el recibo correspondiente, que le fue devuelto el día 14 de julio, porque faltaban diez euros y la arrendataria desconoció dicha devolución.

Desde el punto de vista de las circunstancias personales de la arrendataria varios hechos son relevantes. El 16 de junio la arrendadora sufre una caída, dando como resultado una fractura nasal y una fractura de cabeza de radio Mason 1. Lo cual requirió de tratamiento médico. Se acredita también una pérdida leve de memoria de esta; sumados también los diversos problemas de salud del marido, siendo la arrendataria quien se ocupaba de su cuidado. Quien además sufre una caída, justamente el mes de julio, cursando el alta el día 23 de julio. Sin embargo, ni siquiera será la arrendataria quien se percatase de la devolución del recibo, pues quienes conocieron tal hecho fueron los familiares, quienes el 3 de agosto, nada más darse cuenta de la situación, proceden al correspondiente ingreso.

Ahora bien, la demanda de desahucio ya se había presentado el día 30 de julio. Por otro lado, por parte de la demandada, se remitió burofax el día 7 de agosto

para comunicar la transferencia y el cambio de domiciliación, de ese modo se evitarían percances futuros.

En Primera Instancia se otorga la razón a la arrendataria, mientras que la AP corrige dicho pronunciamiento. No aprecia caso fortuito, y aplica en puridad la doctrina establecida tras la STS 755/2008 de 24 de julio. Entiende incluso que existe abuso de derecho, pero por parte del arrendatario.

2. Fundamentos jurídicos

Desde un punto de vista jurídico, es importante que al analizar la posible infracción procesal, el TS sostiene que no resulta aplicable la respuesta dada por el TC en STC 113/2021 de 31 de mayo. La afirmación a tener en cuenta es la siguiente: "*Ahora bien, los supuestos contemplados en dichas sentencias no guardan similitud con las circunstancias concurrentes en este caso. No nos encontramos ante ningún proceso de ejecución de sentencias con solicitud de suspensión del plazo de desalojo de vivienda, sino de determinación de la existencia de una causa de resolución del contrato de arriendo por impago de la renta. No se trata de un proceso en el que se encuentren interesados menores. Ni la arrendataria sufre discapacidad que afecte al ámbito propio de su autonomía*[55]". Sin embargo, aunque la motivación sea suficiente, la apreciación de su acertamiento se debe analizar en la vertiente casacional.

Desde el punto de vista casacional, interesa conocer que se analiza el art.114.1 de la LAU del año 1964, precepto equivalente al art.27.2.a, de la actual norma, con ciertos matices. Lo cual hace que la doctrina establecida en relación con el art.27, sobre impago de la renta, resulte también aplicable a este precepto.

El TS recuerda, que a raíz de la STS 755/2008 de 24 de julio, se ha creado un cuerpo jurisprudencial unánime, de modo que: "*la que viene proclamando que el impago de la renta del arrendamiento de una vivienda fuera de plazo y después de presentada la demanda de desahucio, no excluye la resolución arrendaticia, y ello aunque la demanda se funde en el impago de una sola mensualidad, sin que el arrendador venga obligado a que el arrendatario se retrase de ordinario en el abono de las rentas periódicas*". Esta doctrina tiene su justificación en la regulación específica que recibe el arrendamiento, así como en la propia naturaleza del contrato[56].

Ahora bien, el propio TS reconoce que tal doctrina puede verse afectada por lo dicho en distintas sentencias[57], y es que repite: "*sin perjuicio de que las circunstancias del caso concreto sí puedan y deban ser atendidas para valorar si efectivamente ha existido o no incumplimiento contractual*".

También recuerda la STS 210/2022 de 15 de marzo, ya analizada anteriormente, y finalmente sostiene, el TS, que en este supuesto concurren una serie de circunstancias que convierten el caso en excepcional. Circunstancias estas que invitan a otorgar, frente a la doctrina usual aplicada, un trato diferenciado a este supuesto de hecho.

Con lo cual, el TS tiene en cuenta que hubo una enervación anterior, pero que, con posterioridad, hasta el suceso de la transferencia, ningún inconveniente o problema volvió a acaecer. Que la mensualidad se abonó en cuanto se supo el problema de la transferencia devuelta. Sostiene el TS que la cantidad fue devuel-

ta, pero que faltaban menos de diez euros para el pago completo. Que la entidad financiera no aceptó el descubierto en cuenta corriente y que tampoco comunicó dicho percance a la arrendataria. Por otro lado, el TS tiene en cuenta las situaciones hospitalarias, tanto de la arrendataria, como de su marido, y la situación de estrés que generó dicha coyuntura.

Igualmente, que en cuanto se supo sobre lo acaecido, se procedió inmediatamente a la transferencia. Que también, para que la situación no vuelva a suceder la transferencia, a partir del abono, se hiciera directamente desde la cuenta en la cual se recibe la pensión. Por otro lado, se aprecia que el impago no generó ningún perjuicio al arrendador.

3. Comentario

La existencia de un régimen general y otro específico ha de tener su por qué. En vano sería su configuración, si prácticamente su aplicación se basase en las mismas reglas y principios que el régimen general resolutorio del CC. Sin embargo, en ocasiones, ese régimen especial debería contar con ciertas excepciones. Pero para entender cuándo caben excepciones, ha de conocerse la diferencia, al menos a grandes rasgos, entre el régimen general resolutorio y el especial arrendaticio[58]. Una aproximación al régimen general resolutorio permitiría aseverar que el mero retraso en el abono de la renta no tiene una gravedad resolutoria suficiente, pues no existiría en este caso una frustración del contrato. También, que ni siquiera se deba a una voluntad rebelde de incumplir, sino a mera negligencia o, ni aun eso, al menos en algunos casos. De no haber una voluntad expresa de las partes, la apreciación de la frustración del contrato, o no, es más flexible en el régimen general.

Desde el punto de vista del régimen específico, la falta de pago en el plazo pactado constituye el incumplimiento de la prestación más esencial del contrato de arrendamiento. En otras palabras, el porqué de la cesión del uso tiene su fundamento en la contraprestación dineraria, de forma que llegado el momento, no habiendo abono por parte del arrendatario, el arrendador puede decidir recuperar la cosa. Lo que sucede en el régimen específico es que, en principio, el mero retraso tiene una entidad resolutoria, pues rompería la reciprocidad de las prestaciones. Es decir, el arrendador ni siquiera ha de analizar si el arrendatario quiere o no cumplir, si lo hará más tarde, sino que se presupone que el arrendatario será diligente en el pago de la renta. Con lo cual, presentada la demanda de desahucio, si bien el arrendatario pudo haber abonado con posterioridad a la demanda lo debido, si este no tuviera el beneficio de la enervación, en principio, debería restituir la cosa al arrendador. En principio, porque para mantener el equilibrio y la conmutatividad del contrato, el arrendatario debería poder alegar ciertas circunstancias, las cuales pueden haber sido el por qué justificante del impago de la renta. Ahora bien, permitir alegar tales circunstancias implica un juicio de valor por parte del juzgador, quien deberá ponderar, con cautela, que causas merecen o no la tutela. En otras palabras, si alguien que enervó previamente el contrato, y de ese modo se comprometió a cumplir tal como se pactó, debido a ciertas circunstancias merece que no se aplique el régimen resolutorio automático de la norma especial. En

otras palabras, que no se genere un perjuicio al arrendador, según se dice en la STS 1065/2024 de 23 de julio. Sin embargo, dicha manifestación por parte del TS no puede ser interpretada y aplicada de manera aislada, pues daría lugar a que un retraso puntual, sin circunstancias excepcionales, no tenga entidad resolutoria. Lo que se ha querido decir con esta manifestación es que el retraso en pocos días, o quizás un mes, no genera un perjuicio, lo cual suma argumentativamente a favor del arrendatario que no abonó debido a unas circunstancias especiales.

No obstante, pese a existir ciertas circunstancias especiales, parece ser que la generación de un perjuicio al arrendador podría suponer que dichas circunstancias dejen de ser especiales. Generalmente, esto tiene que ver con las mensualidades debidas, pues difícilmente se podrá justificar el impago de un año, por más que inicialmente hubiera unas circunstancias especiales. Esto invita a pensar que las circunstancias especiales son transitorias, en otras palabras, que su duración temporal ha de ser corta. Significa que, pese a tales circunstancias, un arrendatario diligente, según sus circunstancias objetivas y subjetivas, se percate en un lapso de tiempo, corto, del impago producido. Una de las preguntas más sugestivas es: ¿cuánto tiempo puede transcurrir? Esa pregunta debe relacionarse con el posible perjuicio al arrendador. En otras palabras, se debería presumir, que a pesar de las circunstancias personales, el perjuicio se genera cuando se tarda más de un mes o dos en abonar la renta. Esto podría verse como un plazo de seguridad a favor de ciertas circunstancias excepcionales. Ahora bien, dicho plazo debería variar según las circunstancias concretas del caso. Quiere decirse con ello, que si el juzgador hubiera apreciado que, mediante una diligencia media, el arrendatario hubiera descubierto antes el impago, este no debe gozar de ese beneficio del plazo. En definitiva, supone que el plazo de seguridad tenga un máximo, del cual no puede traspasarse puesto que se genera perjuicio, mientras que el mínimo sería variable según las circunstancias y diligencia empleada.

En la práctica, los casos y soluciones que se podrían presentar son numerosos. Que se presente demanda de desahucio, pero que el arrendatario la enerve antes de la celebración de la vista. Que hubiera enervación previa, pero que el arrendatario pagase antes de presentarse la demanda. En este supuesto, también surge la duda de si debe considerarse un mero retraso o, si el arrendador quisiera, pudiera presentar una demanda resolutoria pese al pago tardío. En principio, no debería haber lugar al desahucio y tendría que tratarse esta situación como un pago tardío. Ahora bien, no merecerían tutela los supuestos en los cuales existe una reiteración de la conducta, de forma que la mora ha sido constante y no consentida. De este modo, pese a haberse realizado el pago antes de la presentación de la demanda, si el arrendador probara tales circunstancias, la reiteración en la mora y su constante oposición, el tratamiento no debería considerarse como un pago tardío sino como incumplimiento del contrato. Las líneas divisorias entre una situación u otra son tan finas, que por ello el criterio puramente objetivo resulta atractivo, pues se otorga la oportunidad de la enervación, y una vez utilizada, de haber retraso, la especialidad del supuesto permite la resolución automática. En otras palabras, no se verifica mediante este modelo las circunstancias que han podido dar lugar a ese retraso o llámese, incumplimiento.

Sin embargo, un modelo que se acerque a la aceptación de ciertas circunstancias, especiales, pero justificativas, puede dar lugar a una jurisprudencia contra-

dictoria, según hasta qué punto se acepta una actuación como tolerable, es decir como un caso fortuito o fuerza mayor, e incluso, en el caso de más flexibilidad, que no se aprecie una frustración del contrato. El camino para seguir debe basarse en el modelo de la resolución automática, pero limitada por ciertas circunstancias especiales y excepcionales, que el arrendatario deba probar. Lo cual hace que tenga que demostrar su buena fe y diligencia en el supuesto a enjuiciar.

Por otro lado, junto al ya tan beneficios sistema de enervación, podría estipularse, mediante modificación legislativa, que únicamente dará derecho a la resolución el retraso en un mes, o más de un mes, del pago de la renta. Teóricamente las opciones pueden ser múltiples, sin embargo, la senda a seguir debe perseguir el equilibrio[59] entre los intereses de ambas partes. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que un criterio u otro podría llegar a tener un impacto en la oferta de viviendas en el mercado.

IV. CONCLUSIONES

I. La realidad demuestra que el ámbito de la vivienda cada día tiene un cariz más social. Existen dos intereses, a los cuales ha de aplicarse la norma de forma equilibrada. La propia normativa, tal como se ha observado en la actualidad, puede tener un efecto demoledor en la oferta de vivienda en el mercado.

II. La jurisprudencia, según que criterio, ha demostrado una mayor o menor flexibilidad en apreciar la existencia de retraso o incumplimiento resolutorio. En algunas ocasiones, las posturas han sido un tanto radicales, debiendo encontrarse un punto que equilibre la balanza entre ambos intereses.

III. La enervación puede verse como una segunda oportunidad para el arrendatario, sin embargo, en ocasiones, el arrendatario, necesita también de protección una vez que hubo enervación previa.

IV. La interpretación de la STS 755/2008 de 24 de julio, por parte de la jurisprudencia menor, en algunas ocasiones, se hizo prescindiendo totalmente de las circunstancias del caso. En otras palabras, se ha observado un cierto automatismo entre el retraso, su equiparación a un incumplimiento resolutorio y la procedencia del desahucio.

V. El objetivo del presente comentario ha constado en responder a una incógnita, la cual es: ¿ha habido cambio de doctrina? En realidad, la respuesta es que no. Se ha citado, que de forma temprana el TS ya aludía a la posibilidad de alegar ciertas circunstancias especiales, sin embargo, hasta la STS 210/2022 de 15 de marzo, podría decirse que no se ha resuelto o ha tenido la oportunidad de analizar un caso que merezca el desvío de la aplicación de la doctrina general.

VI. La STS 1065/2024 de 23 de julio ha supuesto el claro ejemplo de un supuesto de hecho, junto con la atención mediática, para revertir la aplicación automática de la STS 755/2008 de 24 de julio y proceder para tener en cuenta las circunstancias del caso, las cuales pueden afectar a la apreciación del carácter resolutorio en el supuesto a analizar.

VII. Sin embargo, muchas son las incógnitas a las que da lugar esta sentencia, pues es necesario esperar a la recepción por parte de la jurisprudencia menor, y el cómo procederán a aplicarla. En otras palabras, si se seguirá un criterio rígido u otro más flexible. La casuística a partir de este momento será abundante, dando lugar a comentarios y creaciones doctrinales que permitirán afinar unas bases para tener en cuenta para la apreciación de circunstancias especiales.

V. JURISPRUDENCIA

TS

- STS 1065/2024 de 23 de julio JUR 2024\222454
- STS 210/2022 de 15 de marzo RJ 2022\1420
- STS 302/2014 de 28 de mayo RJ 2014\2834
- STS 180/2014 de 27 de marzo RJ 2014\1530
- STS 771/2010 de 22 noviembre RJ\2011\564
- STS 673/2009 de 30 de octubre RJ 2009\5823
- STS 684/2009 de 20 de octubre, RJ 2009\5694
- STS 193/2009 de 26 marzo. RJ 2009\1750
- STS 1219/2008 de 19 de diciembre RJ 2009\23
- STS 755/2008 de 24 julio RJ\2008\4625
- STS 1069/2024 de 24 de julio ROJ 4151/2024.
- STS 1070/2024 de 24 de julio ROJ 4153/2024

AP

- SAP Baleares (Secc.5ª) 649/2022 de 20 de noviembre JUR 2003\91810
- SAP Madrid (Secc.8ª) 306/2022 de 6 de julio JUR 2022\308979
- SAP Barcelona (Secc.4ª) 425/2012 de 19 de julio JUR 2012\336306
- SAP Barcelona 78/2012 de 14 de febrero JUR 2012\137529
- SAP Granada (Secc.5ª) 425/2006 de 7 de diciembre JUR 2007\194171
- SAP Madrid (Secc.9ª) 24/2005 de 6 de octubre JUR 2005\257817
- SAP Barcelona (Secc.4ª) 728/2003 de 30 de octubre JUR 2003\260110
- SAP Barcelona (Secc.13ª) 303/2004 de 17 de mayo AC 2004\1515
- SAP Cantabria (Secc.4ª) 420/2002 de 10 de diciembre JUR 2003\66918
- SAP Córdoba (Secc.2) 189/2002 de 3 de julio AC 2002\1464
- SAP Madrid (Secc.13ª) de 21 de mayo de 2002 JUR 2002\208212
- SAP Asturias (Secc.7ª) 273/2002 de 30 de abril JUR 2002\185687
- SAP Cantabria (Sec.4ª) 26/2000 de 8 de septiembre AC 2000\1809
- SAP Valencia (Secc.7ª) 343/2000 de 14 de abril AC 2000\1202
- SAP Asturias (Secc.4ª) 119/2000 de 13 de marzo AC 2000\1034
- SAP Baleares 26/2000 de 17 de enero AC 2001\2246
- SAP Madrid (Secc.13ª) de 16 de julio de 1999 AC 1999\8530
- SAP Las Palmas (Secc.4ª) 420/1999 de 6 de julio AC 1999\8115
- SAP Valencia (Secc.1ª) 85/1999 de 14 de mayo AC 1999\5370
- SAP Asturias (Secc.4") 446/1998 de 18 de septiembre AC 1998\8782

- SAP Barcelona (Secc.4ª) 2 de septiembre de 1998
- SAP Cuenca 225/1997 de 30 de octubre AC 1997\2183
- SAP Baleares (Secc.3ª) 307/1997 de 5 de mayo AC 1997\1133
- SAP Valladolid (Secc.1ª) de 14 de marzo de 1997 AC 1997\537

VI. BIBLIOGRAFÍA

BONET NAVARRO, J. (2013). *Los juicios por desahucio: especialidades procesales para la recuperación de la posesión de finca arrendada o en situación de precario*.Ed.5ª. Pamplona: Aranzadi. Versión online disponible en Aranzadi.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. (2009). El retraso en el pago de la renta. *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº6.

FUENTES-LOJO RIUS, A. (2022). Doctrina sobre la resolución del contrato de arrendamiento por retraso en el pago de la renta u otras cantidades debidas y realidad social. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº793.

GUILARTE GUTIERRÉZ, V. (1999). El vigente régimen de la resolución del inquilinato por incumplimiento de la obligación de pago de la renta, (el impago, el retraso, la mora del acreedor y otras cuestiones; también el imperecedero régimen transitorio). *Aranzadi civil, revista quincenal.*

LÓPEZ MAZA, S. (2020). Comentarios al artículo 27 de la ley de arrendamientos urbanos: En BERCOVITZ CANO, R. (coord.), *Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos*, 7ªEd. Pamplona, Aranzadi, disponible online en *Aranzadi.*

PARRA LUCÁN, Mª.A., RAGEL SÁNCHEZ, L.F., DE LA PEÑA VELASCO, G. (2014). Capítulo 1. El contrato de arrendamiento urbano. En: M. YZQUIERDO TOLSADA (director). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos traslativos del uso o goce*.

TORIBIOS FUENTES, F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2020). *Practicum proceso civil*. Aranzadi, versión accesible online en Aranzadi.

NOTAS

[1] Explicación que ofrece el letrado, FUENTES-LOJO RIUS, y que vendría a adaptarse a la realidad socioeconómica del momento. Añade el letrado, quien obtuvo sentencia favorable del TS, que será necesario demostrar que el impago de una mensualidad frustra la finalidad del contrato. MORENO, R. (2024). El mero retraso en el pago de la renta no es causa directa de resolución del contrato, sentencia el Supremo. *Economist&Jurist*, disponible en: https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/el-mero-retraso-en-el-pago-de-la-renta-no-es-causa-directa-de-resolucion-del-contrato-sentencia-el-supremo/.

[2] En adelante, LAU. Nótese que también se hará mención a la legislación del año 1964, sin embargo, respecto de la resolución por falta de pago de la renta, ambas regulaciones coinciden. Se verá con posterioridad que la discrepancia entre el art.27 y el 114 de la ley del año 1964 se basaban en otras cantidades que pudieran asimilarse a la renta, su concepto, alcance y extensión. Afirmación esta, sobre la coincidencia jurisprudencial entre ambos aspectos, también puesta de relieve por GUILARTE GUTIERRÉZ, V. (1999). El vigente régimen de la resolución del inquilinato por incumplimiento de la obligación de pago de la renta, (el impago, el retraso, la mora del acreedor y otras cuestiones; también el imperecedero régimen transitorio). *Aranzadi civil, revista quincenal*, pg.2273.

[3] Téngase en cuenta que el caso resuelto por la STS que se comenta se basa en la legislación del año 1964, sin embargo, nada impide aplicar y trasladar sus consecuencias al art.27.2 de la actual normativa.

[4] PARRA LUCÁN, Mª.A., RAGEL SÁNCHEZ, L.F., DE LA PEÑA VELASCO, G. (2014). Capítulo 1. El contrato de arrendamiento urbano. En: M. YZQUIERDO TOLSADA (director). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos traslativos del uso o goce*. Tomo III. Pamplona, Aranzadi, pg.229.

[5] Sin embargo, hay que tener en cuenta la disposición transitoria primera del citado Real Decreto-Ley, en la cual se estipula: "*Los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación*".

Sin perjuicio de ello, cuando las partes lo acuerden y no resulte contrario a las previsiones legales, los contratos preexistentes podrán adaptarse al régimen jurídico establecido en este real decreto-ley.

[6] Ahora bien, no hay que olvidar la regla que se establece en el art.12 de la LAU.

[7] Artículo 9.3 LAU.

[8] Se omite una mención específica a los apartados tercero y cuarto, pues no serán objeto de análisis del presente comentario. Sin embargo, conviene saber que sobre este precepto se ha dicho que contiene cuatro regímenes resolutorios. El primero de ellos, el del apartado primero, tildado de general, mientras que los otros serían supuestos especiales. El apartado segundo sobre resolución por incumplimiento de las obligaciones del arrendatario, el tercero, que daría lugar a la resolución, a favor del arrendatario, por incumplimiento de las obligaciones del arrendador, y el cuarto, principalmente, en relación con los arrendamientos inscritos en el Registro de la Propiedad. LÓPEZ MAZA, S. (2020). Comentarios al artículo 27 de la ley de arrendamientos urbanos: En BERCOVITZ CANO, R. (coord.), *Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos*, 7ªEd. Pamplona, Aranzadi, disponible online en *Aranzadi*.

[9] Puede decirse que este apartado guarda similitud con la regla recogida en el apartado tercero del art.1569 del CC o 1568 del CC. Debe tenerse en cuenta, que al igual que el art.28 de la LAU, el apartado primero supone un deber de indagar, primero descartando las situaciones contempladas en los apartados segundo y tercero del art.27, qué otros supuestos, considerados como obligaciones, están dispersos en la LAU. Ahora bien, tampoco cabe olvidar las obligaciones que pudieran existir conforme a la remisión que el art.4 de la LAU hace al CC.

[10] También se ha puesto de manifiesto que la regla abstracta del art.27.3.1 de la LAU ha de seguir el mismo camino. Es decir, remisión al artículo 1124 del CC y verificación del cumplimiento de los requisitos para su aplicación. PARA LUCAN, *et al*., *op.cit*., pg.232.

[11] Ahora bien, en ocasiones debido al modo en el cual se ha configurado la obligación en el CC, al juzgador no le queda ese amplio y extensivo margen de ponderación, como lo sería la situación en la que el arrendatario no utiliza la cosa con la diligencia de un buen padre de familia o la diligencia expresada en el contrato. Es cierto que el juzgador tendrá un margen de apreciación, pero será menor que en los casos en los cuales el legislador no hubiera dotado al incumplimiento de la entidad suficiente para proceder a la resolución contractual. Caso este de la falta de diligencia que puede tener fundamento resolutorio en el art.1556 o 1569.4º del CC.

[12] Siendo el arrendatario Emilio, Jesús Carlos el hijo de la actora, y se desconoce la situación jurídica de Carlos Miguel.

[13] Como destaca la AP la acción ejercitada es de resolución por incumplimiento contractual, debiendo analizarse el caso mediante el cauce del procedimiento ordinario.

[14] Entre ellos, el cumplimiento, o la voluntad de cumplir de la otra parte, la existencia de incumplimiento por parte de la otra, etc. No se analizan los requisitos del art.1124, así como su evolución y crítica pues dicha tarea extralimitaría los objetivos de este comentario.

[15] Cita de requisitos de LÓPEZ MAZA que recoge del trabajo de RAGEL SÁNCHEZ. Cabe destacar que el primero actualiza, en la nueva versión, el comentario del segundo sobre la LAU. LÓPEZ MAZA, *op.cit*., versión online.

[16] LÓPEZ MAZA, *op.cit*., versión online.

[17] Aunque FUENTES-LOJO RIUS sostenga que más que resolución automática, en realidad se trata de una facultad del arrendador. Lo cual es cierto, pues será el arrendador quien decidirá si quiere o no resolver el contrato. Cosa distinta es que la gravedad de ese incumplimiento, por ministerio de la ley, pueda tener una entidad resolutoria automática, sin que se realice la mencionada ponderación que se hace mediante el art.1124 del CC. FUENTES-LOJO RIUS, A. (2022). Doctrina sobre la resolución del contrato de arrendamiento por retraso en el pago de la renta u otras cantidades debidas y realidad social. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº793, pg.2854.

[18] PARRA LUCAN, *et al*., *op.cit*., pg.235. LÓPEZ MAZA, *op.cit*., versión online.

[19] Aunque FUENTES-LOJO RIUS discrepe, y sostenga que se trate de un *numerus apertus*; dándose ese fenómeno de lista cerrada, según su opinión en la LAU del año 1964, pero no en la actual. Lo cual hace que defienda, que la jurisprudencia generada a raíz de la STS 755/2008 de 24 de julio no deba ser aplicable a los contratos regidos por la LAU del año 1994. De este modo, se aparta de parte de la doctrina, la cual diferencia entre ambos apartados del art.27 y defiende que en ambos casos procede la remisión al CC, concretamente al art.1124 del CC. Lo cual supondría para FUENTES-LOJO RIUS que al art.27.2.a deba aplicarse también los requisitos del art.1124. Precisa, de forma más específica, que el art.27.2 de la LAU, goza únicamente de una presunción *iuris tantum* de gravedad resolutoria, pudiendo el arrendatario probar lo contrario. FUENTES-LOJO RIUS, *op.cit.,* pgs.2855 y 2856.

[20] PARRA LUCÁN *et al*., *op.cit*., pgs.235 y 236. Sobre la enervación, así como su evolución dentro de la normativa procesal, puede consultarse BONET NAVARRO, J. (2013). Enervación de la acción de desahucio. En: BONET NAVARRO, J. (2013). *Los juicios por desahucio: especialidades procesales para la recuperación de la posesión de finca arrendada o en situación de precario*.Ed.5ª. Pamplona: Aranzadi. Versión online disponible en Aranzadi.

[21] Quienes añaden, a modo de refuerzo, que la *exceptio non adimpleti contractus*, a favor del arrendatario, puede alegarse sobre la base de que todos los procesos, salvo aquellos que tengan lugar por el impago de las renta y cantidades asimiladas, se resuelven mediante un proceso ordinario. Ahora bien, matizan que este hecho tiene su relevancia, pues no podría alegarse la *exceptio non adimpleti* contractus para los supuestos de hecho del art.27.2.a de la LAU, pues las alegaciones para estos procesos son tasadas y limitadas. *Ibidem*, pg.236. Lo cual haría considerar distinguir que una cosa es que el mero incumplimiento por parte

del arrendatario tenga la entidad suficiente resolutoria, y otra, que no se tenga en cuenta la conducta del arrendatario y si este tuvo alguna implicación para que dicho incumplimiento se produjera.

[22] Muestra de ello es la SAP Cantabria (Sec.4ª) 26/2000 de 8 de septiembre, donde no se aceptó como prueba, que el impago tenía su base en que el arrendador no sustituyó una caldera.

[23] No se analiza el significado de cualesquiera cantidades que haya asumido o corresponda al arrendatario, así como la diferencia terminológica frente a la legislación del año 1964. No obstante, en la jurisprudencia existen numerosos pronunciamientos sobre cantidades que haya asumido el arrendatario. Por ejemplo, en materia de IBI, SAP Asturias (Secc.4") 446/1998 de 18 de septiembre. Puede suceder que la resolución contractual tenga su origen en el impago de otras cantidades distintas de la renta, como pudiera ser el IBI, y otros gastos que tienen una naturaleza dispositiva y que podrían repercutirse al arrendatario. SAP Valencia (Secc.1ª) 85/1999 de 14 de mayo. *Idem* SAP Baleares 26/2000 de 17 de enero, SAP Valencia (Secc.7ª) 343/2000 de 14 de abril, SAP Madrid (Secc.13ª) de 16 de julio de 1999, SAP Asturias (Secc.4ª) 119/2000 de 13 de marzo, sentencia esta última que discute el art.1563 de la LEC, en relación con el requerimiento, plazo, e interpretación que debía de darse en relación al desahucio. Doctrinalmente, se remite a la definición de GUILARTE GUTIERRÉZ: *"no deja lugar a la duda incluyendo las obligaciones tanto legales como contractuales de forma que se podría cerrar la exégesis de su ámbito afirmando que incluye toda obligación de contenido económico, líquida y exigible, sea cual sea su origen. Obviamente, como única precisión, ha de mencionarse que la misma esté directamente vinculada con la relación arrendaticia*". GUILARTE GUTIERRÉZ, *op.cit.,* pg.2281.

[24] LÓPEZ MAZA, *op.cit*., disponible online. GUILARTE GUTIÉRREZ también añade: *"en el ámbito de la legislación arrendaticia, tanto especial como común, ha de predicarse un claro automatismo en la aparición de la causa resolutoria de forma que el mero impago de la merced arrendaticia en el término legal o contractual propicia el ejercicio de tal acción por parte del arrendador. Ejercicio que, en principio, no cabe considerar abusivo por ampararse en un derecho y facultad reconocido en tales términos por la Ley*". GUILARTE GUTIERRÉZ, *op.cit*., pg.2284.

[25] Ahora bien, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ sostiene que la jurisprudencia contraria a esta posición afirma que: *"desde la óptica procedimental, la relación jurídico procesal se constituye con el emplazamiento del demandado, y por ello cabe sostener que cualquier derecho u obligación que para las partes nazca de esa relación jurídica sólo será real y existente en el mundo jurídico desde su constitución, es decir, desde la citación del demandado, no antes. Desde el punto de vista del derecho positivo, el ejercicio de ese derecho procesal exige, como otros de igual naturaleza, que el sujeto conozca que legalmente puede ejercerlo, y en qué plazo; por ello es preciso que se informe a la parte*". FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. (2009). El retraso en el pago de la renta. *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº6, pg.21.

[26] Referencia esta a la norma del año 1964.

[27] Sobre la mora *credendi*, GUILARTE GUTIÉRREZ analiza, de manera sucinta, cierta jurisprudencia contradictoria. GUILARTE GUTIÉRREZ, *op.cit*., pgs.2283 y 2284. Véase, desde el punto de vista jurisprudencial, la SAP Madrid (Secc.9ª) 24/2005 de 6 de octubre que analiza un caso de mora del acreedor.

[28] En la SAP Córdoba (Secc.2) 189/2002 de 3 de julio, se dice que es necesario una voluntad de infringir el contrato por parte del arrendatario.

[29] Solución esta distinta a la SAP Barcelona (Secc.4ª) 2 de septiembre de 1998, donde, además, la relación jurídico procesal se constituiría, según parece, con la mera presentación de la demanda. Basta tener en cuenta que en la SAP Asturias (Secc.7ª) 273/2002 de 30 de abril se manifiesta que la presentación de la demanda produce litispendencia, de modo que los pagos posteriores no impedirán la resolución del contrato; dándose únicamente la acción enervadora, cuando proceda.

[30] Situación esta, que por ejemplo, vuelve a aparecer en SAP Cantabria (Secc.4ª) 420/2002 de 10 de diciembre, donde se dice: "*El retraso, durante 17 días, del pago de una renta no puede erigirse en causa fundamentadora de desahucio (y si no hay desahucio, no puede haber enervación), porque supone un incumplimiento mínimo de la obligación de pago, un propio y verdadero retraso, al cual no puede anudarse una consecuencia tan desproporcionada como es la recuperación de la posesión de la finca por parte del arrendador. Otra cosa concluiríamos si los retrasos se repitiesen (con el contrato en la mano, el arrendatario, porque así se comprometió, tiene obligación de pagar dentro de los diez primeros días de cada mes, y no cuando le plazca dentro del mes), porque en tal caso, y desde la perspectiva que nos ocupa, la conducta del arrendatario sí sería constitutiva de un incumplimiento contractual suficiente para declarar el desahucio*".

[31] Aunque también se sostiene que lo importante es que la renta se abone y no quien lo haga.

[32] En SAP Granada (Secc.5ª) 425/2006 de 7 de diciembre se ha llegado a especificar que en los casos en los cuales existe un retraso prolongado en el tiempo, es decir, que usualmente se abone la renta tarde, se trataría, cuando no hubiera protesta por parte del arrendador, de una tolerancia tácita.

[33] SAP Baleares (Secc.5ª) 649/2022 de 20 de noviembre.

[34] Por otro lado, interesa conocer que la AP de Barcelona, por ejemplo, en SAP Barcelona 78/2012 de 14 de febrero, ha mantenido un criterio distintivo entre el mero retraso y el incumplimiento del contrato. La solución tenía su fundamento en un factor temporal, es decir, el impago de una mensualidad de la renta constituiría un mero retraso, mientras que los impagos que superasen ese lapso temporal constituirían un incumplimiento contractual con entidad resolutoria. Ahora bien, dice que tras la STS 755/2008 de 24 de julio corresponde corregir su criterio. *Idem*, SAP Barcelona (Secc.4ª) 425/2012 de 19 de julio.

[35] Opinión también manifestada en la SAP Cantabria (Secc.4ª) 26/2000 de 8 de septiembre (también véase, SAP Barcelona 78/2012 de 14 de febrero), quien en su momento dijo que no se señala de forma expresa un plazo inicial con relación a la enervación, pero sí uno final, pues no se podrá hacer uso de dicho instituto después o en el momento de la celebración del juicio. Sin embargo, matiza que debe entenderse que la posibilidad de uso de la enervación comienza desde el momento de presentación de la demanda. Para un análisis profundo sobre el *dies a quo* de la enervación, véase SAP Córdoba (Secc.2) 189/2002 de 3 de julio; matizando que tendrá la consideración de excepción al pago si este se abona con anterioridad a la presentación de la demanda.

[36] Véase SAP Baleares (Secc.3ª) 307/1997 de 5 de mayo, que cita sentencias del TS en relación con el requisito de la determinación de la renta para los supuestos de desahucio.

[37] Dice que: "*En el recurso, se ha justificado la presencia de doctrina contradictoria en las Audiencias Provinciales y se señalan como ejemplos comparativos las siguientes resoluciones: En el mismo sentido que la sentencia recurrida: A) Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 31 de enero de 2001. B) Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 3 de noviembre de 1998. C) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de febrero de 2000 (PROV 2000, 194460). D) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de octubre de 1998. En sentido opuesto a la sentencia recurrida: A) Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de fecha 10 de marzo de 2000. B) Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 9 de diciembre de 1999*".

[38] Debe precisarse que con anterioridad se hizo uso de la enervación.

[39] FERNÁNDEZ MARTÍNEZ manifiesta: "*Por las razones que expondré, el Alto Tribunal se inclina por la posición negativa, en base a que la consideración de plazos diferentes por los tribunales, para distinguir el mero retraso del incumplimiento resolutorio, conduciría a la más absoluta inseguridad jurídica creando un indudable riesgo de arbitrariedad más que de arbitrio judicial, sin perjuicio de que las circunstancias del caso concreto sí puedan y deban ser atendidas para valorar si efectivamente ha existido o no incumplimiento contractual*". FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *op.cit.*, pg.19.

[40] STS 1219/2008 de 19 de diciembre.

[41] El TS vuelve a referirse a las circunstancias concretas en la STS 673/2009 de 30 de octubre, pues reitera: *"carece de sentido plantearse si un retraso superior constituye ya incumplimiento resolutorio o mero retraso, pues las propias partes lo han configurado como incumplimiento justificativo del desahucio, y al propio contrato habrá de estarse conforme al art. 1255 CC (LEG 1889, 27) ; de otro, que la consideración de otros plazos diferentes por los tribunales, para distinguir el mero retraso del incumplimiento resolutorio, conduciría a la más absoluta inseguridad jurídica creando un indudable riesgo de arbitrariedad más que de arbitrio judicial, sin perjuicio de que las circunstancias del caso concreto sí puedan y deban ser atendidas para valorar si efectivamente ha existido o no incumplimiento contractual;"*. Y dice también: *"es la propia legislación arrendaticia urbana, por tanto, la que en determinadas circunstancias acaba equiparando el cumplimiento tardío por el arrendatario de su obligación de pagar la renta a un incumplimiento definitivo que justifica la resolución del contrato a instancia del arrendado"*. Lo cual hace que se deba completar con que el cumplimiento tardío será tenido como incumplimiento definitivo, siempre y cuando no exista una justificación que merezca el amparo de los Tribunales.

[42] Para ello puede resultar útil la referencia del TS, hecha en la propia sentencia, donde se refiere al sentido social de este contrato del siguiente modo: "*Resulta, así, que la regulación de los arrendamientos se caracteriza por responder a las circunstancias económico-sociales de cada etapa histórica, incumbiendo al legislador sentar las normas y a los jueces y tribunales interpretarlas según los criterios del art. 3 CC y aplicarlas en consecuencia. Al ser uno de esos criterios el de la atención a la realidad social, y desde luego también el de adecuación de la norma a la Constitución, no cabrá desconocer que la evolución de la legislación arrendaticia*". Hecho este que podría permitir cierta elasticidad dentro de un sistema objetivo como el establecido por el art.27 de la LAU, o el propio CC en sede de arrendamientos. Ahora bien, para el TS parece que, al menos en este caso, que el retraso se debiera al actuar de un tercero, no tuviera la relevancia suficiente para considerarse una situación especial digna de tutela. En otras palabras, que fueran los letrados quienes hubieran consignado la cantidad tardíamente, no supone para el TS justificación alguna a favor del arrendatario.

[43] Lo cual se específica y precisa cuando se dice: *"en cambio la imposibilidad de enervación, a la que también se refiere el apdo. 3 del art. 439 de la misma ley, puede entenderse como una indicación de la demanda de desahucio no dirigida tanto al arrendatario cuanto al propio Juzgado para que la mención de dicha posibilidad ya no se incluya en la citación del demandado para la vista"*.

[44] STS 684/2009 de 20 de octubre, RJ 2009\5694, donde también hubo enervación previa.

[45] También súmese que hubo enervación previa.

[46] Esto se ha visto en la STS 673/2009 de 30 de octubre donde se establece contractualmente dicho plazo. En otras palabras, se otorga al arrendatario un beneficio de quince días, tras lo cual el arrendador podrá proceder al desahucio.

[47] Sin embargo, el TS ha admitido alegar circunstancias relativas al COVID. Práctica esta que se recuerda en la STS 1069/2024 de 24 de julio. En el mismo sentido, STS 1070/2024 de 24 de julio, debido a la peculiaridad del juicio de desahucio, se ha puesto de manifiesto que solamente se pueden alegar y probar el pago o a las circunstancias relativas a la enervación. De modo que la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial ha propuesto la modificación del art.444 de la LEC. Mediante dicha propuesta se pretende que el precepto, a raíz de las situaciones que surgieron por el COVID, se amolde a la realidad práctica. En otras palabras, que el arrendatario pueda alegar que su incumplimiento se debió a fuerza mayor o, en algunos casos, invocar la *cláusula rebus sic stantibus*. TORIBIOS FUENTES, F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2020). *Practicum proceso civil*. Aranzadi, versión accesible online en Aranzadi. Con lo cual, se propuso la siguiente redacción del apartado primero: "1. *Cuando en el juicio verbal se pretenda la recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o cantidad asimilada sólo se permitirá al demandado*

alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento o desequilibrio sobrevenido de prestaciones contractuales siempre que tales circunstancias vengan motivadas por la situación de crisis sanitaria generada por la evolución del COVID-19".

[48] Dicho por ejemplo en la STS 684/2009 de 20 de octubre.

[49] También cabe destacar que hubo enervación del desahucio en otro pleito.

[50] Doctrina esta que, en algunos casos no se ha cumplido de forma estricta por la jurisprudencia menor. Pueden verse una serie de sentencias, que según FUENTES-LOJO RIUS, se apartan de la doctrina del TS. Además, resulta más que recomendable la crítica del autor a la doctrina del TS en la materia. FUENTES-LOJO RIUS, *op.cit*., pgs.2863 a 2865.

[51] Puesto que el arrendatario abonó las dos mensualidades debidas con anterioridad a la celebración de la vista. Por otro lado, sobre la enervación, conviene tener en cuenta lo dicho en la STS 302/2014 de 28 de mayo, donde se manifiesta: *"Dice que la enervación participa de una naturaleza mixta, una casacional y otra sustantiva. Se dice en esta sentencia sobre el art.22.4 LEC que: Sin embargo, en dicho precepto no se exige que se comunique al arrendatario: 1. Que el contrato va a ser resuelto. 2. Que no procederá enervación de la acción de desahucio si no se paga en el plazo preceptivo*".

[52] Solución esta diferente a la STS 193/2009 de 26 de marzo, donde tampoco el impago le resultaría imputable al arrendatario, sino a un tercero al igual que en el caso que se menciona *ut supra*.

[53] Pues no la tilda de ilógica o arbitraria, aunque asevera que pudiera haber otras interpretaciones válidas respecto de la cláusula que establece el pago de la renta y otras cantidades.

[54] Situación esta que se vuelve a contemplar en la SAP Madrid (Secc.8ª) 306/2022 de 6 de julio. Caso en el cual la arrendadora afirma que no procede la enervación, pues sí bien se abonaron todas las rentas con anterioridad a la vista, faltaba una de ellas. En la sentencia se dice que la falta de abono se debe a circunstancias ajenas a la voluntad del arrendatario, pues hubo una retrocesión del importe transferido sin que se hubieran acreditado las causas de tal hecho. Ahora bien, el resultado es bien distinto al de la STS que se comenta, pues no probó la arrendataria el motivo del por qué de la retrocesión, pudiendo haberlo hecho preguntando a la entidad bancaria. Pero tampoco removió inmediatamente dicha situación, cosa que podría haber hecho, sino que esperó cinco meses para abonar el ingreso retroceso; es decir, esperó hasta el día de la vista. Con lo cual, en la misma sentencia, se dice que la STS citada ut supra no resulta aplicable porque la arrendataria no fue lo suficientemente diligente, pues no intentó remediar la situación de forma inmediata. Además, tampoco el arrendatario probó que la retrocesión le hubiera sido imputable a la entidad bancaria.

[55] También, el TS, aprecia motivación suficiente, lo cual hace desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal.

[56] También recuerda que el arrendador, como doctrina consolidada, no incurre en abuso de derecho al pretender desahuciar, por impago, ya sea de una mensualidad o retraso de unos días. Al contrario, entraría en abuso de derecho el arrendatario que persista en su impuntualidad.

[57] A lo largo del texto y notas se han citado, al menos tres sentencias que establecen que determinadas circunstancias, que deben valorarse, pueden incidir en la consideración de incumplimiento del arrendatario. Hay que referirse a la STS 193/2009 de 26 de marzo, STS 673/2009 de 30 de octubre y a la STS 210/2022 de 15 de marzo. Pues la referencia a determinadas circunstancias, en la STS 755/2008 de 24 de julio no gozaba de la misma claridad que las sentencias anteriormente citadas. Esto se debe, a que parece, que las circunstancias a las que se refería la STS de 2008 se debían de reconducir al abuso de derecho por parte del arrendador.

[58] Régimen especial, tanto en sede del CC como en la LAU. Pues la diferencia estriba en que el legislador, para ciertos contratos, ha llevado a cabo una concreción específica respecto a que obligaciones incumplidas tienen una entidad resolutoria suficiente.

[59] Crítica de GUILARTE GUTIERRÉZ quien dice que en materia de incumplimientos y sus consecuencias, en materia arrendaticia regida por la LAU, se ha pasado de un extremo a otro. Y llega a decir: "*Paralelamente, desde un primer momento se aprecia que la extrema dureza con que se configura el contenido y consecuencias del incumplimiento de la obligación de pago de la renta está siendo determinante de una acusada litigiosidad al propiciarse con ella intentos resolutorios que en el ámbito del derecho patrimonial común resultarían improsperables pero que aquí difícilmente pueden obviarse en función de la literalidad de unas normas que expresamente han querido reforzar el derecho del arrendador al cobro de las rentas y demás cantidades debidas*". GUILARTE GUTIERRÉZ, *op.cit*., pg.1.

1.6. Responsabilidad Civil

De nuevo sobre la responsabiliadad civil en el ámbito de derecho de familia, en especial, la ocultación o falta de atribución de la paternidad no biológica del hijo

Again civil liability in the field of family law in particular, the concealment or lack of attribution of the non-biological paternity of the child.

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil (acreditada a profesora Titular) en la Universidad Complutense de Madrid.

RESUMEN: Una de las cuestiones que en la actualidad sigue objeto de debate es la aplicación o no de la normativa de la responsabilidad civil en el ámbito del Derecho de Familia, en concreto, si son o no resarcible el incumplimiento del deber de fidelidad en cuanto su calificación o no como un deber jurídico y, por ende, si lo son, más específicamente, los daños morales y patrimoniales provenientes del ocultamiento de la verdadera paternidad no biológica de los hijos matrimoniales, como se plantea como resarcibles otros ámbitos del derecho de familia como el incumplimiento del derecho de visitas y las acciones de wrongful bitrh, wrongful life y wrongful conception. En el presente estudio se va a centrar en analizar, precisamente, si en estos supuestos es posible o no el resarcimiento de tales daños y si se puede aplicar la doctrina del cobro de lo indebido a los alimentos recibidos u otros gastos o si resulta operativo el enriquecimiento injusto, si tenemos presente la última resolución del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 2024 que, incide, de nuevo, en la materia, tras la sentencia de este mismo Alto Tribunal, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2015 relativa al no reembolso de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos por el progenitor no biológico por la vía del cobro de lo indebido, y sentencia de este mismo Alto Tribunal, y también Plenaria, de 13 de noviembre de 2018 que, además de reafirmar la irresarcibilidad de los daños derivados del incumplimiento de los deberes

https://doi.org/10.36151/rcdi.2024.805.11

conyugales y de la ocultación de la paternidad —en la línea de las sentencias de 22 y 30 de julio de 1999—, excluye, asimismo, la pretensión dirigida a obtener el reembolso de lo abonado a título de alimentos.

ABSTRACT. One of the issues that is currently still the subject of debate is the application or not of the civil liability regulations in the field of Family Law, specifically, whether or not breaches of the duty of fidelity are compensable in terms of their classification. or not as a legal duty and, therefore, if they are, more specifically, the moral and patrimonial damages arising from the concealment of the true non-biological paternity of marital children, as other areas of family law such as breach of the right of visits and the actions of wrongful bitrh, wrongful life and wrongful conception. The present study will focus on analyzing, precisely, whether in these cases compensation for such damages is possible or not and whether the doctrine of recovery of undue amounts can be applied to food received or other expenses or whether the unjust enrichment, if we keep in mind the latest resolution of the Supreme Court, Civil Chamber, of February 23, 2024, which, once again, affects the matter, after the ruling of this same High Court, of the Plenary of the Chamber of Civil, of April 24, 2015 regarding the non-reimbursement of the amounts paid as maintenance by the non-biological parent through the collection of undue amounts, and ruling of this same High Court, and also Plenary, of April 13, 2015. November 2018 which, in addition to reaffirming the irreparability of the damages derived from the breach of marital duties and the concealment of paternity — in line with the sentences of July 22 and 30, 1999 —, also excludes the claim aimed at obtaining reimbursement of what was paid as food.

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad civil, ocultación de la paternidad no biológica, deber de fidelidad, daños morales, daños patrimoniales, desconocimiento de la paternidad no biológica, cobro de lo indebido, enriquecimiento sin causa, indemnización.

KEYWORDS. Civil liability, concealment of non-biological paternity, duty of fidelity, moral damages, property damage, ignorance of non-biological paternity, undue recovery, unjust enrichment, compensation.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRATUAL.—III. LOS DEBERES CONYUGALES (DEBER DE FIDELIDAD). CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE SU INCUMPLIMIENTO.—IV. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. V. DAÑOS RESARCIBLES: TIPOLOGÍA, VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN. 1. Daños morales o extrapatrimoniales o no patrimoniales. 2. Daños patrimoniales.—VI. LA DEVOLUCIÓN O REEMBOLSO DE LAS CANTIDADES ABONADAS EN CONCEPTO DE ALIMENTOS, GASTOS Y COSTAS JUDICIALES. COBRO DE LO INDEBIDO O ENRIQUEDIMIENTO SIN CAUSA.—VII. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. EL *DIES A QUO* DE SU EJERCICIO.—VIII. OTROS DAÑOS RESARCIBLES EN EL DERECHO DE FAMILIA.—IX. CONCLUSIONES.—X. BIBLIOGRAFÍA.—XI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

La responsabilidad civil ha sido tradicionalmente una institución ajena al Derecho de Familia, inspirado en el concepto patriarcal de la familia y la casi nula intervención del Estado en las relaciones familiares.

Tras la Constitución española y las sucesivas reformas de familia adaptándose a los principio de igualdad, el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1) y, la autodeterminación del individuo, ha tenido su impacto en la propia concepción de la familia que, ha evolucionado en su base sustancial hacia tales principios, así como el respeto a los derechos fundamentales e intereses legítimos de la familia que, determinan la intervención de los tribunales asegurando su protección y efectividad, además del orden público y la paz social. Por otra parte, la responsabilidad civil no está vedada por nuestro Código Civil en su aplicación al campo del Derecho de Familia, pues no hay una norma expresa que prohíba la aplicación de la normativa de la responsabilidad civil a los daños causados en las relaciones. Además, como precisa acertadamente CASAS PLANES "al construirse el instituto jurídico de la responsabilidad civil sobre una cláusula general positivizada en el artículo 1902 del Código Civil, no establece las características típicas que debe reunir el daño resarcible y, por ende, "el Código Civil español solo otorga a ciertos perjuicios familiares unos mecanismos reparatorios específicos, como puede ser la pensión compensatoria en materia de divorcio"[1].

En este contexto, resulta cierto que, tras años de incertidumbre sobre la operatividad, precisamente, de la responsabilidad civil extracontractual en el derecho de familia, la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 13 de noviembre del 2018[2] causa jurisprudencia, negando la indemnización del daño moral y patrimonial derivado del incumplimiento del deber de fidelidad con ocultación de la paternidad, contribuyendo a la seguridad jurídica. No obstante, no se ha de olvidar que no va a impedir que continúe el vivo debate jurídico doctrinal que existe sobre el problema en estudio, al adolecer de la falta de regulación jurídica en su sede propia, el Derecho de familia, y existir una cláusula general positivizada en el artículo 1902 Código Civil que obliga a reparar el daño ilícito causado, sin vincularlo a un daño típico.

Como manifiesta ROCA TRÍAS "un sistema basado en la consideración de la familia como unidad, excluye los daños entre familiares, mientras que otro basado en la protección del individuo admitirá reglas de responsabilidad"[3]. Asimismo, VERDERA IZQUIERDO señala que "a lo largo del tiempo se ha considerado que el Derecho de Familia, de acuerdo con el principio de especialidad, es un sistema cerrado y completo y, por ello, autosuficiente por lo que el Derecho de daños sólo podría aplicarse de forma subsidiaria". Y, precisa a continuación que "todo ello, debido a las impenetrables relaciones familiares que se basan en el principio de inmunidad familiar, que nos sitúa ante la idea de la unidad del matrimonio y de la familia. En consecuencia, las normas propias del ámbito negocial quedan al margen y, con ello, las norma referidas a la responsabilidad civil ya sea contractual (artículo 1101 del Código Civil), o extracontractual (artículo 1902 del Código Civil)". Para concluir "al respecto, para que surja la responsabilidad civil, se debe haber trasgredido un interés jurídico protegido"[4]. En fin, como indica FARNÓS AMORÓS "la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil sigue

encontrando serios obstáculos cuando se trata de indemnizar daños que tienen origen en estas relaciones. Se alude, en particular, al carácter autosuficiente y cada vez más autónomo el derecho de familiar, así como a la subsidiariedad del derecho de daños"[5].

Pues bien, sobre tales bases, se debe distinguir con nitidez la responsabilidad civil por daño moral derivado, por un lado, de la vulneración del deber conyugal de fidelidad y, por otro, de la ocultación de la paternidad. Ya que, es pacífico, al menos jurisprudencialmente y defiende la mayoría de la doctrina, que el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, en concreto la infidelidad, no admite el ejercicio de acciones propias de la responsabilidad civil. En esencia, por no ser coherente con las reformas del Derecho de Familia español —*vgr.*, por la Ley 15/2015 de 8 de julio—, que no tiene en cuenta la imputabilidad de las conductas determinantes de la ruptura conyugal para la determinación de las medidas compensatorias arbitradas por el Derecho de familia.

De ser la fuente legitimadora de la obligación indemnizatoria del daño moral por ocultación de la paternidad, la institución jurídica de la responsabilidad civil, al ser autónomo del daño derivado de la vulneración del deber de fidelidad, dicha obligación nacería cuando se constaten los presupuestos clásicos de la responsabilidad civil; en este supuesto, el cónyuge o ex cónyuge demandante habría de probar la omisión antijurídica de la esposa, el daño moral y la relación causal entre ambos. Existiendo mayor controversia en lo que respecta al criterio subjetivo de imputación, dado que un sector doctrinal y jurisprudencial, exige el dolo o culpa agravada, sin vincularse éste a la intención específica de causar daño, sino revelado, entre otros indicios, en urdir estrategias o por la conducta falaz y engañosa sobre el origen de la gestación del hijo. Y esto sobre la base de la relajación del estándar de precaución razonable, de acuerdo con las pautas menos cuidadosas que se presumen en la intimidad y en orden a adaptar las reglas de la responsabilidad civil a los principios del Derecho de familia; principio que, por otro parte, se puede inferir de los artículos 1168 y 1390 del Código Civil. Mientras que, por el contrario, otro sector sólo exige una negligencia como falta de diligencia media, en coherencia con la redacción de los artículos 1089 y 1902 del Código Civil, así como con la aplicación analógica del artículo 1104 del Código Civil; no pudiéndose ignorar que los avances de la ciencia en materia de prueba biológica se traducen en el fácil acceso por parte de los ciudadanos a este tipo de pruebas. Y, en consecuencia, en la posibilidad de determinar con certeza la paternidad de una persona, evitando así que el marido pueda seguir siendo considerado padre por efecto de la presunción legal de paternidad matrimonial *ex* artículo 116 del Código Civil.

En el supuesto en estudio, estimando circunstancias concurrentes, no se cuestiona que la ocultación de la paternidad haya lesionado un interés legítimo, cual es la certeza y el mantenimiento del vínculo legal paterno-filial al producirse su pérdida y la desaparición o disminución, definitiva o no, del derecho a relacionarse con los considerados hijos biológicos, al impugnarse la paternidad una vez descubierta la realidad. Ni que de dicha lesión se derive un daño moral potencialmente resarcible pues, es evidente, que en estos supuestos se produce una frustración por la pérdida de afectos y, según los casos, la privación de un proyecto de vida familiar de entidad más objetiva. Llegándose, en algunas ocasiones a concederse indemnización por el daño psico-físico, pudiendo deducirse la indemnizabilidad del

daño a la integridad psíquica por haber ocultado la paternidad con sustantividad propia respecto del daño moral por pérdida del vínculo paterno-filial, y por vulnerar el interés legítimo de conocer la verdadera filiación de sus supuestos hijos.

Más en este supuesto, ponemos de manifiesto la dificultad para deslindar el nexo causal exclusivo junto a la ausencia de parámetros para cuantificar el daño moral.

Pues bien, en este contexto RODRIGUEZ GUITIAN argumenta como posibles razones para la exclusión del derecho de daños en el ámbito familiar entre otras: la existencia de una regla de moralidad que impide la interposición de una demanda de responsabilidad civil entre los miembros de una familia, donde el perjudicado por un daño causado por un miembro de la familia debe aceptarlo y tolerarlo, como excepción a esta regla de la moralidad se constatan los daños cubiertos por un seguro de responsabilidad o cuando se ha roto la convivencia o el afecto o se ha cometido un delito entre cónyuges; asimismo, se dispone que, las relaciones familiares derivan de un vínculo de solidaridad; por otra parte, la existencia del denominado principio de inmunidad intrafamiliar coherente con un modelo de familia patriarcal —familia autoritaria y jerarquizada— donde el padre de familia se califica de "legislador, juez y patrón"; la existencia de barreras institucionales impuesta por el propio Código Civil como la brevedad del plazo de la acción de responsabilidad civil extracontractual junto a la inexistencia de mecanismo de suspensión del plazo de prescripción mientras dure la convivencia entre los cónyuges; el carácter ético o moral de los deberes familiares; el peligro de demandas triviales y el aumento de conflictividad en el seno de la familia; además en coherencia con ello se ha de preservar la armonía y la paz familiar; y en fin, se manifiesta que, la indemnización de los daños entre familiares no cumple las funciones propias de la responsabilidad civil[6].

Además, por quienes se muestran contrarios a la aplicabilidad de las normas de responsabilidad civil en el seno de las relaciones conyugales, se alude también que no es posible la reparación con carácter general de los daños causados en el ámbito familiar, al entender que, las soluciones a los problemas familiares han de buscarse en el seno del Derecho de familia y no aplicando el artículo 1902 del Código Civil[7]. Asimismo, consideran que, el principio de especialidad del Derecho de Familia en este ámbito del ordenamiento jurídico determina que nos encontremos con un sistema autosuficiente que cuenta con sus propios remedios específicos y que excluye la aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil a los ilícitos cometidos entre cónyuges. Precisamente, el legislador por un lado, ha previsto unos remedios concretos para el resarcimiento de los daños entre familiares: en sede de gananciales, los artículos 1390 y 1391 del Código Civil referidos a la responsabilidad en los supuestos de mala gestión o fraude por parte de uno de los cónyuges; la indemnización al cónyuge de buena fe en los casos de nulidad matrimonial ex artículo 98 del Código Civil; y la compensación económica a favor del cónyuge que sufre un desequilibrio económico como consecuencia de la separación y el divorcio (artículo 97 del Código Civil); y por otro, ha establecido unos remedios distintos al resarcimiento como la posibilidad de solicitar la separación o el divorcio ante el incumplimiento de los deberes conyugales, si bien esta afirmación ha quedado vacía de contenido, pues, la Ley 15/2005, de 8 de julio que modifica el Código Civil y la LEC en materia de separación y divorcio

ha previsto un divorcio *express* que sustituye al anterior divorcio causal, de forma que, cualquiera de los cónyuges puede solicitar la separación o el divorcio sin necesidad de alegar ninguna causa determinada para ello, pues, resulta suficiente la mera voluntad del cónyuge que solicita la separación o el divorcio, por lo que en la actualidad no hace falta alegar como causa el incumplimiento del deber de fidelidad para solicitar la separación o el divorcio[8]. No obstante, se mantiene en la actualidad que, el incumplimiento de los deberes conyugales pueda constituir causa para la cesación de la obligación de dar alimentos cuando el alimentista incumple el deber conyugal (artículo 152.4 del Código Civil) y la de constituir justa causa para desheredar (artículo 855.1 del Código Civil)[9]. También se señala que en todo caso, puede surgir responsabilidad civil cuando el comportamiento dañoso de un cónyuge a otro esté tipificado en el Código Penal como delito o falta o cuando se vulnere alguno de los derechos fundamentales[10]. Asimismo, se indica que, en la práctica solo se reclama cuando se dan circunstancia que sin contravenir las reglas de la moralidad permiten hacerlo, como sucede en el caso que los daños estén cubiertos por un seguro de responsabilidad civil[11]. En fin, se entiende que en el Derecho de Familia "no existe una laguna legal que deba integrarse indiscriminadamente mediante las reglas de responsabilidad civil"[12].

Frente a tales planteamientos, se argumenta por quienes se muestran favorables a la admisión con carácter general de la indemnización de los daños causados en el seno de la familia y, de los daños derivados del incumplimiento de los deberes conyugales que, el Derecho de familia no es un conjunto de normas absolutamente cerrado y de aplicación excluyente y exclusiva, sino que se puede aplicar el derecho de daños, cuando éstos efectivamente tengan lugar y proceder a su reparación[13]. Precisamente, se indica que, la redacción abierta de nuestras normas de responsabilidad civil, en concreto del artículo 1902 del Código Civil sin una lista taxativa de supuestos indemnizables "admite tanto la inclusión de los daños entre familiares dentro de su tenor literal como la modificación de sus principios generales en el ámbito familiar"; y, asimismo, "permiten al juez la incorporación de las características propias de los roles familiares, obteniendo así los mismos resultados que los ordenamientos que poseen normas específicas sobre responsabilidad civil en el Derecho de familia"[14]. Además, en la regulación de Derecho de familia aunque no se contienen normas particulares de responsabilidad civil por daños causados entre familiares, tampoco ningún precepto del Código Civil excluye la operatividad de las reglas generales de responsabilidad civil, esto es, del artículo 1902 del Código Civil entre el causante y la víctima cuando media una relación familiar[15]; por lo que desde tal planteamiento, procede señalar que, aun no siendo completo y cerrado el ordenamiento jurídico familiar, es posible la extensión de los remedios indemnizatorios propios de la responsabilidad civil al Derecho de familia[16]. Asimismo, se indica que, la cláusula general de responsabilidad civil puede servir de complemento a las reglas de derecho de familia, pues, nuestro sistema de responsabilidad civil, dándose los presupuestos exigidos para su operatividad, considera indemnizables cualquier daño que tenga lugar y sea digno de protección jurídica, sin que se individualice el resarcimiento en un derecho subjetivo concreto[17]. Tal planteamiento, sin embargo, resulta criticable para una parte de la doctrina, pues, entienden que, tal cláusula general de responsabilidad civil no puede servir como complemento de las reglas de familia; de ahí, que para ellos

constituya una realidad defendible la contraposición entre lo que por la doctrina se ha denominado "tipicidad de la responsabilidad civil en el derecho de familia" y lo que constituye la cláusula general de responsabilidad civil[18].

Ahora bien, tras Constitución española de 1978 donde ya no se sitúa al grupo familiar en una situación de poder frente a los miembros que la componen, sino que se da especial relevancia a la autonomía individual de éstos, al desarrollo de su personalidad y se fundamentan las relaciones entre los cónyuges sobre la base del principio de igualdad (artículos 14 y 32 de la misma) y la patria potestad como una función dual, supone que, en la actualidad hemos transitado desde una versión clásica de la familia, en que se predicaba una inmunidad absoluta por la que la mera condición de cónyuge provocaba la exención de responsabilidad, prescindiendo de cualquier otra consideración —lo que, como hemos reseñado, se correspondía con una idea patriarcal y de privacidad de la familia—, a una visión mucho más moderna, propia ya del liberalismo, en la que se busca potenciar los derechos individuales de las personas también dentro del ámbito familiar, la igualdad entre los cónyuges y, se fomenta la propia autonomía privada en la determinación de las relaciones conyugales. Es a partir de dicha configuración del matrimonio y de la familia como comunidad donde cada uno de los integrantes desarrolla su personalidad, y donde, asimismo, comienza a plantearse la posible aplicación de las reglas de la responsabilidad civil en este ámbito cuando, pues, en principio, no existe en nuestro ordenamiento ninguna excepción a la aplicación de las normas generales sobre derecho de daños que, derive, precisamente, de la propia existencia de la convivencia conyugal o en una relación familiar[19]. Tal moderna concepción de la familia se ha considerado por algunos como la base fundamental que permite "derribar reglas y postulados que han impedido y obstaculizado la normal aplicación de las normas generales de responsabilidad civil"[20].

De todas formas, desde una posición intermedia se precisa que, no se trata tanto de admitir o negar que se pueda o no haber daños en la relación entre cónyuges, sino en aceptar o rechazar que el mero incumplimiento en sí mismo pueda dar lugar a daños y que sean susceptibles de reparación al amparo del artículo 1902 del Código Civil. Por lo que, desde este planteamiento no se trata de rechazar de entrada el Derecho de daños en las relaciones conyugales, sino de acotar el camino para evitar que cualquier incumplimiento de un deber conyugal pueda ser considerado causa suficiente para reclamar un daño[21].

En este contexto, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la responsabilidad civil por los daños ocasionados por un familiar a otro. Se refieren a un tipo específico de daños, en concreto, los derivados del incumplimiento del deber de infidelidad y la posterior ocultación al marido del carácter extramatrimonial del hijo y, operan sobre una base fáctica similar: el marido, tras la ruptura del matrimonio y una vez ha prosperado la impugnación de la maternidad, interpone contra la esposa una acción de reclamación por daños morales y patrimoniales derivados, precisamente, de la ocultación de la paternidad no biológica del hijo. Son las sentencias de la Sala de lo Civil de 22 y 30 de julio de 1999[22]. También debemos señalar que, la base jurídica de la demanda es distinta, en la primera se pretende aplicar el artículo 1902 del Código Civil; y en la segunda, el artículo 1101 del citado cuerpo legal. Lo cierto es que, ambas con diversos argumentos jurídicos impiden la aplicación del remedio de la responsabilidad civil en tales casos.

Para ROCA I TRIAS de acuerdo con estas sentencias "el edificio resiste, pero no sabemos por cuanto tiempo"[23]. Hay que decir que, todavía resiste, con la última resolución del Tribunal Supremo, que analizaremos.

Así, la sentencia de 22 de julio de 1999 consideró inaplicable el artículo 1902 del Código Civil al caso, por no apreciar dolo en la conducta de la demandada que conoció a comienzos del año 1990 la paternidad no biológica de uno de sus hijos —Jorge Ignacio nacido el 11 de abril de 1966—, cuando éste tenía 24 años y, en consecuencia, opta por negar la indemnización por daños morales y patrimoniales, señalando en su *Fundamento de Derecho sexto* que: "Ciertamente los supuestos que comporta la aplicación del artículo 1902 del Texto legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora C., y de aquí, que el perecimiento del primer motivo del recurso lleve implícito el correspondiente al segundo analizado".

Por su parte, la sentencia de 30 de julio de 1999[24] aun apreciando dolo en la conducta de la ex esposa, quien, no obstante, impugnó la paternidad de los dos hijos un año después de tener lugar la separación matrimonial y, además hizo público los hechos en el diario "El País", niega la procedencia de la indemnización al considerar que el daño moral generado por uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna —no genera ningún efecto económico— y la única consecuencia del incumplimiento del deber de fidelidad del artículo 68 del Código Civil es la separación (artículo 82.1 del Código Civil en su redacción anterior a la Ley 15/2005), siendo así independiente de la pensión compensatoria del artículo 98 del Código Civil, además la admisión de tal demanda conllevaría estimar que cualquier alteración de la convivencia de matrimonial puede ser objeto de la correspondiente indemnización y, asimismo, conllevaría la multiplicación de demandas triviales y la alteración de la paz familiar, sin olvidar que en estos supuestos son de aplicación de forma exclusiva y excluyente las normas del Derecho de familia. El recurrente había denunciado como infringidos los artículos 67 y 68 del Código Civil en relación con el artículo 1101 del citado cuerpo legal. Frente a esta pretensión del recurrente, el Tribunal Supremo niega la indemnización en base al siguiente argumento: "Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, en ningún modo es posible comprenderlos dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97 e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues, lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemni-

zar" (Fundamento de Derecho tercero)[25]; y concluye que "el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal "a quo" haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del Código Civil en relación con el 1101 del mismo" (Fundamento de Derecho cuarto)[26].

Con posterioridad, se han vuelto a plantear casos similares a los anteriores, si bien en estos supuestos, el Tribunal Supremo ha resuelto sobre el fondo del asunto por considerar prescrita la acción ejercitada por el demandante. En concreto, las sentencias de 14 de julio de 2010[27] y de 18 de junio de 2012[28]. No obstante, con anterioridad a estas sentencias, si bien, referido a los daños por obstaculizar la relación personal entre un progenitor y sus hijos, se dictó por este Alto Tribunal y Sala, la sentencia de 30 de junio de 2009[29] en la que se resuelve la demanda presentada por el padre contra su ex pareja que había impedido que el demandante tuviera relación con su hijo al que se había llevado a EEUU en contra de las resoluciones judiciales que, resolvieron sobre su guarda y custodia. También demandó al Centro de Mejoramiento Personal A.C. y a la Asociación Civil Dianética, nombre con el que la Iglesia de la Cienciología está inscrita en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación contra la sentencia de apelación que había considerado prescrita la acción y declara que la madre ha violado los derechos del padre de relacionarse con su hijo, además de desobedecer las resoluciones judiciales dictadas al efecto en España y condena a la madre a abonar la cantidad de 60.000 euros por los daños morales sufridos por el demandante a consecuencia de la privación de todo contacto con el hijo y por la pérdida irreversible de su relación con él. Al respecto estableció que *"Dª. Remedios efectuó un acto contrario a derecho en un doble sentido, en primer lugar, impidiendo que el menor su hijo pudiese relacionarse con su padre, vulnerando así el artículo 160 del Código Civil, y, en segundo lugar, oponiéndose a la ejecución de la sentencia que otorgaba la guarda y custodia del hijo a su padre, que conocía perfectamente porque en las diversas resoluciones reseñadas aparece actuando por medio de procurador. Por tanto, conociendo el contenido de las diversas sentencias que ella misma recurrió, debe considerarse que hubo una acción deliberada dirigida a cometer un acto consistente en impedir las relaciones paterno-filiales"*. En cuanto al daño moral afirma que *"el problema de las relaciones entre los progenitores separados en orden a la facilitación de los tratos de quien no convive con los hijos cuya guarda y custodia ha sido atribuida al otro progenitor presenta problemas complejos, hasta el punto que en diversas reuniones internacionales se ha venido manteniendo el principio de sanción al progenitor incumplidor para proteger no solo el interés del menor, sino el de quien no convive con el hijo"*, a lo que añade que *"el daño existe en este caso y no consiste únicamente en la imposibilidad de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, porque en este caso solo podría ser reclamado por el menor afectado por el alejamiento impuesto por el progenitor que impide las relaciones con el otro, sino que consiste en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor. Debe tenerse en cuenta además un nuevo elemento y es que el moderno derecho de familia rechaza la imposición coactiva de obligaciones que puedan limitar la personalidad de los individuos, por lo que aun cuando sea posible sancionar el incumplimiento de las obligaciones entre padres e hijos, se imponen modulaciones en interés de los propios*

hijos". En base a lo dicho concluye que *"el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia"*. En todo caso, el Tribunal Supremo no condena a la Iglesia de Cienciología, por no haberse probado la influencia que la misma hubiera ejercido en la decisión de Dª. Remedios, y, además para proteger el principio de libertad religiosa recogido en el artículo 16 de la Constitución española[30].

De nuevo, se ha vuelto a pronunciar nuestro Tribunal Supremo sobre la ocultación de la paternidad no biológica de un hijo en sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 2018[31] intentando resolver la cuestión, pero sin acallar el debate, como hemos indicado en líneas precedentes. Al respecto, precisa que "sin duda estamos ante una de las cuestiones, no solo de mayor complejidad, sino de mayor actualidad del derecho de familia, tanto en el ámbito de la doctrina científica, como en el de las Audiencias Provinciales y en el derecho comparado, con posiciones contrarias sobre la aplicación de la normativa propia de la responsabilidad civil extracontractual a las relaciones de familia, algo que hasta hace no mucho tiempo ha sido ajeno al derecho de daños, posiblemente para preservar estas relaciones y porque no era fácil, como ocurre con los alimentos, encajarla en nuestro sistema" (*Fundamento Jurídico 4º*), y que, "mantiene en lo sustancial la doctrina sentada en la sentencia de 30 de julio de 1999, descartando la aplicación al caso del artículo 1902 del Código Civil, por conducta dolosa del cónyuge que ocultó al otro la paternidad de uno de los hijos, que se hace en la sentencia de 22 de julio de 1999", declara que el daño moral derivado de la ocultación al marido de su falta de paternidad no es susceptible de reparación económica. Si bien, no niega el Tribunal que conductas como las que se enjuician en este caso o en otros, sean susceptibles de causar daño. Lo que niega es que ese daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar. Entiende la Sala que, esta solución no deja sin aplicación el sistema de responsabilidad civil prevista en el artículo 1902 del Código Civil, simplemente acota el daño indemnizable a supuestos que, en el marco de la relación del matrimonio rota por el divorcio —en el que tiene especial encaje el recurso formulado— no tienen su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad del artículo 68 del Código Civil, sino en la condición de persona afectada por la acción culposa o negligente de quien lo causa. Afirma, en consecuencia, que la normativa reguladora del matrimonio no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo mediante la acción de impugnación de la filiación. Se regulan unos deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles jurídicamente con medidas distintas. Se trata, en definitiva, de una regulación específica o propia del derecho de familia de la que quedan al margen conductas como la enjuiciada, pues nada dice sobre las consecuencias que en este ámbito tiene la desatención de los deberes impuestos en el artículo 68 del Código Civil. Asimismo, manifiesta que, si bien la sentencia de apelación no puso en rel-

ación el daño con la infidelidad conyugal, sino con la ocultación de sus efectos, lo que realmente lleva a tal ocultación es, precisamente, el incumplimiento del deber de fidelidad, por lo que es de aplicación la doctrina expuesta de no resarcimiento de daño derivado de tal ocultación; en fin, considera improcedente la devolución de los alimentos abonados para el sustento del hijo en base a la doctrina ya fijada en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y también del Pleno de la Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2015, que, igualmente analizaremos; y declara no prescrita la acción de responsabilidad civil extracontractual[32].

Recientemente, se ha vuelto a pronunciar el Tribunal Supremo en sentencia de la Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 2024[33] señalando al respecto que no responde frente al ex marido que le ocultó que no era el padre de la hija concebida durante el noviazgo.

No pueden imputársele en exclusiva los perjuicios que reclama el marido como consecuencia de la errónea creencia que fuera el padre de la niña. Atendidas, pues, las circunstancias que el mismo relata sobre el noviazgo y sobre la única relación sexual que mantuvieron antes del matrimonio, pudo tener motivos muy fundados para creer que no era el padre. El demandante ejercitó frente a su ex esposa y frente al hombre que resultó ser el padre biológico de la niña concebida antes del matrimonio y nacida tras su celebración (que había ejercitado con éxito una acción de reclamación de paternidad del marido) acción indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual por ocultación de la verdadera paternidad de la niña.

El Juzgado de Primera Instancia, número 19 de Madrid en sentencia de 6 de febrero de 2019 desestima la demanda respecto de los dos codemandados. Declara en esta sentencia: 1) No hay prescripción de la acción, contra lo invocado por el codemandado Fabio. 2) No hay cosa juzgada de la sentencia dictada, después de presentada la demanda de este proceso, sobre nulidad matrimonial, en la que se fija una indemnización a favor del ahora demandante de 18.000 euros. 3) En cuanto a la indemnización por daños morales, a partir de lo declarado por la sentencia de nulidad del Tribunal Eclesiástico, no cabe ver en la demandada una intención maliciosa de engañar al demandante, por lo que no existe el dolo que podría originar la responsabilidad. En cuanto al codemandado, no tiene responsabilidad alguna, pues no tiene el deber jurídico de comunicar al demandante su paternidad biológica. 4) No procede la indemnización por la lesión del honor y dignidad del demandante. No ha habido ninguna intromisión relacionada con la Ley Orgánica 1/1982. 5) No procede indemnizar los gastos del proceso de filiación, que forman parte de las costas. 6) No procede el pago de los gastos de la prueba de paternidad, pues fue una decisión voluntaria del demandante. 7) No procede la condena del codemandado al reintegro de los gastos de atención de la hija, conforme a la doctrina jurisprudencial.

Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la sentencia de la Audiencia Provincial, sección 8ª, de 24 de mayo de 2019 estima en parte el recurso de apelación, estima en parte la demanda y condena a la demandada al pago de 12.191,42 euros por daños físico-psíquicos y 50.000 euros por daño moral. La sentencia confirma la exclusión de la responsabilidad del padre biológico que había sido codemandado, pero también desestima el recurso de apelación interpuesto

por este último impugnando la no imposición de costas al demandante en la primera instancia.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 8ª, de 24 de mayo de 2019 estimó parcialmente el recurso de apelación respecto de la madre, a quien condenó a indemnizar al actor por daños físico-psíquicos e intereses por mora procesal en la suma de 12.191.42 euros y por daño moral e intereses por mora procesal (50.000 euros). La madre recurre en casación.

En lo que interesa a efectos del recurso de casación, la decisión de la Audiencia respecto de la madre demandada y ahora recurrente se basa, en síntesis, en las siguientes consideraciones: 1) No es aplicable a este caso la doctrina jurisprudencial fijada en la sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo 629/2018, de 13 de noviembre, puesto que la ocultación de las dudas sobre la paternidad o el conocimiento de que la menor no era hija del demandante no pueden incardinarse en los deberes conyugales, ni en concreto en las consecuencias de la infracción del deber de fidelidad, pues la relación mantenida por la demandada con el padre biológico de la niña fue anterior al matrimonio, cuando la madre mantenía con el demandante una relación de noviazgo; 2) No hay regulación legal de la relación de noviazgo, por lo que si un miembro de la pareja realiza una conducta que causa daño al otro, causalmente relacionado, debe ser indemnizado; 3) Queda descartado el dolo de la demandada, pues no se puede concluir que María Consuelo supiera desde el primer momento que el actor no era el padre biológico de la niña, pero su actuar debe calificarse de culposo, pues no actuó con la diligencia que el caso debía, atendidas las circunstancias, pues había mantenido relaciones con Fabio y por tanto conocía la posibilidad de que el embarazo no obedeciese a la relación mantenida con Diego, por lo que necesariamente debió tener dudas sobre la paternidad y no se lo manifestó a Diego; también porque, en 2011, una vez que tuvo conocimiento cierto de que Diego no era el padre, no se lo comunicó.

La demandada condenada interpone recurso de casación, fundado en tres motivos.

En el primer motivo del recurso de casación se denuncia la infracción de los artículos 1968.2 y 1969 del Código Civil, por entender que la acción estaba prescrita cuando se interpuso la demanda y debe ser desestimado.

Los motivos segundo y tercero del recurso de casación se analizan conjuntamente, pues, en ambos se denuncia la infracción del artículo 1902 del Código Civil por entender que no concurren sus presupuestos y porque el precepto no es aplicable a las relaciones familiares, por lo que no son indemnizables los trastornos psicológicos y el daño moral reclamados.

Comienza haciendo referencia a la sentencia del pleno 629/2018, de 13 de noviembre, que descartó la aplicación del citado artículo 1902 del Código Civil al caso del cónyuge que ocultó la verdadera paternidad de uno de los hijos, afirmó que, conductas como la enjuiciada tienen respuesta en la normativa reguladora del matrimonio, que no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo mediante la acción de impugnación de la filiación. La sentencia se refería a un supuesto en el que el embarazo de la madre como consecuencia de las relaciones sexuales con un tercero se produjo cuando estaba casada con el actor, y la sentencia de apelación, que fue casada, relacionó los daños no

con la infidelidad, pero sí con los efectos de la ocultación de la infidelidad matrimonial, consistentes en haber tenido el marido como propio un hijo que no lo era. De ahí las referencias en la mencionada sentencia 629/2018, de 13 de noviembre, a la fidelidad matrimonial.

En el caso que juzga la actual sentencia la niña fue concebida antes del matrimonio de los litigantes y por este motivo, la sentencia recurrida considera que se trata de un caso diferente al que tuvo en cuenta la citada sentencia del pleno 629/2018, de 13 de noviembre, pues la relación de María Consuelo con Fabio por la que se concibió la niña fue anterior al matrimonio de María Consuelo y Diego, cuando "simplemente eran novios" y, dice la sentencia ahora recurrida, "para las relaciones de "noviazgo" no existe regulación legal alguna".

Frente a esta interpretación que lleva a cabo la sentencia recurrida de la sentencia 629/2018, observar el Alto Tribunal que no puede haber diferencia en la solución que se alcance por el hecho de que exista o no matrimonio (o, de haberlo, como es el caso, por el hecho de que la concepción tuviera lugar antes de su celebración); si verdaderamente lo que se pretende (y se reconoce, como hace la sentencia recurrida) es el resarcimiento de los trastornos emocionales y los perjuicios morales ocasionados al ser privado el actor "de la presencia o de la convivencia" con la niña. El interés de criar a los propios hijos y no verse expuesto a su privación sería reconocible con independencia del vínculo matrimonial.

Ahora bien, señala que, cuestión distinta es si lo que se pretende es el resarcimiento de los perjuicios sufridos por haber celebrado el marido un matrimonio, luego declarado nulo por la creencia equivocada de que el hijo que esperaba la esposa era suyo. En el caso, esta pretensión fue objeto de otro procedimiento en el que la sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia por la que declaró la nulidad del matrimonio por "error sobre las cualidades esenciales de la otra contrayente" (artículo 73.4 del Código Civil). También reconoció el derecho de Diego a recibir una indemnización de 18.000 € por daño moral (con apoyo, no en el artículo 1902 del Código Civil, sino en los artículos 7 y 98 Código Civil) "por la frustración de un proyecto de vida en común posteriormente invalidado". La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de febrero de 2016 (que no es la ahora recurrida): de una parte, para declarar la nulidad, tuvo especialmente en cuenta las declaraciones de los testigos en el sentido de que los contrayentes accedieron a contraer matrimonio a causa del embarazo de María Consuelo, y el convencimiento manifestado por ambos de la paternidad de Diego, quien conoció la inexistencia de tal relación biológica en el mes de enero de 2013 cuando, a causa del deterioro de las relaciones conyugales, se hizo la prueba de paternidad. La misma sentencia, por otra parte, consideró que era "suficiente la mera actitud imprudente o negligente del cónyuge obligado a indemnizar conforme al artículo 98 del Código Civil"; y entendió que María Consuelo "aunque ignorara, al tiempo de celebrarse el matrimonio, que pudiese padecer alguna enfermedad de transmisión sexual, y en ello no basamos la declaración anulatoria, existía la posibilidad, perfectamente conocida por la misma, de que el embarazo que determinó la celebración del matrimonio obedeciese a sus relaciones con un tercero, lo que no manifestó entonces a Diego".

Continúa indicando que, con independencia de la existencia o no de matrimonio, la responsabilidad civil de la madre frente al padre por haber sido "privado

de la presencia o de la convivencia" con la niña, que es por lo que ha condenado la sentencia objeto de este recurso de casación, en este caso no está justificada.

En primer lugar, recuerda la Sala de lo Civil, como hizo la citada sentencia del Pleno 629/2018, en línea con la mejor doctrina, la función de "acotamiento" propia de las reglas generales de responsabilidad civil. La función de "acotamiento" o "demarcación", en cuanto definición de derechos entre las partes (dicho de manera simple, la libertad de quien realiza una acción u omisión, de un lado, y los intereses de las víctimas, por otro) exige tener en cuenta, junto a los intereses del varón a quien se atribuye una falsa paternidad, los demás intereses protegibles concurrentes, que en el ámbito del Derecho de familia están sometidos a sus propias normas y principios.

Por otra parte, se pone de manifiesto que, nuestro sistema de responsabilidad extracontractual sea de cláusula abierta, general, significa que todo daño puede ser indemnizable si es digno de protección. Pero por eso precisamente no se excluye, que en la apreciación de si debe dispensarse la tutela aquiliana a un concreto interés deban valorarse todos los intereses concurrentes.

Entre otros, el interés general en la estabilidad de las relaciones familiares, que no ha desaparecido aunque deba conciliarse con los derechos fundamentales individuales de todos sus miembros; los derechos a la intimidad, autonomía y dignidad de la mujer que, sin ser en modo alguno absolutos, pueden contribuir a que no se afirme de manera incondicional y absoluta un deber, sancionable vía responsabilidad civil, de información o de comunicación de una duda sobre una paternidad (lo que puede no estar justificado en atención a las circunstancias, bien por las relaciones abiertas admitidas en la pareja, bien por el riesgo de propiciar una ruptura familiar aunque finalmente el hijo acabe siendo de la pareja, bien por la protección del interés del menor, que puede quedar tutelado adecuadamente sin perjudicar los demás intereses cuando concurre la voluntad conjunta de formar una familia con independencia de la veracidad biológica, principio constitucional que tampoco es absoluto en sede de filiación, en especial cuando solo se cuestiona en el momento en que surge una crisis en la convivencia familiar).

Es, por ello que, entiende que, no debe excluirse que puedan llegar a advertirse comportamientos abusivos que generen daños que deban ser resarcidos, lo que en cada caso estará en función de las circunstancias concurrentes. Además, en el caso de que en atención a las circunstancias la conclusión fuera favorable a la aplicación de las reglas de responsabilidad, para la fijación de la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados habría que tomar en consideración las categorías propias del derecho de daños, en particular en función del conocimiento que aquel que invoca la ocultación hubiera podido tener de su falta de paternidad.

Pues bien, la aplicación al caso litigioso de las anteriores consideraciones determina la estimación de los dos motivos del recurso de casación y, al asumir la instancia, a la vista de la prueba que consta en las actuaciones, confirmamos el fallo de la sentencia de primera instancia en el sentido de absolver a la demandada ahora recurrente.

En efecto, no concurren en este caso circunstancias que permitan establecer la responsabilidad de la demandada. Es el propio demandante quien desde su relato de hechos en la demanda refiere que, tras una previa relación de noviazgo, dejaron la relación, que María Consuelo tuvo entonces otro novio, un compañero

de trabajo, con el que iba a casarse, pero anuló la boda, y volvieron a salir el actor y ella. Refiere también que la actitud de María Consuelo durante el noviazgo hizo la relación difícil, que ella decía que iba a dejar ese trabajo. Y cuenta cómo, a pesar de haber acordado mantener un noviazgo en castidad, el último fin de semana de octubre de 2009 tuvieron una relación sexual no completa (sin penetración, pero con eyaculación). Explica que fue la única relación sexual que tuvieron hasta después de casarse. Refiere también que cuando ella le comunicó que estaba embarazada recuerda perfectamente que le preguntó "¿De mí?", a lo que ella le respondió con certeza que sí.

A este respecto entiende el Alto Tribunal que, al igual que el juzgado, muy clarificador lo que se recoge en la sentencia dictada por el Tribunal Eclesiástico en el procedimiento de nulidad seguido a instancias del marido y en el que se declaró la nulidad por incapacidad de la esposa para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, pero no por error doloso ni sobre la fidelidad de la esposa ni sobre la paternidad de la niña. Sobre este particular, se recoge en esta sentencia: "(...) el *íter* de los acontecimientos hemos podido comprobar cómo a pesar de la infidelidad de la demandada, conocida por el demandante antes de la celebración del matrimonio, él accedió, a pesar de lo "horroroso y humillante" de dicha realidad a continuar la relación de noviazgo con ella (F. 118). Que, aunque, sospechaba y la infidelidad desde el principio comenzó un segundo período de relación con ella (...). Sumando que el esposo demandante en ningún momento de su declaración afirma, como por el contrario hace en relación a la paternidad, que de haber sabido que a esposa era infiel antes de contraer matrimonio, él no se hubiera casado con ella. Sumando que incluso descubierta la infidelidad tras el matrimonio decide continuar con la convivencia: "Le dije que estaba dispuesto a continuar hacia delante si ella estaba dispuesta a cambiar" (F. 120). "(...) Como se puede verse en las declaraciones del esposo lo que este intentó fue negar la realidad que en aquellos momentos comenzaba a ser poco menos que evidente (...)". "Pese a que de las declaraciones parezca desprenderse que el esposo no habría contraído matrimonio de saber que la hija que espera Dª María Consuelo no era suya: "si yo hubiera sabido que ella estaba embarazada de otra persona no me hubiera casado con ella" (F.120) o "Si Diego hubiera sabido que no era el padre de la niña, seguro que no se hubiera casado conmigo" (F. 128), el comportamiento real es otro. Cuando el esposo empieza a tener indicios claros de que la paternidad de la hija era de otro hombre, e incluso cuando lo supo con certeza, el vencimiento del error no provocó, sin embargo, que el rompiese la relación, con lo cual tampoco podemos concluir que el hipotético error doloso en este sentido fuera la causa directa de la prestación del consentimiento matrimonial por parte del esposo.

"De nuevo el esposo intentó negar una realidad incluso cuando fue evidente, como dice el Perito: "...Más bien, cada uno por su parte se engañó a sí mismo, de acuerdo con la alternativa menos conflictiva de las posibles, y alimentó en el otro el error, dando prioridad a su deseo sobre el origen de la paternidad, en detrimento del sentido de realidad" (F. 230)".

"(...) Si el esposo demandante alega el estado de embriaguez para no saber si la única relación sexual era suficiente para producir el embarazo, dudando de si hubo no penetración total y eyaculación intercorpórea (F.119) ¿por qué la esposa no podría tener también la misma incertidumbre? ...".

Tomando en consideración las circunstancias referidas por el propio demandante acerca de la relación de noviazgo y acerca de que la única relación sexual que tuvo con la demandada antes del matrimonio "fue una relación sexual no completa (sin penetración pero con eyaculación)" señala la Sala de lo Civil que, aunque no excluye el embarazo, lo hace altamente improbable; por lo que le lleva a concluir que el propio actor pudo tener motivos muy fundados para creer que él no era el padre. Ciertamente, se precisa por el Tribunal Supremo que a la valoración de la sentencia ahora recurrida de "que ella creyera o quisiera creer que el embarazo se debía a la relación mantenida con D. Diego, pero no deja de ser una creencia, esperanza o deseo", debe sumarse, por ser coherente con el propio relato del demandante, la valoración de la sentencia de nulidad canónica seguida a instancias suyas acerca de que "...más bien, cada uno por su parte se engañó a sí mismo, de acuerdo con la alternativa menos conflictiva de las posibles, y alimentó en el otro el error, dando prioridad a su deseo sobre el origen de la paternidad, en detrimento del sentido de realidad".

En definitiva, en este caso, se considera que, en atención a las circunstancias, no pueden cargarse en exclusiva sobre la mujer los perjuicios reclamados por el actor como consecuencia de la errónea creencia de que fuera el padre de la niña.

De ahí que, estime el Alto Tribunal los motivos segundo y tercero del recurso de casación, y por las mismas razones desestimamos íntegramente el recurso de apelación del demandante y absolvemos a María Consuelo de la demanda dirigida contra ella.

En consideración a lo expuesto, nos parece oportuno manifestar que, interpuesto el recurso de casación por la demandada, el Tribunal Supremo acuerda dejar sin estos efectos de pronunciamientos de responsabilidad y condena

Estima el Alto Tribunal que no está justificada la declaración de responsabilidad civil, contenida en la sentencia recurrida, por haber privado al demandante de la presencia o de la convivencia con la niña.

Para llegar a dicha conclusión trae a colación las circunstancias del noviazgo relatadas el propio demandante (que señala que tras una previa relación de noviazgo dejaron la relación, que la demandada tuvo entonces otro novio, un compañero de trabajo, con el que iba a casarse, pero anuló la boda y que volvieron a salir el acto y ella), así como que mantuvieron una única relación sexual no completa antes del matrimonio (sin penetración, pero con eyaculación).

La Sala, además, considera que, atendidas esas circunstancias, que no excluyen el embarazo, lo hacen altamente improbable; por lo que, el actor pudo tener motivos muy fundados para creer que él no era el padre. En este caso, no se índice en el comportamiento doloso o culposo de la esposa oculto la paternidad; si no en el comportamiento del marido que, desde un principio tenía dudas y aun así la reconoció como hija. La actitud en cierta forma "cómplice" del padre determina que no juegue la responsabilidad. El conocimiento de la no paternidad excluye la indemnización de daños y perjuicios; lo que impide cuestionar, como en otros supuestos ha hecho el Tribunal Supremo, sobre la acción u omisión culposa o dolosa de la esposa y su relación de causalidad con el daño causado (no paternidad) y la posible reclamación de alimentos (por cobro de lo indebido).

A ello añade el hecho que el matrimonio de los litigantes fue declarado nulo por el Tribunal Eclesiástico en el procedimiento de nulidad seguido a instancia del

marido por incapacidad de la esposa para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, pero no por error doloso ni sobre la fidelidad de la esposa, ni sobre la paternidad de la niña.

En definitiva, teniendo en cuenta todos los datos del caso, declara el Tribunal que no pueden cargarse en exclusiva sobre la mujer los perjuicios reclamados por el actor como consecuencia de la errónea creencia que fuera el padre de la niña, por lo que estima su recurso de casación y la absuelve de la demanda dirigida contra ella.

Tras examinar en conjunto estos pronunciamientos del Alto Tribunal, no podemos hablar de una doctrina pacífica y uniforme. De todas ellas, sí se deja entrever que estamos ante una cuestión polémica. Y siempre que se ha podido se ha abordado tangencialmente, evitando entrar en el fondo del asunto. La única excepción es la sentencia de 2018 que da un paso adelante con la intención de fijar ya criterio y en la última resolución que opera en el no desconocimiento de la no paternidad por el marido y su inacción. Así interpretando de forma contraria lo dispuesto en la sentencia de 22 de julio de 1999, han considerado indemnizable por daño moral al concurrir conducta dolosa de la demandada, junto a los demás presupuestos del artículo 1902[34]; o han entendido que procede tal indemnización por daños morales o patrimoniales en caso de conducta culposa o negligente de la pareja; o, en fin, como analizaremos, han seguido la doctrina fijada en tales sentencias del Alto Tribunal y no considerar indemnizable el daño, al no concurrir dolo ni culpa.

Ciertamente, la cuestión relativa a la aplicación del derecho de daños a las relaciones familiares ha transitado desde una versión clásica, en que se predicaba una inmunidad absoluta por la que la mera condición de cónyuge provocaba la exención de responsabilidad prescindiendo de cualquier otra consideración —y que se corresponde con una idea patriarcal de la familia como institución y que desde el punto de vista del derecho se imponía con el propósito de preservar la paz y la privacidad de la familia—, a una versión o visión más moderna, propia ya del liberalismo, en la que se busca potenciar los derechos individuales de las personas también en el ámbito de la familia y la propia autonomía privada en la determinación de las relaciones conyugales. Y es a partir de dicha configuración del matrimonio, y de la familia, como comunidad donde cada uno de los integrantes desarrolla su personalidad, donde comienza a abrirse el cauce de la exigencia de la responsabilidad civil cuando, como ocurre en el caso español, no existe ninguna excepción a la aplicación de las normas generales sobre derecho de daños que tenga su previa razón de ser en la existencia de la convivencia o la relación familiar. Es cierto, en tal sentido, que existen ordenamientos jurídicos, como el alemán, que reconocen reglas que imponen estándares de conducta o de diligencia en el cumplimiento de los deberes familiares, y que determinan incluso las consecuencias que se producen en el orden indemnizatorio ante su vulneración, si bien se limitan siempre a la exigencia de responsabilidad por dolo o culpa grave; sin embargo, en otros, como el español, ante la ausencia de normas específicas, la aplicación de las normas generales sobre la responsabilidad civil no nos debe llevar a exigir al agente productor del daño la obligación de indemnizar en los mismos supuestos que debería hacerlo frente a un tercero.

Al contrario, no parece que el incumplimiento de los deberes conyugales (artículos 67 y 68, esencialmente) pueda provocar su coercibilidad integral o por equivalente, de suerte que se ha afirmado que, como regla general, su infracción comportará las consecuencias establecidas por el propio derecho matrimonial (principio de especialidad), más allá, lógicamente, de aquellas conductas que implican directamente al Código Penal. En tal sentido, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 1999 se afirmó que el incumplimiento del deber de fidelidad (artículo 68) era únicamente una causa de separación, no un supuesto que permitiera soportar una indemnización, E igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de julio de 1999, negó la procedencia de una indemnización con fundamento en que el incumplimiento del deber de fidelidad del artículo 68 del Código Civil sólo constituye una causa de separación matrimonial que no genera ningún efecto económico, con independencia de que el quebrantamiento de los deberes conyugales sea merecedor de un innegable reproche ético-social.

Pero quizás el avance progresivo de la visión del matrimonio o de la relación de pareja como comunidad y no como institución, añadido al hecho de que las propias consecuencias del principio de especialidad se van diluyendo (así, el ejemplo más claro era la infidelidad como causa de separación, sin efecto desde la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio, en que la ruptura del vínculo conyugal se asocia ya, frente a un sistema causal, a la mera expresión de su voluntad cuando hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio), ha permitido que las filtraciones en esta materia —derecho de daños y derecho de familia— comiencen a producirse, lo que ha venido incluso auspiciado por la STS 30 de junio de 2009 —en un supuesto en que se condena a la madre por indemnización por daño moral a un padre por haber causado la privación de todo contacto con su hijo—.

No obstante ello, y aunque hoy en día pueda afirmarse que el artículo 1902 del Código Civil puede ser fuente de aplicación para reconocer los daños que se originan en las relaciones de familia, nos encontramos ante la discusión sobre si la fuente o criterio objetivo de imputación del daño —en cuanto que el fundamento de la responsabilidad civil es siempre un daño, atribuible a un sujeto civilmente responsable mediante alguno de los criterios de imputación previstos en la ley— es únicamente el dolo en la conducta de la esposa, como parece indicar la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 1999 —que consideró inaplicable el artículo 1902 del Código Civil al caso por no apreciar dolo en la conducta de la demandada, que conoció la paternidad biológica de su hijo cuando éste ya tenía veinticuatro años—; o es suficiente la culpa, además, lógicamente, del hecho dañoso y nexo de causalidad.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar determinar si resulta operativo o no en este ámbito del Derecho de Familia el resarcimiento por daños morales derivados de tal ocultación atendiendo a lo dispuesto en los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, en especial a la doctrina fijada en la sentencia del Tribunal Supremo del Pleno de la Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 2018[35] que, en línea con otras sentencias de este mismo Alto Tribunal, también plenarias, de 22 y 30 de julio de 1999[36], entiende no resarcibles tales daños y, en la sentencia de dicho Alto Tribunal y Sala de 23 de febrero de 2024, pues, atendida las circunstancias

del caso —una única relación sexual que mantuvieron antes del matrimonio— tenía motivos muy fundados para creer que no era el padre y no hizo nada, sin centrarse en otros motivos para justificar la declaración de responsabilidad de la madre. Ello en contraste con el proceder de las algunas Audiencias que fijan como criterios de imputación desde el dolo o culpa grave hasta la culpa o negligencia, además de también concretar unos daños patrimoniales conformados, precisamente, en la devolución de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos por el progenitor no biológico frente a la madre o el progenitor biológico y daños morales fruto del conocimiento de la no paternidad que produce zozobra, tristeza, depresión entre otras patologías; todo ello, sin perjuicio de hacer también oportuna referencia al proceder de algunos de nuestros tribunales que, en sus resoluciones no entran, precisamente, en el fondo del asunto por entender prescrita la acción —de ahí la importancia del *dies a quo* en el cómputo del plazo—.

II. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRATUAL

Hemos de señalar, de forma concisa que, las reglas generales de la responsabilidad civil en nuestro Derecho se contienen en los artículos 1101 y 1902 del Código Civil. En la doctrina hay quienes se muestran partidarios de la vía contractual con ocasión de la reclamación de daños entre cónyuges[37]; si bien, no faltan quienes la descartan al considerar que, las obligaciones conyugales no tienen carácter contractual por la sencilla razón que el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia, por lo que consideran que la vía para resarcir de estos daños por ocultación de la paternidad es, en todo caso, la vía extracontractual[38]. Lo que consideramos procedente.

Al respecto, según constante jurisprudencia, el artículo 1902 del Código Civil exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) La realización de una acción u omisión ilícita; b) La causación de un daño en los bienes o en la persona (bien como daño corporal o como daño moral); y c) Un nexo causal entre la conducta dañosa y el resultado[39]. Como cuarto requisito exigible solo en ocasiones, precisa PLAZA PENADÉS se encuentra el de la culpa o negligencia. Aunque este requisito, añade "puede atenuarse con el principio de inversión de la carga de la prueba o puede incluso no ser exigible en supuestos de responsabilidad objetiva o por riesgo"[40]. Por lo que, procede determinar en el supuesto objeto de estudio, si concurren o no todos requisitos que se requieren para generar responsabilidad, esto es, si existe una acción u omisión —dolosa o culposa—, daños resarcible y relación de causalidad entre esa acción u omisión y el daño o perjuicio producido.

En todo caso, constituye doctrina jurisprudencial la determinación de si estamos ante una acción u omisión ilícita y un comportamiento doloso o culposo o negligente en la ocultación de la paternidad. Esto es, deriva de un acto intencional (en algunos supuestos, como analizaremos, porque la madre quiere que su hijo sea matrimonial vía presunción de paternidad) o negligente en la ocultación de la verdadera paternidad por la madre (así, por ejemplo, porque desconocía la verdad biológica, pese a no tener un comportamiento prudente o cuidadoso). Tales comportamientos intencionales o no veremos influye en la determinación de las responsabilidades legales.

Si bien, hay que partir de una base fundamental que, no hay un deber de información de la madre sobre sus relaciones sexuales (derecho a la intimidad); y, además que el hijo tiene derecho a conocer su identidad biológica. Igualmente, éste como la madre pueden reclamar la paternidad al padre biológico para que asuma su responsabilidad paterna y el derecho de aquel a recibir la herencia.

Por otra parte, es doctrina del Tribunal Supremo que, en los términos expuestos, para la imputación de la responsabilidad, cualquiera que sea el criterio que se utilice (subjetivo u objetivo) es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño, el cual ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba. Resulta necesaria la existencia de una prueba terminante, sin que sean suficientes las meras conjeturas, deducciones o probabilidades. La prueba del nexo causal, incumbe al actor, el cual debe acreditar la realidad del hecho imputable al demandado del que se hace surgir la obligación de reparar el daño causado y puede emplear todo tipo de pruebas admitidas en derecho[41]. Y, respecto a este tercer elemento para el nacimiento de la obligación de responder que, representa la relación de causalidad junto a la acción u omisión en el que haya intervenido culpa o negligencia y el daño, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de octubre de 2008[42] señala, citando la de 17 de mayo de 2007, que se debe distinguir entre *"la causalidad material o física, primera secuencia causal para cuya estimación es suficiente la aplicación de la doctrina de la equivalencia de condiciones, para la que causa es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporciona la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido"* y la causalidad jurídica *"en cuya virtud cabe atribuir jurídicamente —imputar— a una persona un resultado dañoso como consecuencia de la conducta observada por la misma, sin perjuicio, en si caso, de la valoración de la culpabilidad —juicio de reproche subjetivo— para poder apreciar la responsabilidad civil, que en el caso pertenece al campo extracontractual"*. A lo que concluye este Tribunal que para *"sentar la existencia de causalidad jurídica que visualizamos como segunda secuencia configuradora de la relación de causalidad, tiene carácter decisivo la ponderación del conjunto de circunstancias que integran el supuesto fáctico y que son de interés en dicha perspectiva del nexo causal"*. Aplicando estos criterios a la cuestión objeto de debate, habrá de concretarse si la actuación de la madre ocultando la verdadera paternidad del hijo que, puede determinar un daño en el progenitor no biológico, debe imputarse a aquella, y, en consecuencia, si no existe ninguna incertidumbre sobre el origen del daño y los criterios de probabilidad entre los diversos antecedentes que pueden haber contribuido a su producción, solo pueden ser atribuidos a ella, determinen su responsabilidad por el daño moral causado al padre.

Ciertamente, cuando nos movemos en el término daños y perjuicios sufridos por el padre no biológico, además de los daños morales y/o patrimoniales, habría también posibilidad de reclamar los gastos que se derivan de procedimiento judicial de impugnación de la paternidad y del procedimiento de divorcio, en su caso.

Sobre tales bases, no se duda, en los términos expuestos, que resulta más adecuado fundamentar la indemnización por daño moral, y, en su caso, por daño patrimonial resultante de la ocultación de la paternidad biológica en el artículo

1902 del Código Civil. Entre otras razones, porque el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de Familia y además, se puede plantear también su aplicación para el caso que estemos ante una ocultación de la paternidad en una situación de pareja de hecho[43].

Ahora bien, hay que tener, asimismo, presente la situación en que se puede encontrar el menor de edad no emancipado, que nadie duda que va a tener un mayor impacto en cuanto sea mayor la edad del menor; en concreto, se va a afectar a su bienestar y estado emocional al romper relaciones familiares con el que hasta ahora se consideraba su padre (familia nuclear). Daño emocional al que se le ha de añadir una confusión sobre su identidad y una situación de abandono o rechazo ante la ruptura de relaciones familiares con la familia nuclear y extensa[44]. De ahí que, no parezca descabellado mantener un derecho de visitas a favor del padre no biológico como allegado, teniendo en cuenta el tiempo de convivencia y los lazos familiares generados[45].

A su vez, sobre la base del tenor literal del artículo 160 del Código Civil fomentar el contacto del menor con la que hasta ahora era su familia extensa[46].

En todo caso, el daño que se puede producir en el menor de edad no emancipado descansa en un daño moral y, asimismo, patrimonial en cuando pérdida de los derechos hereditarios por parte del padre no biológico respecto de la herencia del hijo, como éste respecto de la herencia del que hasta ahora era su padre[47].

En esencia, estas situaciones de ocultación de paternidad derivan, asimismo, en un conflicto entre la familia nuclear y extensa, un reajuste de los roles y las dinámicas familiares.

III. LOS DEBERES CONYUGALES (DEBER DE FIDELIDAD). CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE SU INCUMPLIMIENTO.

El Código Civil establece en sus artículos 67 y 68 del Código Civil un conjunto de deberes a cargo de los cónyuges. Tales deberes son los de respetarse, ayudarse mutuamente, actuar en interés de la familia, vivir juntos, guardarse fidelidad, socorrerse mutuamente y tras la reforma por Ley 15/2005, de 8 de julio se ha añadido un deber más, como es compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de los ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a su cargo. Como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE los deberes conyugales son "indisponibles por los cónyuges, aunque sí pueden, de común acuerdo, concretar o modular su contenido, siempre que esa modulación no afecte al contenido esencial de ese deber"[48].

Centrándonos en el deber de fidelidad, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO lo define como "recíproca dedicación física y espiritual, que comporta una lealtad recíproca y una capacidad de sacrificar su propia elección personal a aquellas que impongan el vínculo conyugal". En la actualidad continúa la autora "no puede entenderse que la fidelidad es un concepto de matiz exclusivamente sexual, sino que se trata de "un no traicionar en sentido amplio no solo sexual, ni solo afectivo". Así se podría incluir dentro de la fidelidad el no traicionar la confianza recíproca, la obligación recíproca de lealtad, el no descuidar la dedicación física y espiritual del otro cónyuge"[49]. Lo cierto es que el incumplimiento de este deber tras la

citada reforma por la Ley 15/2005 no se ve sancionado por el reconocimiento al otro cónyuge de la facultad de solicitar la separación o el divorcio con base a ese incumplimiento. Antes de la citada reforma y desde la Ley de 7 de julio de 1981 nuestro Derecho establecía una separación o divorcio causal, pues para poder solicitar la separación o divorcio resultaba necesario la concurrencia de alguna de las causas establecidas legalmente, una de ellas era la violación grave o reiterada de los deberes conyugales (artículos 82.1 y 86 del Código Civil). Con esta reforma de 2005, la separación o el divorcio han dejado de ser causales, al depender tales situaciones de crisis matrimonial de la solicitud de cualquiera de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento trascurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, con independencia de si ha habido o no incumplimiento de los deberes conyugales o, de sí quien pide la separación o el divorcio es el cónyuge cumplidor o incumplidor.

Sobre tales bases, una parte mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia, partiendo del carácter puramente ético o moral de los deberes conyugales, que son personalísimos e incoercibles, han considerado que, la infracción de tales deberes conyugales y, en lo que aquí interesa el deber de fidelidad, no genera responsabilidad contractual (artículo 1101 del Código Civil) o extracontractual (artículo 1902 del Código Civil), sino reproche social. En todo caso, tal incumplimiento solo permite al cónyuge perjudicado solicitar la separación o el divorcio o los efectos previstos por el ordenamiento, derivados de su incumplimiento (desheredación y pérdida de los alimentos)[50]. Además, se indica que admitir la responsabilidad en este grupo de casos, comporta reintroducir criterios culpabilísticos que, el legislador rechazó expresamente en la Ley 15/2005[51]; o "supondría reintroducir en nuestro ordenamiento por la puerta trasera un sistema de separación o divorcio culposos con las consecuencias, poco deseable, de aumentar la conflictividad en las crisis matrimoniales"[52]; o, en fin, "reintroducir por la ventana los elementos de culpabilidad que habrían sido expulsados por la puerta en sucesivas reformas del derecho matrimonial"[53]. En esencia, estos deberes conyugales no suponen verdaderas obligaciones jurídicas, sino que se califican como deberes ético-morales[54].

Frente a tal planteamiento, se sostiene que, esos deberes conyugales son auténticos deberes jurídicos, incluidos en el Código civil entre los efectos del matrimonio y su incumplimiento puede dar lugar a un daño resarcible, teniendo además en cuenta que se ha eliminado su principal efecto o consecuencia jurídica de su trasgresión, como es ser causa de separación o divorcio, por lo que, si no se quiere privar de su trascendencia jurídica, se debe posibilitar su resarcibilidad. Además, se señala que, la mencionada Ley 15/2005 refuerza la juridicidad de los deberes conyugales, pues se añade un nuevo deber. Por lo que, para esta posición doctrinal cabe el resarcimiento del daño moral por el incumplimiento de los deberes conyugales por la vía del artículo1902 del Código Civil[55].

Ahora bien, una parte importante de la doctrina, aunque no considera indemnizable el incumplimiento del deber de fidelidad, si, en cambio, la ocultación de la no paternidad biológica del hijo como daño autónomo[56]. Lo que resulta lógico y procedente.

En este contexto, la citada sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 2018 en línea con el denominado principio de inmunidad, ha negado que sea resarcible tanto el incumplimiento del deber de fidelidad, como la

ocultación de la verdadera paternidad argumentando al respecto que "no se niega que conductas como esta sean susceptibles de causar un daño. Lo que se niega es que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar". Si bien tal planteamiento no significa que, determinados incumplimientos conyugales conlleven indemnización por el daño causado, en concreto, cuando el comportamiento dañoso de un cónyuge a otro esté tipificado en el Código Penal como delito o falta, o se vulnere alguno de sus derechos fundamentales, es por lo que sostiene que "esta solución no deja sin aplicación el sistema general de la responsabilidad civil prevista en el artículo 1902 del Código Civil ni, por supuesto, deja sin sancionar el daño generado por otra suerte de conductas propias del ámbito penal y de los derechos fundamentales. Simplemente, acota el daño indemnizable a supuestos que, en el marco de la relación de matrimonio rota por el divorcio, supuesto en el que tiene encaje el recurso formulado, no tienen su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad del artículo 68 del Código Civil, sino en la condición de persona afectada por la acción culposa o negligente de quien lo causa". Es, por ello que, atendiendo al principio de especialidad y los remedios específicos previsto en el propio Derecho de familia, considere el Alto Tribunal que, "conductas como la enjuiciada tienen respuesta en la normativa reguladora del matrimonio mediante la separación o el divorcio, que aquí ya se ha producido, y que no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo mediante la acción de impugnación de la filiación. Se trata de unos deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles jurídicamente con medidas distintas, como ocurre con la nulidad matrimonial, a través de una indemnización al cónyuge de buena fe —artículo 98 del Código Civil—. Con una regulación, además, tan específica o propia del derecho de familia, que permite obtener, modificar o extinguir derechos como el de la pensión compensatoria del artículo 98 del Código Civil, o decidir sobre la custodia de los hijos habidos de la relación matrimonial, al margen de esta suerte de conductas, pues nada se dice sobre las consecuencias que en este ámbito tiene la desatención de los deberes impuestos en el artículo 68 del Código Civil". Y concluye que "es cierto que la sentencia ha relacionado el daño no con la infidelidad matrimonial (normalmente oculta), sino con la ocultación de los efectos de la infidelidad, en este caso de un hijo que se ha tenido como tal sin serlo (los efectos pueden ser otros). Al margen que lo que lleva a la ocultación es el incumplimiento del deber de fidelidad, razones análogas a las expuestas en relación con este incumplimiento, resultan de aplicación cuando la conducta generada causante del daño es la ocultación de la filiación". En esencia, se decanta, en la línea ya marcada por anteriores sentencias, por desestimar la indemnización por daño moral derivado del incumplimiento del deber de fidelidad y de la ocultación de la paternidad, pues, tiene ya una respuesta específica en la normativa de Derecho de familia, en concreto en la matrimonial, como es solicitar la separación o el divorcio. Estamos ante unos deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles jurídicamente con unas medidas distintas de las expresamente previstas en la normativa indicada. En esencia, el daño derivado de la ocultación de la paternidad

no puede ser indemnizado mediante el ejercicio de acciones de responsabilidad civil contractual o extracontractual, pues, partimos de *"un juicio de moralidad indudablemente completo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar"*.

En la misma línea, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 14 de marzo de 2019[57] al señalar que conductas como la enjuiciada tienen respuesta en la normativa reguladora del matrimonio mediante la separación o el divorcio y, que no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo mediante la acción de impugnación de la filiación.

IV. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Como hemos señalado, el artículo 1902 del Código Civil que consagra la responsabilidad civil subjetiva o por culpa se requiere que, se pruebe la culpa o negligencia para que el causante del daño los repare, aunque en ocasiones se ha inclinado hacia la objetivización mediante la aplicación de la doctrina del riesgo, sin que sea posible su aplicación la adopción de un modelo semejante en el ámbito del Derecho de familia, pues, además no hay norma que, la imponga[58].

En este supuesto, los criterios de imputación en la doctrina y la jurisprudencia se sustancian, por un lado, en considerar aplicable el artículo 1902 del Código Civil apreciando dolo en la actuación de la demandada, identificada con mala fe, al tener conocimiento cierto de la no paternidad desde el mismo momento del embarazo, por lo que, en estos casos, se pone el énfasis en la ocultación dolosa de la paternidad y en la gravedad del daño que ésta produce y no en el incumplimiento del deber conyugal de infidelidad. Se requiere en estos casos un *plus* de responsabilidad; de ahí la exigencia de dolo (engaño)[59] y que opere cuando hay conocimiento cierto de la madre y no meros indicios[60]. A este criterio de imputación se equipara la culpa grave[61]. O, en todo caso, se entiende que hubo negligencia en la procreación del hijo y dolo al ocultar la verdadera paternidad[62]. O como señala CASAS PLANES resulta "necesario el requisito de la "gravedad" de los incumplimientos conyugales, siendo razonable sostener la exigencia de dicha gravedad derivada de que la infidelidad vaya acompañada de otras circunstancias como el abandono del hogar, su repercusión pública, su reiteración, o llegar a la bigamia; o, en definitiva, cuando se muestra un gran desprecio por el bienestar del otro". Añade que "en los casos de daños en las relaciones familiares y, en concreto, por ocultación de la paternidad los Tribunales tienen el deber de resolver acordes con la normativa de responsabilidad civil que es la institución jurídica destinada a la indemnización del daño por vulneración de cualquier interés legítimo". Siendo, en consecuencia, "la responsabilidad civil por ocultación de la paternidad subjetiva o basada en el criterio de la culpa"[63].

En consonancia con una parte de la doctrina, las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2ª, de 19 de enero de 2023; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11ª, de 23 de marzo de 2023[64] destacan que el artículo 1902 del Código Civil no queda extramuros del derecho de familia, cuando

menos en el ámbito de las uniones de hecho o parejas de hecho en convivencia "more uxorio". No se parecen argumentos sólidos para la no aplicación analógica a este tipo de relación familiar de las consecuencias jurídicas desestimatorias decididas por la sentencia de 13 de noviembre de 2018 que sostiene en definitiva que: no se niega que conductas como esta sean susceptibles de causar un daño. Lo que se niega es que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar. Ahora bien, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2018 tiene un criterio consolidado que rechaza la aplicación analógica de normas propias del matrimonio a las uniones de hecho. Por lo que, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2ª, de 19 de enero de 2023 trasladar esta doctrina a las parejas de hecho no va a ser fácil. Por otra parte, en el campo de las relaciones de pareja, al menos en los tiempos actuales, la fidelidad sexual no es siempre una virtud moral o un deber ético. Las relaciones sentimentales han evolucionado mucho. Los nuevos tiempos han dado lugar a uniones diversas, donde caben relaciones abiertas. La fidelidad, por tanto, según los casos, puede no pintar nada.

Y lo más importante, la conducta del amante infiel no tiene comparación con la atribución de una paternidad biológica falsa. El engaño de una relación filial, en modo alguno, puede ser equiparable a saltarse la monogamia. El hoy recurrente, al ser interrogado en juicio por su posible daño emocional, ha sido muy elocuente: "*Yo creía que era padre y ya no lo soy y no me lo voy a poder quitar de la cabeza de buenas a primeras*". Hay conductas y conductas y las consecuencias jurídicas no son siempre idénticas por más que todas ellas se desenvuelvan en el ámbito de la familia. (…) insiste en que la atribución de una paternidad falsa es una conducta antijurídica, de naturaleza grave y eventualmente indemnizable y que el engaño, la ocultación de la verdadera paternidad es un hecho grave, pues hay pocos bienes jurídicos tan importantes en la vida de una persona como la relación filial. No hay vínculo más estrecho que el surgido entre progenitores e hijos. Es sin duda un mazazo emocional y psicológico para cualquiera conocer de repente que tu hijo no es tuyo. Esa experiencia desde luego es dura. Ni el Tribunal Supremo lo cuestiona: admite el daño moral, si bien considera que no es ilícito.

Esta misma Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3ª, en su sentencia 175/2017, de 5 de septiembre, ya trató esta cuestión. En ella, entre otras cosas se manifestó lo siguiente: "La jurisprudencia menor, de la que se hace eco con acierto la sentencia de instancia, tiene dicho que la infidelidad no es indemnizable, pero sí, en cambio, la procreación con ocultación. Y es que, en circunstancias normales, la pérdida del hijo que uno tiene por suyo comporta un daño emocional grave y evidente: supone la pérdida del vínculo afectivo más fuerte entre los seres humanos, el de un progenitor con sus hijos. No podemos pasar por alto que el Derecho de familia no es ajeno a los principios generales civiles, que incluyen la reparación del mal causado (sentencia del tribunal Supremo de 30 de junio de 2009). La pérdida de afectos, el vacío emocional subsiguiente al descubrimiento de la verdad biológica es un hecho indemnizable. Y no se indemniza la infidelidad sino el ocultamiento. En una relación de pareja, aun cuando sea de hecho, procrear un hijo con un extraño, conocer cabalmente que el embarazo no es fruto

de las relaciones sexuales mantenidas con la persona con la que se está ligado afectivamente y permitir que se inscriba en el Registro Civil a nombre de la pareja sin previamente comunicarle la verdad biológica entraña un ilícito civil en los términos del artículo 1902 del Código Civil. No puede justificarse, desde el punto de vista jurídico, que sea inocuo engañar a la pareja sobre la concepción. No estamos hablando de una circunstancia intrascendente. La paternidad más que derechos comporta obligaciones. Conlleva el ejercicio de una función con grandes responsabilidades. Y aunque, en nuestro Derecho, se puede ser padre sin haber concebido al hijo, lo que no cabe es ocultar, y menos de forma deliberada, a quien reconoce o muestra su conformidad que no es realmente el padre biológico. La paternidad puede ser consentida e incluso, para garantizar la paz familiar y el beneficio del menor, puede anteponerse a la biológica (sentencia del Tribunal Supremo 707/2014, de 3 de diciembre[65]). El artículo 120.1º del Código Civil dispone que la filiación no matrimonial queda determinada legalmente, en el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial. Lo que se sanciona, en fin, es la falsa paternidad. Basta examinar el escrito de demanda presentado por doña María Antonieta al impugnarla paternidad para concluir que el engaño fue inequívoco. Ella sabía positivamente, y se explica con detalle en esa demanda (folios 56 y siguientes), que su embarazo fue fruto de las relaciones tenidas con un tercero. No le cabía duda de quién era el padre. Sin embargo, ni en el curso del embarazo ni con ocasión del alumbramiento dijo nada a su pareja. Sencillamente, engañó a don José Augusto. Y es justamente ese engaño lo que ha hecho incurrir en responsabilidad a doña María Antonieta. Responsabilidad porque el daño moral sufrido por don José Augusto no es una mera suposición. Insistimos, no hay vínculo más estrecho que el surgido entre padres e hijos. Es sin duda un mazazo emocional y psicológico para cualquiera conocer de repente que tu hijo no es tuyo (padre de cuco en la terminología alemana, en referencia al ave que pone sus huevos en nidos ajenos). Por otra parte, el hecho de que don José Augusto presentara un trastorno depresivo previamente a los hechos, antes incluso del embarazo de la demandada, lejos de excluir la existencia del daño moral lo viene a reforzar. En semejante estado, don José Augusto estaba mucho peor preparado para encajar un episodio de esta trascendencia. Sin duda, para su estado anímico fue un varapalo perder de pronto a su hija. En fin, el perjuicio moral es incuestionable".

Pese a la citada sentencia del Tribunal Supremo, esta Audiencia Provincial sigue considerando que el artículo 1902 del Código Civil no queda extramuros del derecho de familia, cuando menos en el ámbito de las uniones de hecho.

En este contexto, ciertamente sabemos que no todas las acciones humanas están reguladas por el derecho. Pero con carácter general aquellos comportamientos de una persona que lesionen injustamente la esfera jurídica ajena obligan a la reparación.

Por otra parte, es verdad que el derecho de familia es un derecho especial, donde las relaciones personales priman sobre las patrimoniales. El interés individual se ve desplazado por el interés de los menores y de la familia. De ahí que, en buena medida, se regule por normas de derecho necesario. No obstante, hay sitio también para la autonomía de la voluntad. En todo caso, es derecho privado especial con importantes connotaciones públicas. Tiene su peculiaridad y, como

recuerda los tratadistas clásicos, existen también preceptos sin sanción o con sanción atenuada, obligaciones incoercibles, porque el derecho o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de dichos preceptos o cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético o a otras fuerzas que interactúan en el ambiente social.

Sea como fuere, entiende que la familia no es un espacio vedado al daño moral.

Ahora bien, no vale todo dentro de las relaciones de pareja. Nuestro ordenamiento jurídico no consagra expresamente un principio de inmunidad civil dentro de la familia. Efectivamente, no todo perjuicio en las relaciones de pareja será indemnizable. La convivencia no es fácil y tampoco existe un derecho a ser amado para siempre, pero, desde el punto de vista jurídico, no se puede permitir que todo lo que ocurra en casa se quede en casa y no tenga consecuencias jurídicas. Hay que superar, precisamente, el modelo familiar patriarcal que fomenta necesariamente la impunidad. Ciertamente, la familia es la base de la organización social y, por ello, cumple un papel fundamental en el desarrollo de la personalidad y representa la mejor escuela, que, entre otros valores, permite construir la identidad de la persona, protege su autonomía y ampara siempre a los más necesitados y vulnerables. Pero, lamentablemente no es ajena al daño, a las injusticias y al sufrimiento. De ahí que, debamos poner de manifiesto que, el mantenimiento de la paz familiar no puede justificar todo y resulta necesario favorecer un ámbito operativo de actuación que, propicie una ayuda al miembro de la familia perjudicado.

En este contexto, asimismo, hemos de indicar que, dentro de la familia, no apreciamos que la responsabilidad civil se circunscriba solo a los delitos (artículo 109 del Código Penal) o a la violación de derechos fundamentales. El artículo 1902 del Código Civil proclama con carácter abierto la responsabilidad civil por el daño tanto patrimonial como moral. Dicho precepto es de aplicación general a todos los ámbitos de la vida jurídica. No toda alteración de la convivencia familiar será indemnizable, pero la libertad y la intimidad no lo pueden justificar todo.

Igualmente, se indica que, por una parte, de la doctrina y jurisprudencia menor que el engaño, la ocultación de la verdadera paternidad es un hecho grave, pues hay pocos bienes jurídicos tan importantes en la vida de una persona como la relación filial. No hay vínculo más estrecho que el surgido entre progenitores e hijos. Es sin duda un mazazo emocional y psicológico para cualquiera conocer de repente que tu hijo no es tuyo. Esa experiencia desde luego es dura. Ni el Tribunal Supremo lo cuestiona: admite el daño moral; si bien considera que no es ilícito. Y, se destaca que, tampoco se puede olvidar el peso de la doctrina científica en la interpretación y aplicación de las leyes. Insignes civilistas cuestionan la exclusión de la responsabilidad civil en el campo de las relaciones de pareja. Se ha escrito y destacado que nuestro sistema de responsabilidad contractual y extracontractual no tiene esa característica de la tipicidad, sino que tanto el artículo 1902 como el artículo 1101 del Código Civil usan fórmulas genéricas y abiertas al prever la resarcibilidad del daño extracontractual o contractual, siempre que en la producción de uno u otro concurran dolo o negligencia. Y se ha abundado también en el hecho que no hace falta que la ley expresamente prevea consecuencias indemnizatorias para este o aquel tipo de daño si concurren los requisitos de la responsabilidad.

Sin embargo, para la Sala una vez examinadas las pruebas practicadas, descarta el engaño. Al respecto no se confundir la ocultación con el desconocimiento. Aquí lo que se sanciona es el engaño, no la mera ignorancia. Gustavo se representó la posibilidad de no ser el padre biológico, pero confió en que lo era y por eso lo reconoció como suyo, convirtiéndose así en su padre. Pero en ese juicio hipotético ninguna influencia tuvo la madre. Ella no hizo creer a Gustavo que el niño fuera suyo. No hay prueba alguna de esa supuesta ocultación.

Estamos simplemente ante un caso de arrepentimiento de quien, desde el inicio, sabía que el menor podía haber sido concebido por una tercera persona.

En estas circunstancias, no hay fraude, ni engaño, ni responsabilidad civil —en línea con la sentencia del Tribunal Supremo de 2024—.

Por otro lado, se entiende que, también hay responsabilidad en la conducta culposa o negligente de la ex esposa infiel, en unos casos por la propia infidelidad, en otros por incumplir con un deber de información, esto es, cuando omite la información relativa a las dudas sobre la paternidad biológica derivado del hecho de haber mantenido relaciones sexuales fuera del matrimonio y durante la concepción[66]. Se presume que en estas circunstancias la ex esposa sabe o puede saber que existe más de una paternidad posible. En consecuencia, debe hacer todo lo razonable para determinar la verdadera paternidad biológica, entre otras actuaciones, practicar las correspondientes pruebas de ADN —dada la facilidad en la actualidad para el acceso a tales pruebas— por lo que, su no realización determina una conducta negligente en la ex esposa[67]. De todas formas, esta obligación de informar sobre la oportunidad o sus dudas, se entiende correlativa al interés del marido en conocer su verdadera paternidad legal[68]. Por tanto, en ambos supuestos procede la aplicación del artículo 1902 del Código Civil y la indemnización por daños morales (psicológicos al conocer la no paternidad) y patrimoniales[69].

Por su parte, se abandonó la exigencia del dolo en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, 16 de enero de 2007[70], que califica de negligencia constitutiva de responsabilidad extracontractual la omisión de la adopción de medidas dirigidas a determinar la paternidad biológica, pues la demandada pudo —en el caso— y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor". Afirma así que "la culpa o negligencia a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa. Puede afirmarse que [la demandada] no tenía la certeza o no sabía que el padre de la menor no era su marido, pero pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor, al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tiempo de su concepción y debió adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación. La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil, por lo que de su actuación u omisión se deriva responsabilidad extracontractual". En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2ª, de 3 de abril de 2008[71] —y también la de 16 de mayo de 2014 (sección 8ª)[72]— afirma, que "es cierto que en el ámbito del Derecho de Familia solo los incumplimientos en los que medie dolo o culpa grave generan de ordinario responsabilidad (se suele citar como ejemplos la responsabilidad de los padres en la gestión de los bienes de sus hijos menores del artículo 168 del Código Civil o la del administrador de la sociedad de gananciales en los términos establecidos en el

artículo 1390 del Código), pero no lo es menos que el artículo 1902 con carácter general nada establece al respecto: cualquier hecho dañoso, antijurídico, imputable a una falta de diligencia de quien lo comete ya genera su responsabilidad. Exigir en este ámbito una culpabilidad reforzada se antoja innecesario y además resulta, la mayoría de las veces imposible. Otra cosa es que el hecho generador de la responsabilidad aparezca de alguna manera cualificada, esto es, que no se trate de incumplimientos de escasa trascendencia personal. Pero ello no implica que sea exigible un criterio subjetivo de atribución de responsabilidad reforzado por el dolo".

No obstante, como se ha dicho, la mayoría de las resoluciones dictadas sobre esta cuestión siguen, quizá por el efecto de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 1999, exigiendo la presencia de dolo o culpa grave, que se asocia no con el incumplimiento del deber de fidelidad (artículo 68 del Código Civil) sino con el hecho de ocultar la verdadera paternidad.

En tal sentido, ha de citarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7ª, de 2 de noviembre de 2004[73] —reiterada en la de 5 de septiembre de 2007[74] (sección 7ª)— que, en relación con el incumplimiento del deber de información veía una fuente de aplicación del artículo 1902 del Código Civil y procedería reparar el daño causado, si se acreditara una actuación dolosa. Esta es la doctrina que esta Sala hace propia por considerar que se ajusta mejor a la naturaleza de las cosas, y que ha sido sancionada, como antes se ha indicábamos, por la mayoría de las sentencias de nuestras Audiencias Provinciales (en tal sentido, por todas, las sentencias de la Audiencia Provincial de Tenerife, sección 3ª, de 16 de octubre de 2009[75]; de la Audiencia Provincial de León, sección 1ª, de 2 de enero 2007 y de 30 de enero de 2009[76]; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, de 18 de noviembre de 2009[77]; de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6ª, de 9 de julio de 2015[78]; y de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1ª, de 9 de marzo de 2015[79]). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2ª, de 3 de marzo de 2016[80] manifiesta que, no se escapa a esta Sala la dificultad para probar la realidad de la ocultación; por eso, es razonable presumir que la esposa que mantiene relaciones sexuales ajenas al matrimonio y de resultas de alguna de ellas queda embarazada, cuando no la conoce directamente, sí tiene que dudar de la paternidad. Y una conducta apropiada le obliga a resolver la duda, cuando la tenga, antes de que simplemente se considere padre al esposo por el juego de la presunción de paternidad matrimonial (artículo 116 del Código Civil), manteniendo además a éste en la real creencia de su condición de padre. El dolo, de acuerdo al artículo 1969 del Código Civil, se centra en las palabras o maquinaciones insidiosas con el objetivo de mover la voluntad de la otra parte, inducida por el error provocado. Las palabras o maquinaciones pueden ser de carácter positivo, que será lo normal, o negativo, cuando se utiliza la reticencia o el silencio ante una situación que razonablemente podía dar lugar a pensar lo contrario. En tal sentido, como nos recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de diciembre de 1999 y de 5 de marzo de 2010, el dolo también se forma por la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe.

Y, ello es, precisamente, lo que esta Sala estima que aconteció en el caso, según los hechos que se han estimado probados y que parece consustancial, desde

que la madre mantuvo al padre en el error de creer que era el padre de su hija cuando no lo era. Y ese es el motivo fundamental por el que no puede aceptarse la tesis de la parte recurrente, pues, como se ha indicado en el fundamento de derecho precedente, la madre ya conocía desde el embarazo que el actor no era el padre de su hija o que la paternidad era, en el mejor de los casos, francamente dudosa, cuestión que al parecer comunicó a su hija cuando ésta tenía 11 o 12 años, información al contrario que omitió al esposo hasta que, como él expresa o de otra manera se deduce —teniendo en cuenta la versión de la psiquiatra— de las propias circunstancias, se lo espetó al tiempo de la crisis matrimonial, al borde ya de la mayoría de edad de la menor.

Si bien lo dicho, se ha entendido que, imponer un deber de información a la mujer y sancionar el incumplimiento del mismo, considerando su conducta como negligente, implica una cuestión de género. Así MONTERROSO CASADO señala que "imponer solo a la mujer un canon de diligencia que le obligue a confesar su infidelidad, además de ser discriminatorio, afecta, en último extremo, al interés del menor y a la propia unidad familiar"[81]. También, MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA manifiestan que "la imposición de un supuesto deber de información acerca de las dudas sobre la paternidad únicamente a la mujer resulta desproporcionado, ya que la situación misma genera dudas, sin necesidad que la mujer tenga que revelar su vida sexual extramatrimonial". De todas formas, "el sesgo de genero de este grupo de casos se percibe también en relación con la prueba de conocimiento de otros indicios de los que se desprendería el carácter extramatrimonial de la filiación"[82].

Ahora bien, no faltan autores que, defendiendo la aplicación de las reglas generales de responsabilidad civil, entiende que debe realizarse atendiendo a la diligencia exigible conforme el artículo 1104 del Código Civil. Así, como precisa BARCELÓ DOMENECH "ante la ausencia de normas específicas, debe acudirse a los artículos 1902 y 1104 del Código Civil que, a su juicio, son aplicables en estos casos". Así "la diligencia exigible en la responsabilidad civil extracontractual es la diligencia de un "buen padre de familia", adaptada a las circunstancias del caso. Se parte de un modelo ideal abstracto (artículo 1104.II) que necesita ser adaptado a las particularidades del supuesto enjuiciado, como son la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, tiempo y lugar (artículo 1104.I). Es el momento de juzgar los intereses y bienes protegidos, las cualidades de dañador y dañado, que son factores importantes para la adaptación del modelo abstracto". Por lo que "la interpretación conjunta de los artículos 1902 (responsabilidad por culpa y por dolo) y 1104 (adaptación a las circunstancias del modelo de buen padre de familia) son los datos normativos que deberá manejar el intérprete para ir resolviendo las demandas de responsabilidad civil por daños causados en el ámbito familiar". Por lo que, concluye el autor "entendiendo que el artículo 1104 da cabida a todas las diligencias presta les, de manera que, en lugar de sostener que nuestro Código Civil ha acabado con la tripartición de culpas o pluralidad de modelos, lo que realmente ha hecho es integrarlos todos en el tipo único"[83]. O, simplemente consideran que, la aplicación del artículo 1902 del Código Civil opera respecto de conductas no tipificadas por el derecho de familia que produzcan daño en este ámbito[84]; o, en fin, se entiende que, se genera responsabilidad civil, si el incumplimiento de los deberes conyugales es de tal magnitud que, a través de él

se dañan derechos fundamentales o bienes de uno de los cónyuges y siempre que concurra una conducta dolosa[85].

En este contexto, nos parecen muy acertadas las palabras del profesor DE VERDA Y BEAMONTE "una cosa es que la responsabilidad solo surja por incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales, lo que me parece imprescindible en orden a evitar una proliferación de demandas basadas en incumplimientos nimios y otra cosa diversa, es que se aplique un criterio subjetivo de atribución de responsabilidad civil, más rígido que el ordinario, lo que ya no me parece correcto"; si bien, a esto añade que "no cualquier incumplimiento de los deberes conyugales puede dar lugar al resarcimiento de un daño moral, sino que el mismo ha de ser grave y reiterado"[86].

En este contexto, procede señalar que, no faltan resoluciones que, siguiendo la línea marcada por el Tribunal Supremo en las diversas sentencias señaladas, consideran inaplicable el artículo 1902 del Código Civil a los daños derivados de la ocultación de la paternidad, al no apreciar dolo en la conducta de la demandada, ya sea la madre, o, en su caso, el padre biológico, una vez determinada su paternidad[87], ni tampoco culpa o negligencia de la ex esposa —si ha manifestado sus dudas sobre la paternidad biológica del hijo a su pareja, o realiza el test de ADN para comprobar la paternidad-[88]. O se indica que, "la procedencia de la responsabilidad se haya condicionada a que se produzca un comportamiento conyugal que por su intrínseca gravedad o por alteración sea capaz no solo de romper el equilibrio de la relación conyugal, sino también de dañar derechos fundamentales o bienes del otro cónyuge que no sean considerados indignos de tutela por el ordenamiento", esto es que el incumplimiento del deber conyugal "sea de tal magnitud que a través de él se dañan derechos fundamentales o bienes de uno de los cónyuges y siempre y cuando sea doloso"[89].

En todo caso, los criterios de imputación por dolo o culpa no operan cuando no hay ocultación de la paternidad al existir un hecho que, lo impide, como la separación de hecho de los progenitores en el momento de la concepción[90]; o simplemente, se ha negado la indemnización ante la ausencia de daño en el demandante[91]; o, se entiende que la mera ocultación del mantenimiento de relaciones sexuales con un tercero, no puede tenerse, en todo caso, por omisión determinante, en directa relación de causalidad, del perjuicio por el posterior descubrimiento de la ausencia de su paternidad biológica por parte del esposo titular de la filiación paterna matrimonial[92]. Y, también se considera complejo admitir la responsabilidad civil por culpa del padre biológico por el daño moral derivado de la ocultación de la paternidad[93].

Por otra parte, tratándose de la ocultación de la paternidad biológica en el ámbito de una relación de pareja se ha pronunciado la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 8ª, de 24 de mayo de 2019[94] estimándose parcialmente el recurso de apelación planteado por el ex marido, pues, el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Madrid en sentencia de 11 de julio de 2018 había desestimado su demanda dirigida no solo frente a su ex esposa, sino también al verdadero padre. Según los hechos sobre los que se sustenta la citada resolución, durante el noviazgo del demandante y la demandada —Dª. Delfina—, ésta tuvo relaciones sexuales esporádicas con una tercera persona —piloto de la compañía aérea en la que trabajaba—, por lo que las dudas sobre la paternidad era una

realidad por ella conocida. Pese a ello, no comunicó las mismas a su novio como exige la actuación de buena fe, sino que le manifestó que estaba embazada, lo que motivó que contrajeran matrimonio el 6 de marzo de 2010, naciendo la menor el 2 de agosto de este mismo año. El actor señaló que, después de casarse empezó a sospechar de infidelidad de su esposa, pues, ésta recibía llamadas y mensajes de un compañero de trabajo. Tras manifestar la demandada que iba a solicitar el divorcio, el padre real se hizo la prueba pertinente, y aun teniendo la certeza que su marido no era el verdadero padre, oculto dicha información, permitiendo que la relación paterno-filial del padre no biológico se mantuviera por más tiempo; por lo que, entiende la Audiencia que esta falta de comunicación de las dudas sobre la paternidad biológica de la menor, tanto en el momento de conocer que está embarazada, como posteriormente cuando tuvo conocimiento cierto de que el padre biológico era otra persona, supone un comportamiento o conducta culposa de la mujer, generando un daño, lo que abre la vía al resarcimiento contemplado en el artículo 1902 del Código Civil, sin que se entienda que esta conclusión es contraria a la doctrina jurisprudencial existente en la materia, pues, como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018 lo que niega el Alto Tribunal es que el daño causado por la ocultación de los efectos de la infidelidad en el ámbito matrimonial. Por otra parte, con respecto a si la ocultación de las dudas sobre la paternidad biológica puede suponer un incumplimiento de los deberes impuestos a los cónyuges en el Código Civil, en concreto del deber de fidelidad (artículo 68) dispone la Audiencia que, en este caso no opera, pues, la relación mantenida entre Doña Delfina y D. Luís Pablo por la que se concibió a la niña fue anterior al matrimonio de Doña Delfina y D. José Ángel y simplemente eran novios y para las relaciones de "noviazgo" no existe regulación legal alguna, por lo que si uno de los miembros de la pareja realiza una conducta (en el presente caso, ocultar la dudas sobre la paternidad) que causa daño (frustración y dolor por la pérdida de la relación paternal considerada existente y del proyecto de vida en común con la menor) y que está causalmente relacionado (pues Doña Delfina hubiera comunicado que había mantenido relaciones sexuales simultáneas en el tiempo también con D. Luís Pablo el hecho de haber asumido como propio la paternidad no se habría producido), este actuar de Doña Delfina, reitera la Audiencia, debe calificarse de culposo, pues no procedió con la diligencia que el caso requería. El demandante reclama indemnización, puesto que tras conocer que no es padre biológico de la menor, padece un sufrimiento que le ha hecho seguir un tratamiento psicológico y psiquiátrico, aportando al procedimiento la documentación que así lo acredita. La Audiencia confirma su solicitud, al existir no solo partes médicos, sino también la declaración en la vista de los médicos que le asistían. Por lo que probadas las bajas laborales y las dolencias se concede por este concepto la suma de 12.194,42 euros. En cuanto a la indemnización por daño moral, citando la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 2001 y el concepto de daño moral que la misma establece, entiende que, aunque, no es fácil cuantificar en estos casos el daño y tampoco resulta posible aplicar el baremo para la indemnización por muerte previsto en el ámbito de la circulación, no es menos cierto que, en este supuesto ha tenido lugar una pérdida traumática de la relación paterno-filial y aunque ésta ya no existe, ni el derecho-deber de estar en su compañía, ni de atender a su educación o crianza, no obstante, se puede convenir

un régimen de visitas que atempere dichas circunstancias. Por lo que tomando en consideración el profundo dolor y vacío emocional que, provocan los hechos y las circunstancias del caso, cifra en 50.000 euros la indemnización por daño moral.

En cuanto a la cuantía reclamada por el Sr. Luís Pablo por enriquecimiento injusto y abuso del derecho con el fin de reembolsar los alimentos de la menor desde su nacimiento, la Audiencia rechaza esta pretensión, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo fijada en la sentencia de 13 de noviembre de 2018, al entender que el demandante tenía la obligación de prestarlos.

Ahora bien, el demandante había interpuesto su demanda no solo contra la madre de la niña, sino también contra el padre biológico y actual pareja de la mujer; si bien, la Audiencia rechaza la responsabilidad de aquél al considerar que no tenía ninguna obligación de comunicar al demandante sus dudas y/o posterior certeza sobre su paternidad biológica, ni tampoco estaba obligado a interponer demanda de filiación en el momento en que tuvo conocimiento de los hechos, habiéndola ejercitado cuando se produjo la ruptura de la convivencia matrimonial.

En fin, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2ª, de 19 de enero de 2023[95] se indica que no existe daño moral resarcible, pues, no se puede confundir la ocultación con el desconocimiento; y, por otro lado, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, de 29 de abril de 2021[96] considera que hay responsabilidad extracontractual, pues, las dudas no se comunicó al demandante, ni en el momento en que queda embarazada, ni durante el tiempo en que siguieron manteniendo la relación de noviazgo, ni en el momento de contraer matrimonio, ni a lo largo del mismo, ni durante la separación de hecho, ni en el momento del divorcio.

V. DAÑOS RESARCIBLES: TIPOLOGÍA, VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN.

Señala GÓMEZ LIGŰERRE que "el daño no es una identidad ideal, sino una entidad factual a la que el ordenamiento anuda obligaciones jurídicas, pero cuyos requisitos de existencia quedan al margen del análisis jurídico". A lo que añade que "en un sistema de responsabilidad civil extracontractual el daño cumple tres funciones básicas. En primer lugar, es el requisito básico de aplicación de las regales de responsabilidad, pues, sin la existencia previas de un año no se pone en funcionamiento el sector del ordenamiento que contiene las reglas relativas a su reparación y compensación. Cumple, en segundo lugar, la función de determinar de qué debe responde el agente dañoso. Por último, y en tercer lugar, precisa en cuánto debe cifrarse su responsabilidad. El daño es, así, necesario para que nazca la obligación de reparar y, a la vez, determina su contenido y la magnitud de responsabilidad"[97].

Pues bien, sobre tal base conceptual, centrados en el supuesto objeto de análisis, se plantea la existencia de daños de carácter extrapatrimonial y de carácter patrimonial[98]. Entre los primeros, se encuentran los daños morales derivados del ocultamiento de la paternidad que conlleva la pérdida del vínculo legal de la filiación, y también los daños en la fama, el honor, intimidad o en la reputación del padre no biológico[99]. Entre los patrimoniales, se destaca el reembolso de los gastos pagados en concepto de alimentos, los gastos derivados del ejercicio del

derecho de visitas, de la prueba de paternidad, o de los tratamientos médicos y psicológicos que se derivan de tal situación; o en fin, las costas del procedimiento de impugnación de la paternidad.

1. Daños morales o extrapatrimoniales o no patrimoniales.

Respecto a los daños morales o extrapatrimoniales, GÓMEZ LIGŰERRE manifiesta que "no existe un mercado de bienes sustitutivos a las lesiones corporales o la muerte de la víctima. En la mayoría de los casos, es posible, sin embargo, valorar las consecuencias, transitorias o permanentes de la lesión o el impacto económico que la muerte de la víctima del accidente produce en sus allegados que, reclaman la compensación de tales consecuencias económicas. De este modo, pese a la ausencia de contenido patrimonial de los daños personales, es posible cuantificar las consecuencias de su padecimiento, pues, su sufrimiento tiene siempre un reflejo económico directo"[100].

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre de 2003[101] indica que: "Nuestro Código civil no contempla la indemnización por daños morales, si bien su artículo 1107 impone el resarcimiento de "todos" y ha sido la jurisprudencia casacional civil, que se invoca infringida en el motivo segundo —que ha de estudiarse conjuntamente con el tercero por infracción de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil— la que ha ido elaborando doctrina continuada y progresiva sobre su procedencia ya desde las antiguas sentencias de 6 de diciembre de 1912 y de 19 de diciembre de 1949, declarando que si bien su valoración no puede obtenerse de pruebas directas y objetivas, no por ello se ata a los Tribunales y se les imposibilita legalmente para poder fijar su cuantificación, cuando efectivamente han concurrido (sentencias de 3-6-1991; 3-11-1995; 21-10-1996 ; y 19-10-2000) y a tales efectos han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, pues lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro". Asimismo, la sentencia este mismo Alto Tribunal y Sala, de 22 de febrero de 2001[102] conceptúa el daño moral como "todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado —o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales—, por el acaecimiento de una conducta ilícita y que, por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica". Y añade que puede entenderse como daño moral "en su integración negativa toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales porque éstos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su "quantum económico", sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque éstos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico (...). En cuanto a su integración positiva, hay que afirmar —siguiendo esa jurisprudencia—, que por daños morales habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por on-

tología, no es posible emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se puede captar la esencia de dicho daño moral, incluso, por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamento posterior de su reclamación por daños morales"[103].

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 2015[104] define daño moral como "un menoscabo tanto en el ámbito moral en estricto sentido, como del ámbito psicofísico; identificándose con los sufrimientos, padecimientos o menoscabos que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica". Por su parte, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 5 de junio de 2008[105] dispone que "Actualmente predomina la idea de daño moral, representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultando, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cuanto si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de la persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.). De ahí que, ante, frente o junto de la obligación de resarcir surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del "lucre cesans" y/o "damnum emergens", la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado"; y añade que "los daños morales en sí mismo carecen de valor económico, no por eso dejan de ser indemnizables, conforme a una conocida y reiterada jurisprudencia civil, en cuanto actúan como compensadores en lo posible de los padecimientos psíquicos irrogados a quien se puede considera víctima y aunque el dinero no actúe como equivalente, que es el caso de resarcimiento de daños materiales, en el ámbito del daño moral la indemnización al menos palía el padecimiento en cuanto contribuye a equilibrar el patrimonio, permitiendo algunas satisfacciones para neutralizar los padecimientos sufridos y la afección y ofensa que se implanto, correspondiendo a los Tribunales fijarlos equitativamente".

Se reconoce que el daño moral constituye una noción dificultosa, relativa e imprecisa; si bien, iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se ha ampliado al ámbito contractual, adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que, limitaban su aplicación a la concepción clásica del *"pretium doloris"* y los ataques a los derechos de la personalidad[106]. En todo caso, corresponde al tribunal de instancia su fijación; si bien procede la revisión casacional de las bases en que se asiente la cantidad indemnizatoria, cuando las razones tenidas en cuenta para su determinación no se presentan dotadas de la consistencia fáctica y jurídica necesaria y adolecen de desajustes acusados a una racionalidad media[107].

Por otra parte, el daño moral al igual que, el patrimonial ha de ser probado[108]. En la responsabilidad extracontractual, la carga de la prueba incumbe al dañador o causante del ilícito; y dentro del daño moral será la víctima quien acredite, o por lo menos, exponga o exteriorice la realidad del mismo: ese sufrimiento, dolor, zo-

zobra, inquietud, o desazón que padece. No obstante, algunos pronunciamientos judiciales optan por dotar de cierta presunción el daño moral. Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 9 de mayo de 2014 manifiesta al respecto que "(…) es notorio que hechos como los descritos en la demanda implican de por sí un padecimiento oral para quien los sufre, que ve cómo la paternidad en la que creía es inexistente, lo que conlleva la existencia de una infidelidad de su esposa y la destrucción de su matrimonio; de modo que, la actuación de la demanda al engañar a su marido consciente y premeditadamente obre la paternidad de su hija que tuvo en mayo de 2011 ha causado al que era su marido daños morales que merecen ser indemnizables"[109].

En este contexto, en algunas resoluciones de la materia objeto de análisis, se equipara el descubrimiento de la verdad biológica a la pérdida física de los hijos, de un ser querido[110]; en otras, los perjuicios morales derivados de la falsa paternidad se conectan con la pérdida de la relación paterno-filial hasta entonces existente; o en el impacto psíquico o emocional derivado del conocimiento de la no paternidad; o, en fin, se alude al estado de frustración, desasosiego y sufrimiento de quien descubre su no paternidad y de la ruptura del vínculo paterno-filial[111].

Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 8ª, en su sentencia 231/2019, de 24 de mayo[112], concedió al padre una indemnización de 12.191,42 euros por daños físico y psíquico y otros 50.000 euros por daños morales. Argumentó lo siguiente: "Reclama el actor, indemnización, puesto que tras conocer que no es el padre biológico de la menor, padece un sufrimiento que le ha obligado a seguir tratamiento psicológico y psiquiátrico, existiendo partes médicos e informes que así lo confirman y además, las médicos que le tratan declararon en la vista celebrada confirmando la sintomatología, habiendo estado de baja desde el 6 de Agosto de 2013 hasta el 6 de Septiembre del mismo año, además del día que estando señalada vista de medidas cautelares, sufrió una crisis que necesitó asistencia médica, por lo que reclama 31 días impeditivos y 296 no impeditivos, y calcula la cantidad solicitada, por analogía, en el baremo fijado para los daños causados en accidentes de circulación del año 2013. La pretensión debe prosperar, pues el conocimiento de no ser el padre biológico de la menor le ha ocasionado los trastornos diagnosticados, tal y como declararon en la vista las médicos que le asisten, derivando directamente de la ocultación realizada, ya que a preguntas realizadas la psicóloga estableció que era el problema más intenso que mencionaba el actor, por lo que constando probado los días de baja laboral y las dolencias, el tratamiento, consultas y diagnostico que se mantenía, la suma reclamada de 12.191,42 € debe ser considerada adecuada".

En un supuesto de filiación no matrimonial, la sentencia de la Audiencia de Las Palmas, sección 5ª, de 25 de mayo de 2022[113] revocó la sentencia del juzgado y concedió una indemnización de 25.000 euros. Entre otras cosas, argumentando lo siguiente: "Obvio es que, en el supuesto ahora enjuiciado al no existir nexo matrimonial el actor no ampara su demanda en la infracción de ningún deber de fidelidad, obviamente inexistente, sino —parafraseando dicha sentencia— en la condición de persona afectada por la acción [más propiamente omisión] culposa o negligente de la demandada. El daño moral aquí reclamado no es consecuencia, obviamente, de ningún incumplimiento de deberes matrimoniales, pero tampoco de ningún incumplimiento de la demandada de deberes afectivos, que tampoco

existen. El daño es consecuencia de una doble conducta de la demandada alejada de cualquier aspecto ético: primero, al ocultar la paternidad de un tercero y, segundo, al comunicar tardíamente al actor su no paternidad, ejercitando seguidamente la propia madre demanda de impugnación de filiación paterna que conduce a dejar que el actor deje de ser padre, con las consecuencias no solo jurídicas sino también morales que ello provoca y el consiguiente daño moral que necesariamente se produce".

Ahora bien, a la hora de valorar los daños derivados de la pérdida del vínculo biológico con el hijo, habrá de tenerse en cuenta entre otras posibilidades, el hecho que, aun habiéndose impugnado la filiación, no tenga lugar una ruptura completa de la relación afectiva[114], pudiéndose acordar, si procede, un derecho de visitas del padre no biológico como allegado[115]; o, incluso y de forma excepcional, se le puede otorgar la guarda y custodia de su hijo no biológico[116] —englobado en lo que la doctrina califica de concepción social de la paternidad o paternidad social-[117]. O, en fin, habrá de tenerse también en cuenta a la hora de determinar si procede o no la indemnización por la pérdida de relación con el hijo, si es el propio progenitor no biológico el que decide *motu proprio* poner fin a la relación con el hijo/a, o es éste/a quien decide romper con su padre no biológico[118].

En todo caso, corresponde al juez a la hora de cuantificar los daños morales derivados de la ocultación de la paternidad, y, en su caso, de la pérdida de la relación con los hijos, ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso[119]. De todas formas, la doctrina y la jurisprudencia fija como posibles criterios para fijar el *quantum* indemnizatorio: el número de hijos extramatrimoniales, los años que ha durado el engaño o la ocultación, el tiempo que ha perdurado la convivencia con el hijo o los hijos que creía suyos, la posibilidad o no de mantener un vínculo paterno filial con ellos en un futuro, y la gravedad de los daños[120]. El *quantum* indemnizatorio que, no obstante, varía, atendiendo a cada caso concreto, y que resulta en unos supuestos muy elevados y en otros de escasa cuantía[121].

Por otra parte, se suelen acreditar los daños morales mediante la aportación de pruebas periciales —informes médicos y psicológicos— en los que se concretan los posibles daños físicos o psíquicos, o la certificación de una baja laboral temporal o definitiva proveniente de su propia situación personal y familiar[122].

En todo caso, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2ª, de 23 de abril de 2018[123] pone de manifiesto con respecto a los daños morales por ocultación de paternidad que "resulta indudable el hecho de descartarse la paternidad de unos hijos con los que se ha convivido durante varios años en el seno matrimonial genera *per se* un daño que debe ser indemnizado. No se trata tanto que la infidelidad o la ocultación sean sancionables económicamente sino en la medida que determinan la ausencia de un estado que genera unos indudables lazos afectivos con una prole con la que se convive durante años y que finalmente se frustra; lo que, sin duda, genera un vacío afectivo y una pérdida palmaria. El daño sufrido no puede ser una mera suposición, pues, no hay un vínculo más estrecho que el generado entre padres e hijos. Su derrumbe produce necesariamente una afectación psicológica, un golpe emocional. No se trata tanto de castigar la infidelidad, el incumplimiento de deberes o la ocultación sino de reparar el daño que se ha generado a otra persona, pudiendo haberse evitado. No se sanciona tampoco una determinada actitud procesal en un determinado proceso previo (que allí

debió sancionarse o evitarse). Hay, sin duda, desengaño, frustración y afectación de la imagen y consideración social no ser padre de quien pública y legalmente lo era. Debe poner el énfasis en la indemnización de un daño que indudablemente ha producido la conducta de la demandada. Sin que a ello sea preciso un informe pericial psicológico, ya que el daño es patente, palmario y fácilmente deducible de la propia experiencia humana y dignidad personal".

Así las cosas, para una parte de la doctrina no hay posibilidad en nuestro derecho de familia que permita apoyar este tipo de indemnizaciones por muy reprobables que pueda parecer estas conductas. Ciertamente, se ha considerado que operar en otro sentido se corre el riesgo de abrir la puerta al artículo 1902 del Código Civil, a falta de un reconocimiento legal a resarcir por el daño moral en estos casos; de ahí, el rechazo de nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 2018. Al respecto señala VELA TORRES que, aunque las relaciones de familia son un campo abonado para el daño moral "porque pueden dar lugar a todo tipo de frustraciones de expectativas y a perjuicios de carácter sentimental y psicológico". Señala que, precisamente, ante esta realidad la citada resolución de 2018, nuestro Tribunal Supremo "opta por una solución prudencial y, sin negar la existencia de tales daños, los que veda es su resarcimiento económico"[124].

No obstante, para MARTÍNEZ ESCRIBANO[125] una vía para admitir ese tipo de resarcimiento exige acometer una reforma legal desde el entendimiento que nuestras normas se han quedado obsoletas. Para ello propone modificar la normativa sobre la impugnación de la paternidad en la que se permita incluir la expresa posibilidad de resarcir los daños morales. A lo que precisa que, la norma, además, debería prescindir de la culpa o el dolo en estos casos.

Y, CASAS PLANAS, por su parte, precisa que "en la ocultación de la paternidad, la esposa lesiona un bien o interés jurídicamente protegido cual es "la certeza de la filiación y el mantenimiento del vínculo legal paterno-filial al producirse *la pérdida del vínculo legal paterno filial y, en consecuencia, la desaparición o disminución definitiva del derecho a relacionarse con sus supuestos hijos*" al impugnarse la paternidad, una vez descubierta la realidad"[126].

2. Daños patrimoniales.

En cuanto a los daños patrimoniales, de nuevo, señala GÓMEZ LIGŰERRE que "los daños materiales son daños patrimoniales, al menos en la mayor parte de los casos. Para ellos es posible encontrar un equivalente económico de los bienes o derechos afectados y tal equivalente, aunque no incorpore el valor de la afección que los activos perjudicados tuvieran para la víctima del daño, suministra una pauta para determinar el importe de la compensación que debe pagar el responsable del daño"[127]. Asimismo, los define de dos formas: la primera, define el daño atendiendo a la concreta realidad material perturbada. Por lo que, el daño solo puede predicarse en los supuestos de pérdidas o deterioro de un bien; (…) la segunda manera de definir el daño consiste en valorar globalmente las consecuencias de una actuar dañoso". Sin embargo, y para huir de la subjetividad ligada a todo análisis precisa el citado autor que "esta segunda forma acude a un elemento que, es objetivo: el patrimonio de la víctima. Por lo que, la forma de definir el daño

patrimonial ya no es la de precisar bienes afectados, sino valorar las consecuencias que la actuación del culpable ha tenido en el patrimonio de la víctima"[128].

Asimismo, como hemos precisado en líneas precedentes, se concretan en el abono, por un lado, de la prueba de paternidad que, en unos casos, la asumen ambos cónyuges y en otro caso, corresponde en su totalidad a la ex esposa causante del engaño[129]; por otro lado, de los gastos derivados del desplazamiento del progenitor no biológico para cumplir con el régimen de visitas establecidos; en la solicitud del reembolso de la totalidad de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos que, trataremos en el siguiente apartado de nuestro estudio; y las costas del juicio.

Finalmente, nos parece acertada la propuesta de MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA de diferenciar lo más claramente posible "entre lo que es la lesión de un interés jurídico protegido, denominado normalmente "daño" y lo que es consecuencia de la lesión de ese interés, denominado normalmente "perjuicio""[130]. Lo que coincide con la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil que, definen en el artículo 5191-3 daño como "cualquier lesión o menoscabo de un bien jurídico, ya sea un derecho o ya sea un interés jurídicamente protegido"; y en el artículo 5192-1 como daños resarcibles "tanto los daños patrimoniales como extrapatrimoniales".

Por otra parte, no faltan resoluciones que en estos supuestos entienden que no proceden daños morales ni patrimoniales[131].

Ahora bien, entre otras la exigencia de daños morales y patrimoniales por ocultación de paternidad se dirige contra la esposa y en algunos casos, contra el verdadero padre que mantuvo relaciones extramatrimoniales con la madre, aunque no suelen prosperar[132].

En todo caso, nos parece interesante la propuesta *de lege ferenda* que realiza la profesora CASAS PLANAS de tener en cuenta como el legislador canadiense y la doctrina del país "la lesión (*l'atteinte*) de las consecuencias, esto es, del daño patrimonial y moral (*préjuice moral et pécuniaire*) al que el causante del daño responsable civil está obligado a reparar"[133].

VI. LA DEVOLUCIÓN O REEMBOLSO DE LAS CANTIDADES ABONADAS EN CONCEPTO DE ALIMENTOS, GASTOS Y COSTAS JUDICIALES. COBRO DE LO INDEBIDO O ENRIQUEDIMIENTO SIN CAUSA.

Ante el ejercicio de una acción de impugnación de la paternidad o estimada ésta, o ante una acción de resarcimiento por ocultación de la paternidad, cabe plantear si es posible reclamar la restitución de las pensiones de alimentos abonadas por el progenitor que resulta no ser el padre biológico sobre la base de que estamos ante un supuesto de cobro de lo indebido y de la eficacia retroactiva de la filiación (artículo 112 del Código Civil). En la doctrina se han pronunciado al respecto, por un lado, considerando que, la determinación de la filiación carece de efectos retroactivos en relación con los apellidos, la patria potestad o los alimentos; si bien en relación a éstos, quien ha pagado los alimentos puede dirigirse contra el otro progenitor para recobrarlos por la vía del enriquecimiento injusto derivada del artículo 1895 del Código Civil[134].

Pues, realizando un breve *impasse*, procede señalar que, el citado artículo 1895 exige para que puede ejercitarse la acción de repetición de lo indebido: 1º. Un pago efectivo con la intención de extinguir una deuda o en general, de cumplir un deber jurídico; 2º. La inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe por la falta de cusa que, puede ser motivada, bien cuando falta la relación de obligación entre *solvens* y *accipiens*, bien porque jamás haya existido la obligación, porque la deuda ya está pagada, o porque se ha entregado mayor cantidad de al debida; y, 3º. Error por parte del que hizo el pago, siendo indiferente que el error sea de hecho o de derecho[135].

En consecuencia, y retomando, de nuevo, la cuestión hemos de señalar que, desde tal posición doctrinal se viene a admitir la devolución con carácter retroactivo de los alimentos entregados a un hijo menor, como consecuencia de una sentencia que declare la inexistencia de relación paterno-filial precedida de un proceso de impugnación de aquella, que hace desaparecer la obligación *ex tunc*. Y, por otra, se ha negado que, los alimentos prestados o las cantidades satisfechas para la atención del tenido por hijo constituyan donación o pago de lo indebido, sino que representan el cumplimiento de obligaciones derivadas de la filiación[136]. De todas formas, no faltan quienes, planteándose la cuestión, sin embargo, no se ha pronunciado ni posicionado al respecto[137]. Igual, falta de consenso tiene lugar en el seno de la jurisprudencia emanada de nuestras Audiencia Provinciales, donde se ha generado también un importante debate.

En respuesta a esta situación controvertida, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencia del Pleno de la Sala Primera de lo Civil, de 24 de abril de 2015[138] se ha pronunciado de forma expresa sobre el reembolso de cantidades satisfechas en concepto de pensión de alimentos tras declararse la inexistencia de relación filial en cuanto a la obligación de devolver alimentos cuyo importe había sido fijado previamente en una sentencia de divorcio y su no encaje en el artículo 1895 del Código Civil como un supuesto de cobro de lo indebido y, por ende, en la retroactividad de los efectos de la sentencia que estima la impugnación de la filiación matrimonial. La sentencia cuenta con el voto particular de dos Magistrados que consideran que la situación del caso se ajusta a la previsión legal contenida en el artículo 1895 del Código Civil, y, por tanto, entienden que, el recurso de casación debió ser estimado. Así en *su Fundamento de Derecho Primero* la Sala tras señalar que: "(…) es innegable que, en situación normal, un pago indebido genera un derecho de crédito en favor del pagador a la devolución de lo indebidamente satisfecho" e, indicar los presupuestos necesarios para que exista cobro de los indebido, manifiesta que "la no devolución tiene su origen en la vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885, y de 26 de octubre de 1897, que establecieron que los alimentos no tienen efectos retroactivos, "de suerte que no puede obligarse a devolver, no en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida". No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos mientras se mantengan". Argumentan también que "el derecho de alimentos de la hija existía, por tanto, por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio y como consecuencia de esa apariencia de paternidad el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían,

entre las que se encontraba no solo la manutención económica, sino la de velar por ella, tenerla en su compañía, educarla, formarla, representarla y administrar sus bienes, por tanto, los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien paga y quien se beneficiaba de dicha prestación y, es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial, lo que hace inviable la acción formulada de cobro de lo indebido". Igualmente, manifiesta que "conforme al artículo 112 del Código Civil "la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar", y "su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no disponga lo contrario"; efecto retroactivo de la determinación legal de la filiación que opera cuando éste sea positivo para el menor, pero no en el supuesto contrario, como sucede en otros casos, como el de extinción de la adopción (artículo 180.3 del Código Civil "la extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanzar a los efectos patrimoniales anteriormente producidos"); en el de la declaración de nulidad del matrimonio (artículo 79 del Código Civil: "la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos…"), o en el supuesto de fallecimiento del alimentante (artículo 1483 del Código Civil: "se verificará el pago por meses anticipados y cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente") y como también resulta de la propia jurisprudencia respecto al carácter consumible de los alimentos o de sentencias como la de 18 de noviembre de 2014 conforme a la cual la extinción de la pensión alimenticia de un hijo mayor de edad no puede tener efecto retroactivos desde la fecha de la demanda de modificación de medidas, sino desde el día siguiente de notificada la sentencia dictada por la Audiencia Provincial".

Finalmente, pone en evidencia "el riesgo de trasladar sin más determinadas acciones, como la que ahora se enjuiciar, al ámbito de las relaciones familiares para fundar un derecho de crédito al margen de las reglas propias que resultan de la filiación, de la propia consideración del matrimonio y de la familia, y, en definitiva, de un entramado de relaciones personales y patrimoniales que no es posible disociar".

Sobre tales bases, el Tribunal Supremo declara no haber lugar el recurso de casación interpuesto por el demandante, se mantiene la sentencia recurrida que, afirmaba que en los casos como el presente la vía de reclamación es la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, si bien por los motivos expuestos y no por los argumentos que en aquella sentencia se esgrimían.

La sentencia cuenta con el voto particular de dos Magistrados que consideran que la situación del caso se ajusta a la previsión legal contenida en el artículo 1895 del Código Civil —en la línea, con la primera de las posiciones adoptadas en el seno de las Audiencias Provinciales— y, por tanto, consideran que, el recurso de casación debió ser estimado[139].

Sobre tales bases, la cuestión que se plantea ante el Tribunal Supremo consiste en determinar si es posible admitir que estamos ante un supuesto de cobro de lo indebido del artículo 1895 del Código Civil, y, por tanto, solicitar la devolución con carácter retroactivo de los alimentos satisfechos a una hija menor, habiéndose declarado judicialmente que no existe relación paterno filial, lo que conlleva la

desaparición de dicha obligación "ex tunc". No cabe duda que la hija había nacido en el seno del matrimonio, presumiéndose la paternidad del marido (artículos 113 y 116 del Código Civil y artículo 235.1 Código Civil catalán) e, inscrita en el Registro Civil como hija de aquél. La determinación de la filiación matrimonial y por ende, la relación paterno-filial constituida supone entre otros efectos la asunción del deber de alimentos de los progenitores. De forma que, el derecho de alimentos de la hija existía ante de la sentencia de divorcio como después, concretada en la pensión de alimentos. Las cantidades abonadas por ambos progenitores se hicieron en tal concepto. Ahora bien, también es cierto que, el padre desconocida la no paternidad biológica, pues, creía que era hija suya. Hay que partir de varios elementos básicos para que opere el cobro de lo indebido: la existencia de un pago efectivo, hecho con la intención de extinguir la deuda; inexistencia de obligación entre el *solvens* —que paga— y el *accipiens* —el que recibe—; y error en el *solvens*. Y se establece como supuesto *indebitum ex causa*, pues, se presume que hubo error cuando se entrega una cosa que nunca se debió. Por otra parte, la reclamación del padre se sustancia en la cantidad de 19.285,82 euros, desde el inicio del convenio regulador (diciembre 2002) hasta el 23 de marzo de 2009 fecha de la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca por la que se confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Tarancón de 24 de septiembre de 2008 donde se estima la demanda de impugnación de la filiación matrimonial. Pero lo cierto es que, tan indebidos se pueden considerar estos pagos como los anteriores abonados durante la convivencia conyugal. Sin embargo, solo se reclama lo que pagó por sentencia tras la ruptura matrimonial, lo que en sí mismo puede resultar incongruente, pues, ambos cónyuges, tanto antes como ahora divorciados, seguían comprometidos al pago de los alimentos por deber de patria potestad. Para el Tribunal Supremo, estas reglas del cobro de lo indebido no se puede trasladar en materia de alimentos para conceder legitimación activa al alimentante, que alimentó a una hija que luego se demostró que no era suya, para que se le restituyera lo abonado, y pasiva frente al otro progenitor que, lo aplicó a la alimentación de la hija común, y no en su propio beneficio, como tampoco para considerar que hubo error al pagarlos, por lo que no puede solicitarse la devolución de los alimentos por todo el periodo de vida de la niña, ni por supuesto, por el que ahora se reclama, por el hecho de que no coincide la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal[140].

Frente a ello, el voto particular de dos los Magistrados señalan la existencia de *un indebitum ex causa* que determinan la existencia de una voluntad viciada por error ante la creencia del padre que, la hija nacida constante matrimonio era suya y, como tal, cumplió con el deber de alimentos, lo que, ha beneficiado patrimonialmente a los deudores solidarios de alimentos que, son los verdaderos progenitores biológicos; y, asimismo, la satisfacción por parte del marido de una obligación de alimentos sin justa causa para ello.

Ciertamente, la base principal de la filiación descansa en la verdad biológica y quienes son los progenitores asumen el deber de alimentos. El hecho de no ser padre biológico establecido en la correspondiente sentencia impugnatoria de la filiación, determina que, haya pagado algo que no debía, en la creencia errónea de que estaba obligado y, puede solicitar la reclamación de lo indebidamente pagado de quien, patrimonial y personalmente es responsable como es la madre y, por

ende, del otro progenitor biológico. Por lo que, entendemos en la línea expuesta por los Magistrados que sustentan el voto particular que, es posible que opere en al ámbito de las relaciones familiares, la existencia de un cobro de lo indebido en materia de alimentos sobre la base de una responsabilidad patrimonial predicable de cada uno de los institutos de Derecho de familia. Ahora bien, respecto del alcance retroactivo o no de los efectos de la sentencia estimatoria de la impugnación de la filiación matrimonial, la mayoría de los miembros de la Sala consideran que, los alimentos se deben a la menor hasta que se declara judicialmente que, el demandante no era padre. Lo que supone defender que, dicha sentencia estimatoria de la impugnación no tiene efectos retroactivos en materia de alimentos. Sin embargo, los Magistrados que firman el voto particular, se refieren al alcance declarativo y por tanto, *ex tunc* que caracteriza el ejercicio de la impugnación de la filiación matrimonial que, necesariamente declara la ausencia del presupuesto causal de la filiación desde su inicial determinación, sin intervalos o espacios intermedios al respecto. Aunque matizan y, por eso justifican que, no se reclamen los alimentos desde la determinación de la filiación, sino desde la sentencia de divorcio hasta la que estima la impugnación, al afirmar que, la retroacción de efectos permite cierta modulación en consideración, exclusivamente, del menor afectado y no respecto de la madre y su posible responsabilidad en la falsa determinación inicial de la paternidad. También inciden para determinar la exigencia de responsabilidad patrimonial de la mujer respecto de la obligación de alimentos que, cobró indebidamente en el comportamiento doloso, en la mala fe de la mujer —aunque no es requisito para que opere el cobro de lo indebido[141]— que, tras convencer a su marido para que se sometiera a un tratamiento de fertilidad, mantuvo mientras tanto las relaciones extramatrimoniales que, dieron lugar al nacimiento de la hija. En fin, precisan que la acción no se dirige contra la alimentista sino contra la persona que estaba obligada a prestar alimentos y no lo hizo; de ahí que, entiendan que la devolución de alimentos que han sido consumidos, no representa una pretensión a deducir contra quien, precisamente los ha consumido, sino contra el obligado a darlos. En consecuencia, si éste no los presta y si el demandante, la cuantía abonada por éste, supone que el obligado a darlos se ha enriquecido injustificadamente en perjuicio del demandante. Al respecto, recordemos que, los términos en que se expresan los Magistrados disidentes "impugnada con éxito la filiación matrimonial, la consecuencia innegable que se deriva es que el marido nunca tuvo la condición de padre respecto del hijo. Alcance cuya retroacción de efectos, si bien permite cierta modulación como señala la sentencia, lo es en consideración, exclusivamente, de la madre y de su posible responsabilidad en la falsa determinación inicial de la paternidad o en las consecuencias derivadas de su propia patria potestad respecto de su hijo"[142]. Nos parece adecuada la postura de los Magistrados disidentes que, operan en la línea de posibilitar un reembolso de alimentos, si bien, con un límite temporal —desde el convenio regulador (diciembre 2002) hasta la resolución de la impugnación de la filiación (23 de marzo 2009)—.

En este contexto, la sentencia de 13 de noviembre de 2018 coincide con la doctrina establecida en la citada sentencia de Pleno, de 24 de abril de 2015 en el sentido de negar la procedencia de la devolución. Si bien, en esta sentencia se resolvió con base en el artículo 1895 del Código Civil relativa de cobro de lo indebido, la de 2018 plantea la devolución al amparo del artículo 1902, configurando

la indebida prestación alimenticia a un hijo, que se demostró que no era suyo, como un daño indemnizable, y trasladar la reclamación a las reglas propias de la responsabilidad civil extracontractual con legitimación activa de quien alimentó a ese hijo, para que se le restituya lo abonado, y legitimación pasiva de quien nunca recibió el dinero para sí, es decir, para integrarlo en su patrimonio, sino para aplicarlo a la alimentación de este hijo. En todo caso, la sentencia de 2015 entendió, como la resolución de apelación que el caso habría de subsumirse no bajo las reglas del cobro de lo indebido, sino bajo las reglas establecidas en el artículo 1902 del Código Civil, por lo que la acción estaba prescrita, dado que el actor había tenido perfecto y cabal conocimiento que la hija no era suya, mediante la notificación de la sentencia de 2 de septiembre de 2008, y en cualquier caso, *"no existe base jurídica para estimar la acción de reembolso por cobro de lo indebido de pensiones alimenticias"* como precisa la citada sentencia de 2015. La sentencia de Primera Instancia, sin embargo, si había subsumido el deber de restitución bajo las reglas de la "repetición de lo indebido" del artículo 1895 del Código Civil tal y como había sido configurada la demanda, y no en el artículo 1902 del Código Civil.

Por su parte, en la sentencia de 2018 la devolución no se plantea como una pretensión de cobro de lo indebido, sino como una acción de resarcimiento de daños y perjuicios al amparo del artículo 1902 del Código Civil; si bien, en este caso no se aprecia prescripción de la acción, pero, asimismo, no prospera.

No obstante, este distinto planteamiento normativo y de acciones, considera nuestro Alto Tribunal en esta sentencia de 2018 que, la solución va a ser la misma que tuvo lugar en 2015, como resulta de la doctrina de esta Sala y que en lo sustancial es la siguiente:

a) Los alimentos abonados al menor eran consecuencia del ejercicio de una obligación legal derivada de la relación paterno-filial. Así, el niño nace constante la relación de matrimonio y como tal se inscribe en el registro civil, por razón de la presunción de paternidad matrimonial que establecen los artículos 113 y 116 del Código Civil, reforzada por la presunción de convivencia del artículo 69, y desde entonces se aplican las normas de protección de la familia a través de una suerte de medidas tanto personales como patrimoniales. Entre otras las que resultan de los artículos 111 y 154 del Código Civil, una de las cuales, los alimentos, se extrae del conjunto de obligaciones que integran la patria potestad para reclamar su devolución.

b) Estos alimentos, como las demás obligaciones que integran la potestad de los padres —velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos, formarlos, representarlos y administrar sus bienes— (artículo 154 del Código Civil), y el propio hecho de la filiación (artículo 111 del Código Civil) han surtido sus efectos en cada uno de los momentos de la vida del niño porque la función de protección debía cumplirse y el hijo debía ser alimentado, lo que impide que pueda solicitarse su devolución por el hecho de que no coincida la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal.

c) En cuanto a la irretroactividad y la no devolución de los alimentos se indica que, tiene su origen en una antigua sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio

de 1885; y 26 de octubre de 1897, según la cual los alimentos no tienen efectos retroactivos, "de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida". No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos.

d) El derecho a los alimentos del hijo existía, por tanto, por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio; y, como consecuencia de esa apariencia de paternidad, el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían, entre las que se encontraba no solo la manutención económica, sino la de velar por él, tenerlo en su compañía, educarlo, formarlo, representarlo y administrar sus bienes. Los pagos se hicieron, en definitiva, como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial.

e) Para concluir su argumentación, el Tribunal Supremo no recuerda que, respecto a la filiación el artículo 112 del Código Civil, "produce sus efectos desde que tiene lugar", y "su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no disponga lo contrario", como aquí sucede dado el carácter consumible de los alimentos. Por lo que entiende que, no es posible la retroacción de los efectos, pues, los alimentos habían sido consumidos por el menor a lo largo de su vida[143].

En esta línea, no faltan resoluciones en el seno de las Audiencias que, sostienen que la reclamación de los alimentos abonados por el padre no biológico a quien creía su hijo debe hacerse por la vía del artículo 1902 del Código Civil[144]; otras que en contra de la doctrina del Pleno del Tribunal Supremo, concretado en esta reciente sentencia de 2018 y la del 2015 entiende que procede la devolución de las cantidades en concepto de alimentos abonados por el padre no biológico a quien se creía su hijo por el cauce del artículo 1895 del Código Civil —en línea con el voto particular de la sentencia de 2015-[145]; y, finalmente, hay sentencias que consideran que, en tanto no se declare que el padre que lo era, ha resultado no serlo, no es de aplicación el cobro de lo indebido, ni la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, pues los alimentos hasta entonces eran debidos. De forma que, el abono de la pensión de alimentos lo es en cumplimiento de una sentencia que así lo determina, y tal deber que tiene su fundamento legal en la filiación misma, no es extingue hasta que recae sentencia firme que declare la no paternidad —en la línea con las sentencias del Tribunal Supremo de 2015 y 2018-[146].

Si bien, como manifestaron los Magistrados disidente en el voto particular de la sentencia de 24 de abril de 2015 y que hemos analizado en líneas precedentes, no estamos ante un caso de devolución de alimentos consumidos, además la acción no se dirige contra el alimentista, sino contra la madre de éste. Por lo que operar de esta manera, no admitiendo ninguna pretensión restitutoria, se está premiando la impunidad en esta forma de actuación y, en consecuencia, beneficiando al que ocultó la paternidad no biológica en perjuicio de quien la ha sufrido. Me parece acertada la posición de YZQUIERDO TOLSADA de recuperar al menos las

cantidades satisfechas a partir de la fecha de la interposición de la demanda de separación o divorcio, a semejanza de lo que sucede en el régimen común de alimentos entre parientes (artículo 148.1 del Código Civil)[147], pues como, igualmente aprecia el citado autor, en este caso hay enriquecimiento injusto, pero también resarcimiento[148].

En este contexto, procede señalar, por un lado que, desde tal planteamiento del Tribunal Supremo, solo a partir de la sentencia firme de separación o divorcio, la pensión alimenticia del hijo se puede recuperar por la vía del artículo 1895 del Código Civil; y, por otro lado, para reclamar contra el padre biológico las cantidades en concepto de alimentos abonados por el padre no biológico por la vía del cobro de lo indebido, resulta necesario la previa determinación de la paternidad respecto del mismo, mediante el ejercicio por aquél de la correspondiente acción de reclamación de la filiación extramatrimonial. Si bien, aun determinada la filiación, no se puede reclamar por el padre no biológico al padre biológico el reembolso de los alimentos desde el nacimiento del hijo, pues, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencias de 29 de septiembre y 30 de septiembre de 2016[149] —en supuestos de reclamación tardía de la paternidad— ha declarado que, la reclamación de alimentos al nuevo padre únicamente puede tener lugar desde la interposición de la demanda de alimentos que, puede tener lugar simultánea o posteriormente a la reclamación de paternidad, aplicando lo dispuesto en el artículo 148.1 del Código Civil también a la obligación de alimentos a los hijos menores de edad, sin que pueda reclamarse pensión de alimentos con efectos retroactivos[150]. En todo caso, el artículo 237-5.2 del Código Civil catalán permite solicitar los alimentos "anteriores a la reclamación judicial o extrajudicial, hasta un periodo máximo de un año, si la reclamación no se hizo por una causa no imputable a la persona obligada a prestarlos"[151].

Ahora bien, conviene precisar que, ciertamente frente a la *ex* esposa no procede reclamar lo pagado durante la convivencia, pues, existe un deber de contribuir a las cargas familiares (artículo 1362 del Código Civil en sede de gananciales y artículo 1438 del citado cuerpo legal en régimen de separación de bienes)[152].

De todas formas, se puede plantear la aplicación a este supuesto la acción de enriquecimiento frente al progenitor que ocultó la paternidad no biológica y frente al padre biológico; si bien, respecto a aquellos alimentos no debidos tras el éxito de la impugnación de la paternidad. No obstante, en lo que respecta a la doctrina jurisprudencial sobre la prohibición del enriquecimiento sin causa, sus requisitos y subsiariedad, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2020[153] manifiesta lo siguiente: 1. Los primeros escritos sobre el enriquecimiento sin causa, tal como ha llegado —como principio— a nuestros días, se halla en sendos textos prácticamente idénticos de Pomponio recogidos en el Digesto: *nemo cum alterius detrimento locupletior fieri debet* (nadie debe enriquecerse en detrimento de otro) (D. 12, 6, 14) e, *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem* (es equitativo por Derecho natural que nadie se enriquezca en detrimento y en daño de otro) (D. 50, 17, 206). Las Partidas (7.a, 34, 17) recogen este principio: *ninguno non deve enriqueszer tortizeramente con daño de otro*.

La jurisprudencia, antes del Código civil, lo aplicó (ninguno debe enriquecerse con daño de otro) como principio vigente contenido en Las Partidas.

Así en la sentencia del citado Alto Tribunal y Sala, de 29 de junio de 2015[154] se declaró que "la razón jurídica de este principio, el fundamento de que sea fuente de obligaciones, es la "atribución patrimonial sin causa": el que se ha enriquecido, lo ha hecho sin causa y, por ello, debe restituir al empobrecido aquello en que se enriqueció. Precisamente este fundamento justifica que los cuasicontratos (gestión de negocios y pago de lo indebido) no son sino expresión del principio del enriquecimiento injusto. El propio § 812 del BGB dice, en su primer inciso, que "quien obtiene algo sin causa jurídica por la prestación de otro o de cualquier otra forma a costa del mismo, está obligado para con él a la restitución"".

Es, por ello, que la categoría del enriquecimiento injustificado tiene un punto de partida o fundamento principal acorde con el debido resarcimiento de un desplazamiento o enriquecimiento patrimonial que carece de razón jurídica o justificación que lo legitime.

De esta forma, su función de cláusula general de cierre también parece clara, pues si, pese a que el Derecho de obligaciones aparece estructurado de tal modo en orden a impedir que no tenga lugar un desplazamiento o enriquecimiento injusto, no obstante, éste se produce, entonces el alcance sistemático y complementario del principio permite que la prohibición del enriquecimiento injusto se convierta en regla sancionadora de la atribución realizada determinando la correspondiente restitución (sentencias de 21 de octubre de 2005[155] y de 19 de julio de 2012)[156].

La doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Civil se mueve en esta dirección proclamando, a veces de modo explícito y terminante y otras de forma implícita, que la interdicción del enriquecimiento injusto tiene en nuestro ordenamiento jurídico el valor de un auténtico principio general del Derecho (entre otras las SSTS de 12 de enero de 1943; de 23 de noviembre de 1946; de 22 de diciembre de 1962; de 1 de diciembre de 1980[157]; 12 de julio de 2000[158]; de 28 de febrero de 2003[159]; de 6 de febrero de 2006[160]; y, de19 de julio de 2012). Además, se trata de una institución jurídica reflejada en numerosos preceptos legales, aunque de forma inconexa (sentencia de 1 de diciembre de 1980, con cita de la anterior de 12 de enero de 1943).

Procediendo al desarrollo de esta distinción se afirmó por el Alto Tribunal en sentencias 261/2015; de 13 de enero y 151/2020, de 5 de marzo[161]: "Como principio general del derecho, cuya formulación sería "nadie debe enriquecerse injustamente o sin causa a costa de otro", se aplica de forma subsidiaria, en defecto de ley y de costumbre, y también informa el Derecho patrimonial, para evitar que puedan producirse enriquecimientos injustos, y contribuye a su interpretación en tal sentido. Como institución jurídica autónoma (enriquecimiento sin causa), y sin perjuicio de las eventuales previsiones legales, su aplicación descansa sobre la concurrencia de un elemento económico (la ganancia de uno, correlativa al empobrecimiento de otro, mediando un nexo de causalidad entre ambas), y una condición jurídica (la ausencia de causa justificativa)".

De la anterior caracterización el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 2023[162] señala que se desprende los siguientes requisitos que deben concurrir para la prosperibilidad de la acción según reiterada jurisprudencia.

La sentencia de 31 de marzo de 1992[163] resumía esa jurisprudencia: "los requisitos necesarios para la apreciación del enriquecimiento injusto son: a) Aumento del patrimonio del enriquecido; b) Correlativo empobrecimiento del actor, repre-

sentado por un *damnum emergens* o por un *lucrum cesans*; c) Falta de causa que justifique el enriquecimiento, y d) Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio". En términos similares se pronuncian las sentencias 221/2016, de 7 de abril[164]; 887/2011, de 25 de noviembre[165]; y 529/2010, de 23 de julio[166].

El "enriquecimiento" del demandado debe consistir en cualquier provecho o utilidad patrimonial o económica, y puede tener lugar aumentando su patrimonio (*lucrum emergens*) —por vía de incremento del activo o por vía de la disminución del pasivo— o evitando su disminución (*damnum cesans*) —v.gr. gasto hecho por un tercero en provecho del demandado—.

Este enriquecimiento puede surgir por el solo hecho del desplazamiento patrimonial indebido, incluso con ignorancia o buena fe del beneficiario (sentencia de 12 de junio de 1955), ya que la doctrina del enriquecimiento injusto no requiere para su aplicación que exista mala fe, negligencia o un acto ilícito por parte del enriquecido, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo cual es compatible con la buena fe (sentencia de 31 de marzo de 1992[167]).

Ahora bien, aquel "enriquecimiento" debe tener lugar "a costa de otro", que correlativamente sufre un "empobrecimiento", esto es, un sacrificio o disminución patrimonial, sea por la vía de una salida de activo o valor patrimonial (*damnum emergens*) o por la no obtención de un lucro que jurídicamente le hubiera correspondido (*lucrum cesans*). En otros términos: el empobrecimiento puede tener lugar provocando un detrimento patrimonial o frustrando una ganancia (sentencia 557/2010, de 27 de septiembre[168]).

Por otra parte, es necesario que entre el enriquecimiento y el correlativo empobrecimiento exista una relación o nexo causal, bien directo (desplazamiento patrimonial inmediato), bien indirecto (la salida o disminución del patrimonio del perjudicado no es simultánea e inmediata a la entrada o aumento del patrimonio del beneficiario, sino a través de un tercero o transmisión intermedia).

Además, es esencial la falta o ausencia de causa del enriquecimiento patrimonial, esto es, que el enriquecimiento carezca de justificación o razón jurídica suficiente. Se produce una atribución patrimonial o un desplazamiento de un activo o valor económico de un patrimonio a otro sin justa causa, esto es, sin que exista entre las partes un negocio jurídico válido y eficaz o una disposición legal que autorice o legitime aquella atribución o desplazamiento patrimonial.

Por tanto, como afirma la sentencia 221/2016, de 7 de abril[169] (con cita de la núm. 387/2015[170] "no hay tal falta de causa cuando la atribución patrimonial corresponde a una relación jurídica patrimonial o a un precepto legal, pues cuando existe un contrato válido o cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias, provechos o ventajas patrimoniales en casos concretos, no puede sostenerse que los beneficiados indirectamente por ella se enriquezcan injustamente".

Sobre tales bases, al requisito de la falta de causa de la atribución patrimonial vincula también la jurisprudencia el de la subsidiariedad. Como dijimos en la sentencia 387/2015, de 29 de junio "si la ley prevé un supuesto en que la atribución patrimonial corresponde a un precepto del ordenamiento o a una relación contractual, no puede mantenerse las doctrinas del enriquecimiento injusto. Es explícita la jurisprudencia en este sentido".

La acción basada en el principio de la prohibición del enriquecimiento injustificado tiene naturaleza subsidiaria. Así lo expresa la sentencia de 18 de diciembre de 1996[171] y lo reitera contundentemente la de 19 de febrero de 1999[172], en estos términos: "la acción de enriquecimiento deba entenderse subsidiaria, en el sentido de que cuando la ley conceda acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejercitar y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para el de la acción de enriquecimiento. Ésta es la doctrina que se desprende de las sentencias de esta Sala de 25 de noviembre de 1985[173]; de12 de marzo de 1987; de 23 de noviembre de 1998[174]; y de 3 de marzo de 1990[175], que sostuvieron, como una de la *ratio decidendi* de sus fallos, la subsidiariedad de la acción. Cierto que otras han manifestado criterio contrario, así las 19 y 20 de mayo de 1993 (...); de 14 de diciembre de 1994[176]; de 18 de diciembre de 1996[177]; y de 5 de mayo de 1997[178]. Pero si se analizan con detenimiento, se verá inmediatamente que sus declaraciones sobre la no subsidariedad nada tiene que ver con los litigios que resolvieron, no son *ratio decidendi* de sus fallos, sino meros *obiter dictum* que no crean ninguna jurisprudencia vinculante (artículo 1.6 del Código Civil). Sólo con toda claridad ha admitido esta Sala la confluencia ante un mismo supuesto fáctico de la acción de enriquecimiento y la aquiliana del artículo 1902 del Código Civil, en sus sentencias de 12 de abril de 1955; de 10 de marzo de 1958; de 22 de diciembre de 1962; y, de 5 de mayo de 1964 (aunque la sentencia de 5 de octubre de 1985[179]estime cuestionable la acumulación de la acción de indemnización y la de enriquecimiento)".

Doctrina que ha sido reiterada por las sentencias de 28 de febrero de 2003[180]; de 4 de noviembre de 2004; de 5 de diciembre de 2005; de 8 de mayo de 2006[181]; de 22 de febrero de 2007; de 30 de abril de 2007[182]; y, 387/2015, de 29 de junio[183].

Por su parte, la sentencia 467/2012, de 19 de julio[184], reproducida por la núm. 387/2015, de 29 de junio[185], resumió la concreción de la aplicación subsidiaria de la acción de enriquecimiento sin causa, en las siguientes consideraciones: "Si con la pretensión del enriquecimiento injustificado se pide lo mismo o no que otra acción al servicio del actor. Si la pretensión de fondo del enriquecimiento injustificado viene ya regulada por normas concretas o por la previsión normativa. Si la norma preferente de aplicación elimina, expresa o indirectamente, cualquier otra vía que teniendo idéntico o distinto fundamento persiga un mismo resultado u otro parecido. Si el ordenamiento jurídico al señalar una acción específica y preferente otorga un plazo de prescripción con el que ha pretendido cerrar la cuestión ante cualquier otra posibilidad de reclamación referida al mismo objeto, a sus subrogados o parte de él. Si la acción específica y preferente ha perdido la viabilidad del éxito por defecto de prueba o interacción de alguna causa imputable al actor".

Asimismo, la sentencia 467/2012, de 19 de julio añadió que: "la caracterización subsidiaria de la acción por enriquecimiento injustificado puede inferirse directamente del carácter supletorio como fuente que comporta necesariamente la aplicación de los principios generales del Derecho. Carácter subsidiario que, precisábamos en dicha sentencia, en rigor no resulta incompatible con el tenor de las sentencias que usualmente se citan en apoyo de la no subsidiariedad de la acción, (particularmente de las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1955 y 28 de enero de 1956), "pues antes que negar dicha caracterización lo que resuelven en realidad es la pertinente concurrencia en estos casos de la pretensión

de enriquecimiento injustificado con otra distinta pretensión, independiente y autónoma de esta, como es la del resarcimiento de daños y perjuicios causados"".

En esta línea, la doctrina ha apuntado la complementariedad entre la acción de enriquecimiento y la acción aquiliana del artículo 1902 del Código Civil (el daño sufrido puede ser superior al enriquecimiento obtenido) en el caso de las denominadas *condictio* (acciones dirigidas a reclamar la restitución de un enriquecimiento sin causa) "por intromisión", entre las que se engloban aquellas en que la intromisión tiene lugar mediante el ejercicio indebido del *ius disponendi*, esto es, en que la facultad de disposición se ejerce por un no titular y en que la disposición es eficaz por aplicación de las reglas sobre protección de la apariencia jurídica y de la buena fe del adquirente (artículos 34 de la LH y 464 del Código Civil). En estos casos, el *non dominus* debe al *verus dominus* el valor de lo obtenido por la disposición. Puede incluirse en esta categoría el cobro de un crédito por un acreedor aparente, que, en la medida en que libere al deudor de buena fe (artículo 1.164 del Código Civil), podrá generar una acción de reembolso a favor del verdadero acreedor.

Frente a los citados casos de eventual concurrencia entre la acción de resarcimiento de daños y la de enriquecimiento, en que se habían producido las dudas señaladas, la regla de la subsidiariedad se afirma con mayor claridad en los casos que pertenecen al grupo de las *condictio* comúnmente denominadas "de prestación" o *condictio in debiti* (centradas típicamente en la restitución de prestaciones realizadas *solvendi causa*), que se rigen por las reglas propias de los contratos. Este es el caso de las reglas contenidas en los artículos 1.303 a 1.306 del Código Civil para los contratos nulos, la regla del artículo 1.123 del Código Civil para los casos de contratos resueltos por incumplimiento, la del artículo 1.295 del Código Civil para la restitución de las prestaciones derivadas de contratos rescindidos, o las contenidas en los artículos 1.895 y siguientes del Código Civil para el cuasicontrato del cobro de lo indebido.

Es en este ámbito donde resulta incuestionable la idea de que cuando la ley conceda acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitar el enriquecimiento sin causa, son tales acciones las que se deben ejercitar, sin que ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitimen para el de la acción de enriquecimiento. Sucede lo mismo respecto de otras acciones expresamente previstas por la ley como la reivindicatoria (artículo 348 del Código Civil) o, la de evicción (artículo 1.475 del Código Civil). Y ello sin perjuicio de la posible función complementaria que pueda jugar la *condictio* cuando las citadas reglas legales no proporcionen una solución completa al problema (v.gr. cuando se trate de prestaciones contractuales consistentes en un *facere* o en un *non facere*.

Por último, la sentencia de Pleno de la Sala de lo Civil 1216/2023, de 7 de septiembre[186], recoge la doctrina jurisprudencial sobre la prohibición del enriquecimiento injusto en relación con las adjudicaciones realizadas en pública subasta en los procedimientos de realización de garantías hipotecarias: "(...) Sobre esta materia, la sentencia de esta sala de 13 de enero de 2015[187]declaró: "el ejercicio de la facultad legal de reclamar a los deudores la parte del crédito no extinguida con la adjudicación del bien hipotecado por el 50% del valor de tasación, en principio, no podía considerarse un supuesto de enriquecimiento injustificado, conforme a la jurisprudencia de esta Sala".

Sobre tales bases, resulta difícil aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto tanto al progenitor que ha ocultado la verdadera paternidad, como al padre biológico. En este último caso, además de conocer su identidad, debe ser considerado padre por la vía de reclamación de la paternidad. Y como precisa TORRES MARCO el marido o pareja "puede reclamar el reembolso de los pagos abonados en concepto de alimentos no desde el nacimiento, sino desde la interposición de la demanda de alimentos"[188].

Ciertamente, al día de hoy nos encontramos con una tesis mayoritaria que afirma que no puede ser objeto de reintegro los alimentos prestados a los hijos durante al matrimonio, tras la separación o divorcio y antes de la sentencia estimatoria de la impugnación de la filiación al prevalecer el interés del menor, ni por parte de la esposa que oculta la paternidad, ni por el verdadero padre biológico tanto por la vía del cobro de lo indebido como del enriquecimiento sin causa.

No obstante, como manifiesta CASAS PLANES con la que coincidimos, la cuestión no llega a ser pacífica. Y se refiere a una propuesta de interés que "aboga por la aplicación por parte de los Tribunales de un método por el que no sólo se tenga en cuenta el interés del menor, sino la totalidad de circunstancias, esto es, si ha existido o no engaño por parte de la madre, la falta o no de diligencia debida por parte del padre en orden a poder haber sabido antes de la demanda si no era el padre biológico y, por último, las consecuencias que la obligación de restituir los gastos alimenticios al progenitor tendrían sobre el orden público, esto es, si incentivaría dicha solución a que los progenitores que tengan razones para dudar de su paternidad dejaran de pagar los alimentos ordenados por sentencia judicial"[189].

VII. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. EL *DIES A QUO* DE SU EJERCICIO

La doctrina y la jurisprudencia debaten entre el conocimiento de la ocultación de la paternidad y la sentencia que resuelve la acción de impugnación de la filiación. La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018 resuelve sobre el plazo de prescripción del ejercicio de la acción de responsabilidad civil, no sobre el plazo de caducidad de la acción de impugnación y precisa que, "es reiterada y pacífica doctrina de esta sala que la fijación de *dies a quo*, para computar el plazo prescriptivo de la acción, ha de determinarla el juez de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica, siendo doctrina también reiterada que la determinación de este día inicial es función que corresponde en principio a la sala de instancia, y que su decisión al respecto, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación". Es cierto añade que "también se ha dicho que el hecho de que la apreciación de la prescripción presente, junto al aspecto fáctico, una dimensión jurídica, ha permitido a esta sala revisar en algún caso la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables"[190].

La sentencia de 14 de julio de 2010 que, recordemos, plantea una reclamación por daño moral y patrimonial sufrido por el marido por el descubrimiento de la infidelidad de su esposa y la ocultación de la paternidad no biológica de su hija durante diecinueve años, distingue a los efectos de aplicar o no la prescripción de

la acción entre daño continuado y daño duradero y permanente. No se cuestiona la aplicación del artículo 1968.2 del Código Civil y establece en este caso de daño duradero o permanente que "el plazo de prescripción comenzará a correr "desde que lo supo el agraviado", como dispone el art. 1968.2º del Código Civil, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su transcendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción". Por lo que, "ésta, y no la de daños continuados, es la verdadera naturaleza de aquellos cuya reparación se pidió en la demanda interpuesta por el hoy recurrente lo demuestra el propio planteamiento del motivo, que presenta como continuación o agravación de los daños hechos posteriores a la propia presentación de la demanda para, después, situar incoherentemente el comienzo del plazo de prescripción en una fecha anterior y, además, prescinde del cuidadoso análisis del tribunal sentenciador, reseñado en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia de casación, que distingue etapas o fases según los conceptos indemnizatorios de la propia demanda y determina para cada uno de ellos la fecha límite inicial del plazo de prescripción".

De ahí que "en el recurso se opte por centrar la atención en los padecimientos físicos y psíquicos del demandante derivados tanto de la infidelidad de su esposa y del procedimiento de separación conyugal como de la definitiva confirmación de que no era hija biológica suya la joven a quien hasta entonces había tenido por tal. Por eso pretende prolongar el inicio del plazo de prescripción hasta la fecha del informe médico de septiembre de 2005, pero sin rebatir mediante argumento alguno el razonamiento del tribunal sentenciador, compartido ahora por esta Sala, de que dicho informe no viene sino a confirmar el mismo diagnóstico del padecimiento cardiaco del actor-recurrente en el año 2001 que determinó, en el propio año 2001, la implantación de un marcapasos, hecho del que cualquier persona con medianos conocimientos puede deducir que la afección cardiaca será de por vida". Por lo que, "si a todo ello se une que la total confirmación de que el actor-recurrente no era el padre biológico de la referida joven se produjo mediante la notificación de la sentencia de 27 de marzo de 2003 y que la última de las transferencias bancarias de aquél a la demandada tuvo lugar el 3 de noviembre de 2003, necesariamente ha de concluirse que el 15 de noviembre de 2005, fecha de presentación de la demanda, había prescrito la acción para exigir a la demandada indemnización por daños y perjuicios con base en el artículo 1902 del Código Civil, pues ni la separación conyugal es en sí misma ilícita, como tampoco lo es que el cónyuge ya separado conviva con otra persona, ni desde luego cabe encuadrar en el concepto de daño continuado, a los efectos jurídicos de que no comience a correr el plazo de prescripción de la acción, el recuerdo más o menos periódico, más o menos intenso u obsesivo, de lo sucedido anteriormente, incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado de salud del sujeto, ya que de admitir semejante identificación el inicio del plazo de prescripción se prolongaría indefectiblemente, en todos los casos imaginables, hasta la muerte del propio sujeto, y por ende incluyendo la propia muerte entre los daños imputables al demandado por su conducta en cualquier tiempo pasado"[191]. En esencia, califica la naturaleza del daño producido

en el demandante de daño duradero, en consecuencia, el plazo de prescripción comienza a correr "desde que lo supo el agraviado" como establece el artículo 1968.2 y, por ello considera prescrita la acción ejercitada[192].

Por su parte, en la sentencia de 18 de junio de 2012 entiende prescrito la acción en un caso en que el actor pretendía fijar como *"dies a quo"* para la reclamación del daño moral la fecha de la sentencia que resuelve la impugnación de paternidad, por considerar que a partir de ese momento se produjo la pérdida de las hijas. Al respecto entiende el Alto Tribunal que ello no responde a la realidad si atendemos a los hechos probados, ya que en el momento en que se dicta la sentencia de impugnación su estado emocional no sufrió ninguna alteración o quebranto que fuera reseñado en el informe psicológico. De ahí que, se considere que "el daño moral que se reclama no trae causa de la pérdida legal de las hijas conocida mediante la sentencia de 18 de julio de 2007, que resolvió el procedimiento de paternidad, sino del engaño sobre la forma de concebir a sus dos hijas y el hecho de que tras el divorcio, por decisión de la madre, se fueran a vivir con el padre biológico, situación que le sumió "en una depresión", de la que fue atendido por el psicólogo clínico D. Isidoro, momento a partir del cual se concretó el daño moral padecido y reclamado". Por lo que, el criterio que adopta el Tribunal Supremo, es fijar un hecho objetivo para el inicio del plazo prescriptivo, y entender que este lo constituye el impacto emocional que deriva del conocimiento de la infidelidad y la falsa paternidad y no de la pérdida del vínculo paterno-filial derivado de la sentencia de impugnación de la paternidad[193].

Si bien desde tales planteamientos, existe cierta unanimidad en considerar que, el plazo de prescripción tiene lugar desde la fecha de la sentencia firme de la impugnación de la paternidad, pues, la obligación de pago de alimentos existe hasta ese momento (por obligación legal)[194]; en otras varía empezándose a computar desde el conocimiento del resultado de las pruebas biológicas[195]; o desde que tiene serias y razonables dudas sobre la paternidad del hijo[196]; o, en fin, lo conoce el agraviado[197].

En la sentencia de 2018, sin distinguir entre daño continuado y daño duradero o permanente resuelve en la forma que lo ha hecho la sentencia recurrida —que es la mayoritaria—, esto es, fijando el momento en que cesa la presunción de paternidad el de la sentencia de 9 de noviembre de 2010 que, es cuando adquiere firmeza la sentencia dictada en el procedimiento de impugnación de la paternidad, y se procede a practicar la inscripción, dado que de otra forma la acción ejercitada sería inoperante. No, así, como pretende la recurrente que concreta el *dies a quo* "en el conocimiento que el demandante tuvo que el segundo de los hijos no era suyo por los resultados del estudio genético al que se sometió privadamente, momento en que, a su juicio nace la acción". De todas formas, aquel plazo resulta luego interrumpido por la conciliación, por lo que la demanda se formula en plazo.

En todo caso, procesalmente, es posible ejercitar una acción de impugnación de la filiación y acumular a ésta, una acción de responsabilidad extracontractual, en reclamación de daños morales y patrimoniales[198]. Asimismo, no hay que olvidar que, cualquier plazo de prescripción se puede interrumpir mediante reclamación judicial o extrajudicial y mediante reconocimiento de la deuda por el deudor (artículo 1973 del Código Civil). En el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, de 13 de junio de 2017 que, estimó el recurso de apelación,

entendió al respecto que "en el presente supuesto la presentación de demanda de conciliación produce los efectos propios establecidos en el artículo 479 de la LEC de 1881, de interrupción de la prescripción, interrupción que se mantiene hasta la celebración de dicho acto de conciliación el 13 de junio de 2012, debiendo computarse desde esa fecha un nuevo plazo de prescripción, por lo que habiéndose presentado la demanda rectora de estos autos en fecha 13 de junio de 2013, debe entenderse que se produce dentro del período propio en el que no ha prescrito la acción por lo que debe estimarse en este punto el recurso, revocando en tal sentido la resolución recurrida —que desestimo por prescripción la demanda-". Esta es la resolución que, precisamente, el Tribunal Supremo casa en la sentencia de 2018 objeto de este estudio y en la se aprecia la interrupción de la prescripción al haberse presentado previamente demanda de conciliación[199].

VIII. OTROS DAÑOS RESARCIBLES EN EL DERECHO DE FAMILIA

Al operar sobre la base del binomio —responsabilidad civil/derecho de familia—, asimismo, en este apartado procederemos a un breve *excursus* sobre un especial modelo de daños determinantes de posible responsabilidad civil médica en relación con la concepción y el nacimiento del ser humano, concretamente, ante un conjunto de supuestos de responsabilidad médica relacionados con el error en el diagnóstico prenatal, por falta de realización o defectuosa realización del diagnóstico, con la consecuencia de que no hay evidencia del riesgo de enfermedad congénita del concebido, bien porque éste no se descubre o no se informa del mismo a tiempo, de manera que el feto padece el trastorno y nace con tales defectos, no disponiendo ya la madre de la posibilidad de recurrir al aborto dentro del plazo legalmente establecido.

En esencia, nos encontramos con una tipología de daños determinantes de posible responsabilidad civil del médico en relación con la concepción y el nacimiento de la persona, más en concreto, en un grupo de casos de responsabilidad médica en relación con error en el diagnóstico prenatal por falta de realización o defectuosa realización del diagnóstico, produciéndose con ello la consecuencia de que no existe constancia —o no se descubre o no se informa a tiempo— del riesgo de enfermedad congénita de la criatura concebida, resultando que el feto sufre la dolencia y nace con tales defectos, no disponiendo ya la mujer de la posibilidad de recurrir al aborto dentro del plazo legalmente establecido.

Se hace alusión a las denominadas acciones de "wrongful birth" y "wrongful life", a las que ha hecho mención el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, concretamente, en la citada sentencia de 11 de mayo de 2001[200]; pueden también consultarse las sentencias de 6 de junio de 1997[201]; y de 4 de febrero de 1999[202], a las que habría que añadir la de 7 de junio de 2002[203]; y en la Sala de lo Contencioso —Administrativo, , sección 6ª, de 4 de noviembre de 2008[204]; y, sección 4ª, 19 de mayo de 2015[205] entre otras.

La diferencia entre ambas acciones la constituye el dato de que la primera de ellas es formulada por los padres contra el facultativo, mientras que en la segunda quién la ejercita es el hijo. En la primera —acción de wrongful birth—, se aduce, como fundamento de la pretensión articulada por los progenitores demandantes,

que la falta de detección o, en su caso, de información sobre la eventualidad de una concepción o nacimiento de su hijo con enfermedad congénita les despojó de la opción de tomar una decisión informada y, por ello, libre sobre la posible interrupción o no del embarazo en curso. En la segunda —acción de wrongful life—, el hijo actor arguye que no habría nacido soportando los padecimientos propios de su patología, si no hubiera habido, con conexión causal, un dictamen médico desacertado.

Por decirlo de otro modo, en la acción de "wrongful birth" la culpa del médico consiste en un error "que ha conducido al nacimiento" del hijo de los padres demandantes; y en la acción de "wrongful life" el error médico que se invoca es el de "ha conducido a la vida" del propio hijo enfermo demandante.

En consecuencia, en las primeras acciones anteriormente señaladas, y con carácter general se reivindica la indemnización del daño moral y económico dimanante del nacimiento de un hijo afectado por el sufrimiento de una enfermedad congénita. El daño moral consistiría en la desazón, consternación y carga que acarrea la subsistencia del descendiente que sufre un padecimiento incurable y, frecuentemente, lacerante; el económico, por su parte, lo define la obligación de enfrentarse a especiales gastos y desembolsos determinados por la misma dolencia, complementarios a los que supondrían el sostenimiento de un hijo sano.

Nos hallamos, en suma, ante un arduo y complejo dilema, en el que, excediendo del ámbito estrictamente jurídico, convergen junto a la legalidad, la ética, lo deontológico y lo ontológico de un modo particularmente intrincado, y donde se entrelazan al propio drama humano subyacente a esta realidad las dificultades conceptuales concomitantes al respecto y ello, en virtud de la disyuntiva moral vinculada al planteamiento de la opción entre, por un lado, el nacimiento sometido a una vida pesarosa y lamentable y, por otro, el no haber nacido.

El problema, desde un punto de vista rigurosamente jurídico, se refiere, en esencia, a la adecuada acreditación de la relación de causalidad y a la determinación del daño resarcible y su cuantificación.

El nexo causal comporta, para su fijación, alguno de los principales escollos que surgen para resolver adecuadamente las pretensiones que se formulan en torno a esta materia. Se parte, claro está, de un dato esencial, cuál es el de que el desacierto del facultativo —al no efectuar correctamente el diagnóstico prenatal, o al no informar en términos adecuados sobre su resultado, si éste fuera acertado, o al no sugerir la práctica de pruebas complementarias, cuando fuera razonable hacerlo—, no es la causa de la enfermedad del feto y, en definitiva, del nacido.

El supuesto de error en el diagnóstico prenatal, en sentido estricto, es más complejo, pues en éste la madre, que se encuentra en estado de gestación, alega que, de haber conocido la patología del feto, habría decidido interrumpir su embarazo.

El problema entonces, en cuanto al nexo causal, surge ante el denominado concepto de los "cursos causales no verificables", donde el demandado puede razonar y exponer la incertidumbre relativa a la decisión de la madre de abortar si hubiese conocido la enfermedad congénita del feto; esta determinación de la gestante se constituye, de este modo, en una mera hipótesis, no siendo, por tanto, una certeza. De lo anterior, cabría inferir el quebranto de la relación de causalidad

entre la conducta negligente del especialista y su resultado, entendido éste como el nacimiento de un niño insano por no haberse optado por el aborto.

En estos casos, cuando la acción es ejercitada por la madre, resulta, atendiendo a lo expuesto, oportuno requerir, como condición necesaria, pero no suficiente, no solamente la concurrencia de la posibilidad legal de interrupción del embarazo, sin la que, por otro lado, no sería posible el aborto, sino, además, de modo imprescindible, que la gestante hubiera declarado que lo habría hecho, surgiendo, de este modo, dos concretas cuestiones que, afectantes a la relación de causalidad, deben quedar perfectamente establecidas. La primera, supone la determinación de si la negligencia del facultativo fue la causa de que la madre no pudiera abortar. La segunda, consiste en resolver si, concurriendo el primer curso causal, es decir, encontrándose la gestante ante la posibilidad física y legal de abortar, ésta habría o no decidido hacerlo. Ha de darse respuesta, en su caso, al problema de si existe relación de causalidad entre la conducta negligente del médico y el resultado acontecido, cuando no sea posible asegurar, con toda certeza, que la madre habría abortado si hubiere conocido la enfermedad que afectaba al *nasciturus*.

Ahora bien, mayores dudas suscita el caso en que la acción sea entablada sólo por el hijo enfermo (acción de "wrongful life"). El demandante puede alegar que su madre podía haber decidido abortar, pero no está en condiciones de probar (si no es con la colaboración de la madre, lo que obliga a suponer el curioso caso de que ésta ya ha muerto) que su madre habría tomado aquella decisión. Parece cuando menos dudosa la rectitud de una decisión judicial de "wrongful life" que se basa exclusivamente en lo que la madre podía haber hecho, aunque podría utilizarse el criterio de la "razonable verosimilitud de que la madre habría decidido abortar", teniendo en cuenta, como es obvio, lo documentado y probado en autos sobre dicho extremo.

En cuanto, al daño resarcible y a su valoración en este tipo de acciones, como segundo problema interpretativo.

En primer lugar, parece absolutamente correcta la tesis de que la vida, esto es, el nacimiento de una criatura, nunca puede ser considerada como un daño. El daño no es el nacimiento del hijo. Aparte de que puede repugnar a la natural consideración de las cosas el que la vida de un ser pueda ser calificada así, el nacimiento de la criatura no es consecuencia de la actuación del médico, sino de la naturaleza, de la providencia o, por utilizar una palabra aséptica, de la fatalidad. El feto adolecía de la enfermedad antes y al margen de la actuación de los profesionales médicos, es decir, la criatura habría nacido con la malformación en todo caso.

Partiendo de esta premisa, caben, no obstante, otros dos enfoques. Uno de ellos consiste en considerar que el daño (puesto que, por definición, el niño ha nacido) es el constituido por dos factores: primero, el quebranto moral sufrido por los padres al experimentar día a día la congoja de la contemplación de un ser doliente, aquejado de limitaciones irreversibles y cuyo futuro se ve como un panorama de abandono e indefensión; y, segundo, la lesión económica consistente en tener que arbitrar medios de crianza, atención médica, educación y mantenimiento que una criatura sana no requeriría. El segundo enfoque es el de entender que el resultado dañoso que determina el deber de indemnizar consiste en la circunstancia de que la madre, por la actuación negligente del médico, no pudo

hacer uso del aborto como medio para atajar la innegable contrariedad de un hijo que se sabe que va a ser siempre enfermo.

En definitiva, en la actualidad, parece unánime entender que argumentos como el de la cantidad de la vida, o el de la compensación de las cargas de un hijo con discapacidad con la grandeza de la paternidad, no son bastantes para negar la existencia de algún daño (no la vida, ni siquiera la vida enferma) y, por ese motivo, rechazar la existencia de un daño en sentido legal y toda solicitud de indemnización en dinero. Por el contrario, parece convincente, ya casi unánime y ampliamente extendido, el pensamiento de los autores que más tempranamente se manifestaron a favor de la admisibilidad de estas acciones (aunque con reservas sobre su alcance), cuando afirman que no se puede negar que ha existido un daño de consecuencias legales, si un profesional de la salud ha dejado de comunicar a los padres información que podía haber conducido a evitar el nacimiento del niño.

Sobre tales bases, los posibles quebrantos económicos derivados del nacimiento del hijo enfermo deben ser objeto de resarcimiento, atendiendo a los dos enfoques antes comentados, lo que obliga a su necesario planteamiento e interpretación en sede judicial.

Por un lado, entender por quebrantos económicos los daños de este carácter que ocasiona, precisamente, la enfermedad del hijo (cuidados médicos y de otras personas, muebles o prendas especiales, educación también especial, etc.); esto es, los gastos y desembolsos que constituyen un plus respecto de los que acarrea un hijo no enfermo. Quedan en problemas sin revolver como el de si esos costos adicionales han de ser soportados íntegramente por el demandado y el relativo al tiempo global que debe servir de cómputo o referencia a efectos de valoración y cargo a costa exclusiva igualmente del demandado (¿servirá de referencia toda la vida del nacido, esto es, todo daño o sufrimiento que experimentase siempre el hijo venido al mundo sin desearlo sus padres?). Las dos son complejas cuestiones, que permiten al Tribunal si acude al sistema de una indemnización en capital hacer uso de la facultad moderadora de la indemnización que contempla el artículo 1103 del Código Civil.

También, debe ser indemnizado el daño moral que para los padres entraña la contemplación del hijo doliente y las limitaciones que a los propios progenitores va a ocasionar la enfermedad. Y no puede descartarse la existencia de daño y estimación de la demanda entablada por el propio hijo (acción de "wrongful life"), si con ella se pretende la indemnización de daños materiales experimentados por él, si bien plantea problemas jurídicos de compatibilidad cuando no está ejercitada a título individual (aunque representado por sus padres) y exclusivo, sino conjunta y añadida con la acción de "wrongful life" ejercitada también por aquéllos y, por tanto, haciendo coincidir y duplicando idénticos —o, cuando menos, parecidos— daños a resarcir.

Por otro lado, desde un segundo enfoque comentado, aunque no incompatible con el primero, que disminuye un tanto la "crudeza técnica" del problema que nos ocupa, se considera que el "daño" en este caso es sólo —pero lo es— la "pérdida de oportunidad" o, como lo denomina la doctrina francesa, la "*perte d'une chance*": "el daño sufrido —se dice— no es el nacimiento de un hijo, sino la pérdida de la posibilidad de someterse a otra prueba médica y, dependiendo de su resultado, decidir si abortar dentro de los límites temporales establecidos por la Ley". Ahora

bien, con este segundo enfoque la cuestión radica en determinar qué criterio ha de utilizarse para valorar o cuantificar este daño referido a la innegable realidad de que la mujer se ha visto privada de una «opción» o, dicho en términos más técnicos, ha perdido "una oportunidad", lo que introduce un elemento de juicio por el que el Tribunal puede acomodar el montante de su condena a la apreciación de los datos que pericialmente se le suministren en punto a la relación de causalidad. Aparte de esta inicial dificultad práctica surgen, además, otras inevitables como, por ejemplo, la posibilidad de que la cifra de la condena pueda verse atemperada —en comparación con los cánones habituales— por la inevitable incertidumbre (que nadie podrá disipar nunca) de si la madre habría abortado o no y, de otro lado, que la condena a indemnizar "parte del daño", propia de este enfoque o doctrina de la "pérdida de oportunidad", suscitará los reparos del juicio salomónico y las aprensiones sobre posible falta de seguridad jurídica por la considerable participación de la subjetiva apreciación de cada Juez.

Con todo lo expuesto, queda clara la fragilidad o dificultad en la determinación de las bases de la indemnización, esto es, los conceptos que debe incluir y su exacta o correcta dimensión y valoración económica a costa exclusiva de los posibles condenados.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de junio de 2024 señala que como declaro la sentencia 375/2011, de 1 de junio reproducida por la sentencia 112/2018, de 6 de marzo[206]: "el criterio de imputación del artículo 1902 del CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (SSSTS de 24 de noviembre de 2005; de 10 de junio de 2008; y de 20 de noviembre de 2009). La prueba del nexo causal resulta imprescindible tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en la objetiva; y ha de resultar de una certeza probatoria cualificada que corresponde sentar al juzgado de instancia. (…) En aquellos casos en que resulte imposible la certeza o la exactitud en la determinación de la relación de causalidad, se ha admitido que pueda acudirse a la regla de probabilidad suficiente, sobre todo cuando se trata de una probabilidad alta o próximo a la certeza ("probabilidad cualificada")".

En fin, también se declaran la existencia de daños materiales y morales derivados del nacimiento de una hija con posterioridad a haberse realizado el padre la vasectomía —lo que se conoce como wrongful conception o wrongful prenancy"-[207]. Como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, y como daño patrimonial, ligado a los gastos la intervención quirúrgica realizada sin resultado y el de mantenimiento de la manutención de un hijo que, no era deseado ni esperado.

IX. CONCLUSIONES

Tras la exclusión del principio de inmunidad familiar en la actualidad se está normalizando la aplicación de la responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia.

Si bien, esto no significa que la convivencia entre el derecho de daños y el derecho de familia sea fácil y pacífico. Aunque, como obstáculos para la aplicación de las normas generales de responsabilidad se aduce el argumento que el derecho de familia es autosuficiente y autónomo, y que, resulta subsidiariamente aplicable el derecho de daños.

No es menos cierto que, la familia en la actualidad ya no es un ámbito inmune al derecho de daños (pensemos en los diferentes tipos de familia —*vgr.*, familia reconstituidas—) y que, es posible avanzar en la aplicación de la responsabilidad civil contenida en el artículo 1902 del Código Civil y de las consecuencias que se derivan de la misma en cuando a la reparación de daño. En un ámbito concreto del Derecho de Familia, la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 2018 ha causado jurisprudencia negando la indemnización del daño moral y patrimonial derivado del incumplimiento del deber de infidelidad con ocultación de la paternidad biológica. Aunque estamos ante una sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, el debate sigue abierto en el seno de las Audiencias Provinciales y de nuevo, el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de febrero de 2024 se ha vuelto a pronunciar sobre la cuestión y considera que no procede la declaración de responsabilidad civil de la madre, contenida en la sentencia recurrida por las circunstancias del caso concreto, que no excluyen el embarazo, pero hacen altamente improbable que fuera el marido el padre, además, de que el actor pudo tener motivos muy fundados para creer que él no era el padre y no hizo nada. A ello se añade que el matrimonio de los litigantes fue declarado nulo por el Tribunal Eclesiástico en el procedimiento de nulidad seguido a instancia del marido por incapacidad de la esposa para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, pero no por error doloso ni sobre la fidelidad de la esposa ni sobre la paternidad de la niña.

En definitiva, teniendo en cuenta estos datos del caso, es por lo que declara el Tribunal que, no pueden cargarse en exclusiva sobre la mujer los perjuicios reclamados por el actor como consecuencia de la errónea creencia de que fuera el padre de la niña, por lo que estima el recurso de casación y absuelve a la demandada. El Alto Tribunal no opera sobre la conducta de la madre que oculta la paternidad como en las otras sentencias dictadas por el mismo sobre la materia. Pues, sin "negar" que se pueda operar atendiendo a diversos criterios de imputación, estima que no está justificada la responsabilidad civil de la madre por ocultación de la paternidad, porque el actor tuvo motivos muy fundados para creer que él no era el padre y no actúo.

En consecuencia, el debate sigue abierto en la doctrina y jurisprudencia al carecer de una regulación específica. Siendo, en consecuencia, de aplicación la normativa general positivizada en el artículo 1902 del Código Civil, dándose los requisitos que la misma establece y que obliga a reparar el daño ilícito causado por la ocultación de la paternidad y no por la vulneración del deber conyugal de fidelidad sin vincularlo necesariamente al daño típico.

Coincidimos con la tendencia en la doctrina y jurisprudencia que consideran que el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, en concreto, la infidelidad no admite el ejercicio de las acciones propias de responsabilidad civil, máxime tras la reforma por Ley 15/2015, de 8 de julio en el que se descausaliza la acción de petición de la separación y el divorcio. Por lo que, se entiende que tales

deberes no tienen la naturaleza de jurídicos, siendo, en consecuencia, normas de conducta, no coercibles. Y, además, entendemos que es posible aplicar la normativa sobre responsabilidad civil a las parejas de hecho, donde ciertamente resultan inoperativos tales deberes.

Una tendencia que no se da en lo que respecta a la aplicación de la responsabilidad civil al daño derivado de la ocultación de la paternidad sobre todo tras la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre 2018 que niega la indemnización de todo daño patrimonial y moral. Si bien, en sentencias anteriores de este mismo Alto Tribunal de 22 de julio y de 30 de julio de 1999 argumenta, la primera que no procede la indemnización por falta de dolo en la demanda (dejando la puerta abierta, a que en una interpretación *a sensu contrario*, existía la posibilidad teórica que la responsabilidad civil extracontractual sea fuente legitimadora de la obligación indemnizatoria) y la segunda opera sobre la base de una responsabilidad contractual al partir de la naturaleza de contrato del matrimonio. Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2010 y de 18 de junio de 2012 no entran a conocer sobre el fondo del asunto al entender que en ambos supuestos la acción de responsabilidad civil había prescrito. Todo ello, frente a la posición contundente de la mayoría de las Audiencias Provinciales en *pro* del reconocimiento de la responsabilidad civil en este supuesto.

Aunque el criterio de imputación se centra en el dolo o la culpa grave; y habría que, añadir también la culpa o negligencia en coherencia con la redacción de los artículos 1089 y 1902 del Código Civil, así como con la aplicación analógica del artículo 1104 del citado cuerpo legal. Un daño antijurídico que se desvincula del reproche a la infidelidad y se centra en el la conducta culpable del cónyuge que ha ocultado la paternidad. De ahí que, optemos por considerar que estamos ante un daño autónomo respecto del que derivaría de la vulneración del deber de fidelidad y que tiene la base legitimadora en la institución jurídica de la responsabilidad civil en cuanto se va a indemnizar el daño moral sufrido por ocultación de la paternidad. Ciertamente, dicha responsabilidad civil y por ende, la obligación de indemnizar tendrá lugar si: se prueba la omisión antijurídica de la esposa sobre la paternidad del hijo, siendo el criterio de imputación discutible desde dolo, culpa grave hasta simple culpa o negligencia; el daño que se deriva de tal conducta (daños resarcible/daño moral) y la relación de causalidad entre ambos. La prueba del nexo causal resulta imprescindible y ha de resultar de una certeza probatoria cualificada que corresponde concretar al tribunal de instancia. Por su parte, en aquellos casos en que resulte imposible una certeza o la exactitud en la determinación de la relación causal, se admite por la jurisprudencia acudir a la regla de la probabilidad suficiente, sobre todo cuando se trata de una probabilidad alta o próxima a la certeza ("probabilidad cualificada").

En todo caso, no resulta operativo imponer un deber de información a la madre sobre su vida amorosa y sentimental para reconocer al padre biológico (cuestión de género como se destaca en la doctrina); ni se debe confundir como así se ha constatado en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ocultación con desconocimiento.

Ahora bien, hay que diferenciar, por un lado, la lesión a intereses legítimos o derechos que derivan de la acción u omisión antijurídica y, por otro el daño moral y/ patrimonial. No se puede dar una respuesta univoca a la determinación y la

fijación de la cuantía de los daños morales, dada su naturaleza heterogénea y la necesidad de acudir a las circunstancias del caso concreto. Habitualmente, en el ámbito del daño moral se incluyen los daños psicológicos que sufre la persona de marido al que se le ha ocultado la paternidad (desazón, tristeza profunda, depresión), máxime si a todo se acompaña la ruptura de relaciones afectivas que antes se basaban en un vínculo paterno-filial.

Por su parte, los daños patrimoniales están relacionados con los alimentos pagados al supuesto hijo matrimonial, así como los gastos procesales derivados del proceso de divorcio, del proceso de impugnación de la filiación. Se indica por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que no sería objeto de devolución aquellos alimentos derivados de la relación paterno-filial, sólo cuando esta desaparece consecuencia de una acción de impugnación; se entiende que ya sería alimentos indebidos. Lo que resulta razonable, si partimos de la base que durante la relación paterno-filial en el seno del matrimonio o de una pareja de hecho los alimentos a los hijos menores de edad derivan de la Ley en cuanto deber de los padres de velar por sus hijos (artículo 154 del Código Civil); en caso de crisis conyugal o de pareja su imposición viene marcada por la propia sentencia de separación, nulidad o divorcio. Por lo que, la aplicación del cobro de lo indebido frente al cónyuge materno solo opera tras la impugnación, esto es, cuando se rompe la relación paterno-filial.

En cuanto a la posibilidad de poder aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto frente al padre biológico. La realidad jurídica es que, mientras no tenga la condición reconocida de padre mediante una sentencia de reclamación de paternidad, no tiene obligación de asumir ningún tipo de gasto, ni alimentos respecto de un hijo que no es suyo hasta que se le reconozca como tal. No parece que se pueda señalar que en su conducta hay un enriquecimiento en cuanto su patrimonio no se ha visto mermado por el pago de alimentos y otros gastos, frente a la disminución del patrimonio correspondiente al padre no biológico que si ha asumido tales pagos y gastos. Precisamente, el padre biológico en cuanto no se determine la filiación respecto de él, carece de la condición de padre y de las obligaciones legales que derivan de tal relación paterno-filial.

En fin, en lo relativo al inicio de la prescripción de la acción o el *dies a quo*, el Tribunal Supremo lo fija en el momento en que la sentencia de impugnación de la paternidad adquiere firmeza. De igual modo, se afirma, tanto la posibilidad de interrupción de la prescripción por presentación de la demanda de conciliación, como que se califique por la jurisprudencia el daño sufrido por el padre no biológico de "daño permanente".

X. BIBLIOGRAFÍA

ALGARRA PRATS, E. (2012). "Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil". En: J.A. Moreno Martínez (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Madrid: Dykinson.

ÁLVAREZ OLALLA, P. (2015). "Daños causados al progenitor a consecuencia de la impugnación de la paternidad", Revista *LA LEY Derecho de Familia, "Familia y Responsabilidad", núm. 8, octubre-diciembre*, pp. 1 a 15.

ATIENZA NAVARRO, Mª.L. (2006). "La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio". En: J.R. De Verda y Beamonte (dir.), *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, Navarra: Thomson Aranzadi.

BARCELÓ DOMENECH, J. (2012). "El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar". En: J.A. Moreno Martínez (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Madrid: Dykinson.

BELHADJ BEN GÓMEZ, C. (2015). "Ocultación de paternidad y daños morales", *Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 4, abril*, pp. 97 a 106.

CASAS PLANES, Mª.D. (2021). "De nuevo sobre la indemnización por daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)", *Anuario de Derecho Civil, tomo LXXIV, fasc. II*, pp. 407-542.

— (2023). "En torno a los daños morales y económicos puros familiares (sucinta referencia al caso controvertido de la ocultación de la paternidad). En: F. Yáñez Vivero, B. Sáinz-Cantero Caparrós, F. J. Jiménez Muñoz, A. Donado Vara, P. López Peláez, E. Abad Arenas (dirs.), *Fortalezas y debilidades del derecho de familia contemporáneo, Liber amicorum en Homenaje al Profesor Carlos Lasarte Álvarez, T. II*, Madrid: Dykinson.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2017). "El valor de los deberes personales entre los cónyuges: incumplimiento del deber de fidelidad". En: J.A. García Amado (dir.), P. Gutiérrez Santiago y M. Ordás Alonso (coords.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Madrid: La Ley.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2012). "Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales". En: R. De Verda y Beamonte (coord.), *Responsabilidad civil en al ámbito de las relaciones familiares*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

— (2018). "Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial", *Diario LA LEY, número 9318, sección doctrina, 14 de diciembre*, pp. 1 a 9.

— (2021). "Resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales". En: J. Ataz López y J.A. Cobacho Gómez (dirs.), *Cuestiones clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón, T. I*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

DE VERDA BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2012). "Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales". En: J.R. De Verda y Beamonte (coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Navarra: Aranzadi.

ESCRIBANO TORTAJADA, P. (2021). "E daño moral ocasionado por la obstrucción e incumplimiento del régimen de visitas en las crisis matrimoniales: referencia al "síndrome de alienación parental"", *LA LEY Derecho de Familia, núm. 29, enero*, pp. 1-13.

ESPÍN ALBA I. (2016). "Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 758, noviembre-diciembre*, pp. 3461 a 3482.

FARNÓS AMORÓS, E. (2007). "Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad", *Indret*, *octubre*, pp. 1 a 25.

— (2011). "Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad", *Derecho Privado y Constitución, número 25, enero-diciembre*, pp. 9-54.
— (2017). "Daño moral en las relaciones familiares". En: F. Gómez Pomar e I. Marín García (dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, 2ª ed., Madrid: La Ley.
— (2018). "Impugnaciones inesperadas, determinaciones tardías y abono de alimentos". En: R. Barber Cárcamo, S. Quicios Molina y R. Verdera Server (coords.), *Retos actuales de la filiación*, Madrid: Tecnos.
FERRER I RIBA, J. (2001). "Relaciones familiares y límites al derecho de daños", *Indret, octubre*, pp. 1 a 21.
GARCÍA AMADO, J.A. (2017). "Infidelidad matrimonial y engaño sobre la paternidad ¿Dónde está el daño indemnizable?". En: J.A. García Amado (dir.), P. Gutiérrez Santiago y M. Ordás Alonso (coords.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Barcelona: Bosch.
GARCÍA CANTERO, G. (1982). "Comentario al artículo 68 del Código Civil". En: M. Albadalejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. II*, Madrid: Edersa.
GETE-ALONSO Y CALERA, Mª del C. (1984). "Comentario al artículo 67 del Código Civil", *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, vol. I*, Madrid: Tecnos.
GÓMEZ LIGŰERRE, C. (2017). "Concepto de daño moral". En: F. Gómez Pomar e I. Marín García (dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, 2ª ed., Madrid: La Ley.
LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2010). "El resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales", *Indret, octubre*, pp. 1 a 40.
— (2019). "Responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad. Comentario a la STS 13 noviembre 2018", *Revista de Derecho Patrimonial, número. 48, enero-abril*, pp. 225 a 242.
MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2006). "Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales". En: J.R. De Verda y Beamonte (coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Navarra: Thomson Aranzadi.
— (2010). "¿Es indemnizable la infidelidad?, *Revista de Derecho de Familia, número 47*.
MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2011). "Daños en Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás", *Anuario de Derecho Civil, T. LXIV, Fasc. II, abril-junio*, pp. 503 a 561.
MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). "Comentario a los artículos 67 y 68 del Código Civil". En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. I*, 2ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.
MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2021). "Daño moral por ocultación de la paternidad hacia la puesta en valor de la relación paterno-filial", *Revista de Derecho Civil, vol. VIII, número 1, enero-marzo*, pp. 275-294.
MONTERROSO CASADO, E. (2019). "Responsabilidad civil y consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad: una cuestión de género", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 773, mayo-junio*, pp. 1558 a 1576.

MUÑOZ GARCÍA, C. (2017). "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015. Reembolso de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos tras declarase la inexistencia de la relación paterno-filial". En: M. Yzquierdo Tolsada (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil, vol. 9,* pp. 635 a 649.

MURILLAS ESCUDERO, J.M. (2015). "La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal", *REDUR, número 13, diciembre*, pp. 111 a 127.

NEVADO CATALÁN, V. (2018). "Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad", *Indret, octubre*, pp. 1 a 51.

PARDILLO HERNÁNDEZ, A. (2018). "Responsabilidad civil en el ámbito familiar: indemnización por ocultación de la verdadera paternidad", *Diario LA LEY, número 9316, sección Comentarios de jurisprudencia, 12 de diciembre*, pp. 1 a 6.

PÉREZ GALLEGO, R. (2015). "Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica", *Revista de Derecho Civil, vol. II, número 3, julio-septiembre*, pp. 141-175.

ROCA I TRIAS, E. (2000). "La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil". En: J.A. Moreno Martínez (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid: Dykinson.

RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M. (2003). "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho", *Revista de Derecho Patrimonial, número 10*, pp. 65 a 93.

— (2009). *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Navarra: Civitas Thomson Reuters.

— (2015). "Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños al ámbito de la familia", *Revista LA LEY Derecho de familia, "Familia y responsabilidad civil", número 8, octubre-diciembre*, pp. 1-14.

— (2017). "La responsabilidad civil en las relaciones familiares". En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. VI Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, Mª.B. y PÉREZ VALLEJO, A.Mª. (2012). *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamento para su reclamación*, Granada: Comares.

TORRES MARCO, M. (2022). "¿Es la ocultación de la paternidad biológica un daño indemnizable?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año XCVIII, núm. 789, enero-febrero*, pp. 440-477.

UREÑA MARTÍNEZ, M. (2019). "La ocultación de la paternidad matrimonial no genera daño moral ni patrimonial resarcible ex artículo 1902 del Código Civil", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 110, mayo-agosto*, pp. 223 a 238.

VARGAS ARAVENA, D. (2009). *Daños civiles en el matrimonio*, Madrid: LA LEY.

VAZQUEZ DE CASTRO, L.M. (2019). "Indemnización por daños morales entre los cónyuges. En especial, indemnización por ruptura conyugal", *Actualidad*

Jurídica Iberoamericana, número 10, febrero, pp. 572 a 602.
VELA TORRES, P.J. (2019). "Ocultación de la paternidad e indemnización por daños morales", *Diario La Ley, número 9375, sección Comentarios de Jurisprudencia, de 12 de marzo*, pp. 1-4.
VERDERA IZQUIERDO, B. (2024). "Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares", *Revista Boliviana de Derecho, núm. 37, enero*, pp. 14-43.
YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018). "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018. Ocultación al marido de la verdadera paternidad. Consecuencias para el Derecho de familia y para la responsabilidad civil". En: M. Yzquierdo Tolsada (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil, vol. 10,* pp. 411 a 422.

XI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STS, Sala de lo Civil, 22 julio 1999.
- STS, Sala de lo Civil, 30 julio 1999.
- STS, Sala de lo Civil, 22 febrero 2001.
- STS, Sala de lo Civil, 9 diciembre 2003.
- STS, Sala de lo Civil, 21 abril 2005.
- STS, Sala de lo Civil, 14 octubre 2008.
- STS, Sala de lo Civil, 30 junio 2009.
- STS, Sala de lo Civil, 14 julio 2010.
- STS, Sala de lo Civil, 18 junio 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 20 noviembre 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 13 enero 2015.
- STS, Pleno Sala de lo Civil, 24 abril 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 23 octubre 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 7 abril 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 29 septiembre 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 30 septiembre 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 julio 2017.
- STS, Pleno Sala de lo Civil, 13 noviembre 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 7 noviembre 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 5 marzo 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 24 junio 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 7 septiembre 2023.
- ATS, Sala de lo Civil, 18 octubre 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 23 febrero 2024.
- STS, Sala de lo Civil, 14 mayo 2024.
- STS, Sala de lo Civil, 18 junio 2024.
- SAP Segovia, secc. Única, 30 septiembre 2003.
- SAP Valencia, secc. 7ª, 2 noviembre 2004.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 22 julio 2005.
- SAP Pontevedra, secc. 3ª, 13 diciembre 2006.
- SAP León, secc. 2ª, 2 enero 2007.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 16 enero 2007.

- SAP Burgos, secc. 2ª, 16 febrero 2007.
- SAP Cádiz, secc. 2ª, 3 abril 2008.
- SAP Barcelona, secc. 14ª, 31 octubre 2008.
- SAP León, secc. 1ª, 30 enero 2009.
- SAP Barcelona, secc. 15ª, 23 julio 2009.
- SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 3ª, 16 octubre 2009.
- SAP Murcia, secc. 5ª, 18 noviembre 2009.
- SAP A Coruña, secc. 3ª, 8 noviembre 2010.
- SAP Alicante, secc. 5ª, 14 julio 2011.
- SAP Barcelona, secc. 17ª, 27 octubre 2011.
- SAP León, secc. 2ª, 23 noviembre 2012.
- SAP Cádiz, secc. 8ª, 16 mayo 2014.
- SAP Granada, secc. 5ª, 13 junio 2014.
- SAP Valencia, secc. 11ª, 13 noviembre 2014.
- SAP Jaén, secc. 1ª, 9 marzo 2015.
- SAP Sevilla, secc. 6ª, 9 julio 2015.
- SAP Cantabria, secc. 2ª, 3 marzo 2016.
- SAP Pontevedra, secc. 6ª, 22 septiembre 2016.
- SAP Badajoz, secc. 3ª, 5 septiembre 2017.
- SAP Alicante, secc. 9ª, 6 noviembre 2017.
- SAP Valencia, secc. 7ª, 9 marzo 2018.
- SAP Ciudad Real, secc. 2ª, 23 abril 2018.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 29 mayo 2018.
- SAP Madrid, secc. 18ª, 24 mayo 2019.
- SAP Madrid, secc. 13ª, 29 abril 2021.
- SAP Madrid, secc. 11ª, 7 febrero 2022.
- SAP Las Palmas, secc. 5ª, 25 mayo 2022.
- SAP Cádiz, secc. 1ª, 17 septiembre 2022.
- SAP Badajoz, secc. 2ª, 19 enero 2023.
- SAP Barcelona, secc. 11ª, 23 marzo 2023.
- SAP Toledo, secc. 2ª, 27 junio 2023.
- SAP Valencia, secc. 8ª, 22 diciembre 2023.
- SAP Madrid, secc. 25ª, 15 julio 2024.

NOTAS

[1] CASAS PLANES, Mª.D. (2021). "De nuevo sobre la indemnización por daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)", *Anuario de Derecho Civil, tomo LXXIV, fasc. II*, pp. 435-436.

[2] LA LEY 162091,2018.

[3] ROCA TRÍAS, E. "La responsabilidad civil en el Derecho de Familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil". En: AAVV *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid: Dykinson, 2000, p. 540.

[4] VERDERA IZQUIERDO, B. (2024). "Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares, *Revista Boliviana de Derecho, núm. 37, enero*, p. 18.

[5] FARNÓS AMORÓS, E. (2017). "Daño moral en las relaciones familiares". En: F. Gómez Pomar e I. Marín García (dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, Madrid: La Ley, 2ª ed., p. 474.

[6] RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M. (2009). *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, pp. 33-100; de la misma autora (2003). "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho", *Revista de Derecho Patrimonial, número 10*, pp. 67 y 72 precisa respecto al principio de unidad o preservación de la armonía familiar para excluir cualquier tipo de responsabilidad en el ámbito familia que "no tiene el menor sentido alegar dicho principio por varios motivos: en primer lugar, es incuestionable que la familia es una estructura esencial dentro de la sociedad pero también que este principio de unidad familiar solo se protegerá realmente si se tutelan los derechos individuales de cada miembro de la familia y si se repara, por tanto, la violación de tales derechos individuales; en segundo lugar, la alegación de la preservación de la armonía familiar para negar cualquier clase de reclamación entre cónyuges encierra un paternalismo: parece presumirse que los cónyuges no pueden proteger su propia relación; en tercer lugar, haya determinados casos en que es obvio que no puede peligrar la paz familiar con la reclamación. Así en los daños causados de forma intencional por uno de los cónyuges al otro, porque sencillamente sea armonía familiar ya se ha roto. También en los daños negligentes cuando el seguro sea el que paga la indemnización; y, por último, en los daños ocurridos durante la convivencia cuando la demanda se interpone tras la crisis matrimonial"; de la misma autora (2017). "La responsabilidad civil en las relaciones familiares". En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. VI Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pp. 867— 886 y 890-892.

[7] En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 16ª, de 28 de noviembre de 2008 (JUR 2009,72573) apunta que "se pide a este tribunal que, en base al artículo 1902 del Código Civil, abra una puerta todavía cerrada en una materia particularmente sensible: la de los conflictos familiares en la que no existe norma expresa ni jurisprudencia que ampare la indemnizabilidad del daño moral puro". Además añade que "este tribunal, en definitiva, no considera deba darse lugar a una indemnización de daño moral puro que, es lo que se solicita, atendiendo a que el reconocimiento del daño moral como soporte de una obligación de indemnizar ha sido y es esencialmente sectorial y ni legal ni jurisprudencialmente se ha considerado que los conflictos familiares —de habitual e indiscutible trascendencia en este campo— pudieran determinar adicionalmente un daño moral indemnizable junto a las soluciones legales específicas para cada tipo de conflicto".

[8] RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M. (2017). "La responsabilidad civil en las relaciones familiares", *op. cit.,* pp. 842-846 y 901-910.

[9] RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M. (2009). *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, *op. cit.,* pp. 102-119; de la misma autora (2015). "Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños al ámbito de

la familia", *Revista LA LEY Derecho de familia, "Familia y responsabilidad civil", número 8, octubre-diciembre*, p. 7; ROCA I TRIAS, E. (2000). "La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil". En: J.A. Moreno Martínez (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid: Dykinson, pp. 533 y 537-550.

[10] LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2010). "El resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales", *Indret, octubre*, pp. 30-35.

[11] FERRER I RIBA, J. (2001). "Relaciones familiares y límites al derecho de daños", *Indret, octubre*, p. 3.

[12] MARTÍN-CASALS, M., y RIBOT IGUALADA, J. (2011). "Daños en Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás", *Anuario de Derecho Civil, T. LXIV, Fasc. II, abril-junio*, p. 527.

[13] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2006). "Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales". En: J.R. De Verda y Beamonte (coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Navarra: Thomson Aranzadi, pp. 147-148 habla de la compatibilidad del principio *alterum non ladere* contemplado en el artículo 1902 del Código Civil con la aplicación de las normas específicas que el Derecho de familia establece para estos casos; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, Mª. B. y PÉREZ VALLEJO, A. Mª. (2012). *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamento para su reclamación*, Granada: Comares, pp. 11-15; DE VERDA BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2012). "Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales". En: J.R. De Verda y Beamonte (coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Navarra: Aranzadi, pp. 103-104; VARGAS ARAVENA, D. (2009). *Daños civiles en el matrimonio*, Madrid: LA LEY, pp. 179-180. Por su parte, ALGARRA PRATS, E. (2012). "Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil". En: J.A. Moreno Martínez (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Madrid: Dykinson, pp. 13-14 señala al respecto que "en algunos casos hay que aceptar una expansión del Derecho de Daños al Derecho de familia, ya no tanto por la creciente influencia de las reglas de responsabilidad civil, sino porque se trata de conductas que generan obligaciones de reparar el daño, con independencia de que se produzcan en el ámbito conyugal, como sería el caso de conductas delictivas o lesivas de derechos fundamentales; o bien en supuestos muy concretos, por la imposibilidad de reparar de otro modo un verdadero daño, si bien no derivado propiamente del incumplimiento de deberes conyugales".

[14] RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. (2003). "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho", *op. cit.,* pp. 74 y 77; FERRER I RIBA, J. (2001). "Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños", *op. cit.*, p. 5.

[15] FARNÓS AMORÓS, E. (2011). "Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad", *Derecho Privado y Constitución, número 25, enero-diciembre*, p. 15.

[16] BARCELÓ DOMENECH, J. (2012). "El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar". En: J.A. Moreno Martínez (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Madrid: Dykinson, pp. 81-83 quien, asimismo, precisa que, "la tendencia a favorecer la reparación es clara y en ella se inscriben reformas recientes de otros ordenamientos como la del Derecho portugués que, en 2008 da nueva redacción al artículo 1792, lo que supone la entrada definitiva de las normas comunes de la responsabilidad civil para resarcir el daño causado por el divorcio".

[17] NEVADO CATALÁN, V. (2018). "Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad", *Indret, octubre*, pp. 20-21 a ello añade que "la atribución indebida de la paternidad supone una importante injerencia en la autonomía persona que puede vincularse con la infracción de la libertad individual (artículo 10.1 CE)".

[18] MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. "Daños en Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás", *op. cit.,* pp. 526-527; de los mismos autores (2019). "Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 110, mayo-agosto*, p. 259. Por su parte, ROCA I TRIAS, E. (2000). "La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Ven-

turas y desventuras de cónyuges, padre e hijo en el mundo de la responsabilidad civil", *op. cit.,* p. 562 señala que "en el Código Civil rige el principio de tipicidad, de modo que se prevén determinados daños que tienen específicamente establecida la forma de resarcimiento. Y entonces quedan pendientes aquellos que no se han tipificado".

[19] En esta línea, señala ÁLVAREZ OLALLA, P. (2015). "Daños causados al progenitor a consecuencia de la impugnación de la paternidad", Revista *LA LEY Derecho de Familia*, *"Familia y Responsabilidad Civil", número 8, octubre-diciembre*, p. 1 que "durante la segunda mitad del siglo XX (….) la familia deja de ser un fin en sí mismo, pasando a considerarse como un medio para proporcionar protección a sus miembros y propiciar el libre desarrollo de la personalidad de los mismos, de tal forma que, ahora va a ser el grupo el que va a estar al servicio de los individuos que lo conforman, en lugar de éstos al servicio de aquél. Como consecuencia de ello, la idea de dotar de viabilidad al ejercicio de acciones de responsabilidad extracontractual en el ámbito de las relaciones familiares va arraigando en la conciencia social y, consecuentemente, en las decisiones de nuestros tribunales".

[20] RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M. (2003). "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho", *op. cit.,* p. 70; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2006). "Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales", *op. cit.,* p. 149.

[21] ALGARRA PRATS, E. (2012). "Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil", *op. cit.,* p. 16. En esta línea, RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M. (2003). "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho", *op. cit.,* p. 72 sostiene que "no han de admitirse de forma indiscriminada las reclamaciones de daños entre cónyuges".

[22] RJ 1999,5721 y RJ 1999,5726.

[23] ROCA I TRIAS, E. (2000). "La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil", *op. cit.,* p. 533.

[24] El Auto del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 4 de junio de 2001(RTC 2001,140) inadmitió el recurso de amparo contra esta sentencia entendiendo que no se vulneran los artículos 14 y 24.1 de la Constitución española.

[25] RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.Mª. (2003). "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho", *op. cit.,* pp. 70-71 precisa que detrás de este argumento del Tribunal Supremo están dos temores "por una parre, se busca evitar la proliferación de demandas triviales, sin importancia y con ello la sobrecarga de los tribunales; por otro, se busca preservar la paz y la armonía familiar".

[26] ROCA I TRIAS, E. (2000). "La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil", *op. cit.,* p. 561 se muestra critica con la sentencia manifestando al respecto que "el argumento que sirve para construir el recurso de casación es la mala fe de la esposa, que no queda demostrada, rechazándose por ello la aplicación del artículo 1902 del Código Civil; pero debe recordarse que el mencionado artículo no exige el dolo para la imposición de la obligación de indemnizar. Basta leer la muy abundante jurisprudencia sobre la culpa como título de imputación para comprobar que ni tan solo ésta se considera un elemento esencial para imponer al causante del daño dicha obligación. El argumento del Tribunal Supremo excluyendo el resarcimiento por no concurrencia de dolo es ciertamente débil, a no ser que hubiera considerado que teniendo en cuenta que el supuesto por el que se reclama la indemnización quedaba inserto en las relaciones familiares a las que no se aplica sin más el artículo 1902 del Código Civil; si entonces hubiera requerido un plus como el dolo, el argumento hubiera sido igualmente discutible, aunque tendría mayor peso".

[27] RJ 2010,5152. Al respecto, señala el Alto Tribunal que "el recurrente prescinde prácticamente por completo de rebatir la distinción de etapas o fases que hace la sentencia recurrida en función de los diferentes conceptos indemnizatorios de la demanda, para, en cam-

bio, optar por una tesis que parece presentar la infidelidad conyugal de la demandada como origen único de una serie de daños en cadena, físicos, morales y patrimoniales, que habrían venido agravándose a lo largo del tiempo sin solución de continuidad, hasta el punto de que el daño habría seguido produciéndose incluso después de la interposición de la demanda, ya que ésta se presentó el 15 de noviembre de 2005 y sin embargo en el alegato del motivo se invocan la incapacidad del recurrente reconocida en un informe del siguiente día 16, su ingreso hospitalario de 13 de enero de 2006 y la resolución de 12 de mayo siguiente como prueba de la continuidad o progresividad del daño".

Ahora bien, añade que "del propio alegato del motivo resulta una contradicción insalvable entre la posible consideración por esta Sala de esos hechos posteriores a la interposición de la demanda y la concreción final por el recurrente del día en que, según él, habría comenzado a correr el plazo de prescripción, que hace coincidir precisamente con la fecha del informe médico de septiembre de 2005 en cuanto éste habría constatado "el empeoramiento de mi representado" y "la producción del definitivo resultado"". Pues bien, semejante planteamiento no puede ser compartido por esta Sala y ello "aunque la sentencia de 30 de junio de 2009 (RJ 2009,5490) haya reconocido la posibilidad de daños por culpa extracontractual en el ámbito de las relaciones subsiguientes a una crisis matrimonial, considerando incluso que en el caso entonces examinado el daño sólo se consolidó definitivamente varios años después de iniciarse la conducta de la demandada privando al demandante de su derecho a comunicar con el hijo menor de ambos y ejercer sobre él la guarda y custodia que se le había atribuido judicialmente, pues hasta que el hijo no alcanzó la mayoría de edad, extinguiéndose la patria potestad, su padre no supo que definitivamente se le había privado de tales derechos, sin embargo en el presente caso no se ha dado una persistencia de la conducta antijurídica de la demandada, como la de aquel otro caso en que se había trasladado con el hijo común menor a Estados Unidos no permitiendo la relación con el padre, sino una conducta cuya hipotética ilicitud habría cesado en cualquier caso con la separación conyugal, por más que algunos de los daños causados con tal conducta no se descubrieran hasta pasado un tiempo, cual sucedió con el constituido por lo que el actor-recurrente considera "pérdida de una hija"".

[28] RJ 2012,6849. Asimismo, se precisa que "Por todo lo expuesto y en vista del contenido del informe de alta ya mencionado, se está en el caso de concluir que, desde la fecha del alta consignada en aquél sin ningún tipo de objeción, pues debió ser entonces cuando las secuelas tenían que haber sido apreciadas, y hasta el momento de interposición de la demanda, el plazo de un año para ejercitar la acción entablada por el actor (la demanda fue presentada ante el Juzgado de Primera Instancia el día 18 de diciembre de 2007), había transcurrido en exceso el plazo de prescripción de un año, lo que obliga a estimar agotado el plazo señalado en las normas citadas en el motivo como infringidas, para ejercitar la acción de reclamación contemplada en el artículo 1.902 del Código Civil, lo que ha de llevar a la desestimación de la demanda". En resumen, concluye la sentencia que "lo que pretende el motivo es alterar de forma significativa los hechos de la sentencia para fijar a la conveniencia de quien recurre el día a partir del cual se determina el cómputo del año de prescripción previsto en la norma que se dice infringida. Pretende fijar como *"dies a quo"* para la reclamación del daño moral la fecha de la sentencia que resuelve la impugnación de paternidad, por considerar que a partir de ese momento se produjo la pérdida de las hijas, no responde a la realidad, conforme a los hechos probados. En el momento en que se dicta la sentencia su estado emocional no sufrió ninguna alteración o quebranto que fuera reseñado en el informe psicológico. El daño moral que se reclama no trae causa de la pérdida legal de las hijas conocida mediante la sentencia de 18 de julio de 2007, que resolvió el procedimiento de paternidad, sino del engaño sobre la forma de concebir a sus dos hijas y el hecho de que tras el divorcio, por decisión de la madre, se fueran a vivir con el padre biológico, situación que le sumió "en una depresión", de la que fue atendido por el psicólogo clínico D. Isidoro, momento a partir del cual se concretó el daño moral padecido y reclamado".

[29] RJ 2009,5490.

[30] DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2018). "Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial", *Diario LA LEY, número 9318, sección doctrina, 14 de diciembre de 2018*, p. 7 señala que "se trata de una resolución puntera en el campo de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares". Sin embargo, para MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2011). "Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás", *op. cit.*, p. 520 "ni del texto ni del fondo de la sentencia se deducen conclusiones de orden más general y que la doctrina sí extrae respecto al tema de la aplicación del Derecho de responsabilidad civil en el ámbito regulado por el derecho de familia".

[31] LA LEY 162091,2018. Los antecedentes de hecho de la sentencia son los siguientes: Don Marino estaba casado con Doña Juliana. Durante la vigencia del matrimonio nacieron tres hijos llamados Inocencio, Raúl y Javier. Por sentencia de 28 de junio de 2009, dictada en autos de divorcio, se decretó el divorcio con las medidas pertinentes, entre otras una prestación de alimentos en favor de los tres hijos de 700 euros mensuales y el pago por mitad del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda. Con anterioridad a la sentencia de divorcio ambos cónyuges se habían separado por sentencia de 1 de septiembre de 2001, en la que se aprobó un convenio regulador y se puso a cargo del padre, en concepto de alimentos a los tres hijos, el 45% de los haberes líquidos que pudiera percibir. Tras un proceso de filiación, en el que se declaró la no paternidad de don Marino respecto del que había venido considerando como hijo suyo, Raúl, formuló una demanda frente a quien había sido su esposa, para reclamarle: a) 35.304,37 euros en concepto de pensiones de alimentos abonados a su hijo, en virtud de sentencias, primero de separación y luego de divorcio; b) la mitad de los gastos abonados para la determinación de la paternidad; y c) 70.000 euros en concepto de daños morales. La parte demandada se opuso a tales pretensiones y planteó la excepción de prescripción de la acción de conformidad con el artículo 1968.2 del Código Civil, que fue estimada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2, de San Fernando, de 3 de mayo de 2015 con el argumento de que había transcurrido más de un año desde que el actor supo que el menor Raúl no era su hijo biológico, esto es, en el año 2008, fecha en la cual se interpuso la pertinente demanda sobre impugnación de la paternidad, y la presentación de la papeleta de conciliación, el 9 de noviembre de 2011, no siendo hasta el 13 de junio de 2013 cuando se presenta la demanda. Formulado recurso de apelación por el actor, la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, en sentencia de 13 de junio de 2017 estimó el recurso y en parte la demanda: En primer lugar, considera que la acción no está prescrita, pues el plazo debe computarse desde que lo supo el agraviado, y ese momento se concreta cuando adquirió firmeza la sentencia en el procedimiento de filiación —9 de noviembre de 2010—, y posterior inscripción registral. Instado acto de conciliación el 9 de noviembre de 2011 la prescripción se interrumpió hasta la celebración de dicho acto —13 de junio de 2012—, por lo que al presentarse la demanda el 13 de junio de 2013, la acción ejercitada no estaba prescrita. En segundo lugar, concluye que, acreditada la falta de paternidad por parte del actor, se ha producido una ocultación dolosa al marido con el propósito de beneficiarse de las cantidades que tenía obligación de abonar en concepto de alimentos, lo que determina que se deban devolver aquellos que pagó y que se le indemnice en 15.000 euros por los daños morales ocasionados ("dada la situación de clara frustración y desasosiego de quien durante mucho tiempo ha tenido relación, contacto y cariño con quien pensaba que era su hijo, para luego enterarse que se trataba de un hijo ajeno", lo que le habría influido hasta el punto de haber estado de baja por daños psicológicos).

La progenitora del menor interpuso recurso de casación fundado en cuatro motivos: El primero se formula por infracción de los artículos. 1968.2 y 1969 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial sobre el cómputo del plazo de prescripción, por entender que este debe iniciarse en el momento en que el actor supo que Raúl no era su hijo con los resultados del estudio genético al que se habría sometido privadamente en el año 2008, y luego en el juicio de filiación donde se practicó una segunda prueba de paternidad en el Instituto Nacional de Toxicología, con fecha de 17 de agosto de 2010, fecha en la que nuevamente conoció que el

menor no era hijo suyo, no siendo hasta el 9 de noviembre de 2011 cuando se interpuso la papeleta de conciliación y posteriormente, el día 13 de junio de 2013, cuando se formuló la demanda de la que trae causa el presente recurso; el segundo por infracción del artículo 1902 del Código Civil. Considera que no ha existido dolo por parte de la demandada, pues ésta tuvo conocimiento en el proceso de filiación, a resultas de la prueba biológica realizada, de que el segundo de los tres hijos biológicos habido constante el matrimonio no era de su marido, por lo que no habría existido engaño u ocultación y porque, en definitiva, la infidelidad que dio lugar al nacimiento del hijo no sería como tal indemnizable; el tercero por infracción del artículo 1902 Código Civil y de la jurisprudencia de esta sala sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad de la demandada y, por tanto, la restitución de lo indebidamente cobrado en concepto de alimentos; y, el cuarto por infracción del artículo 1902 Código Civil y de la jurisprudencia de esta sala sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad de la demandada y, por tanto, de las acciones indemnizatorias por daño moral y psicológico.

En todo caso, para justificar el interés casacional cita, entre otras, las sentencias de esta Sala del TS de 22 y 30 de julio de 1999 interpretada la primera de ellas, *a sensu contrario*, en el sentido de que sería precisa la concurrencia de una conducta dolosa para el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual en el supuesto enjuiciado, que es negada por la parte.

[32] Para DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2018). "Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación doloso de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial", *op. cit.*, p. 8 cree que "esta sentencia supone una mala noticia, en cuanto cierra el camino al resarcimiento de un daño moral, sobre cuya reparación existía un importante consenso doctrinal y jurisprudencial (como demuestran las numerosas sentencias de instancia recaídas sobre la materia); y ello con argumentos teóricos muy discutibles y poco desarrollados), alejándose, de este modo, de sentimientos comúnmente compartidos en la sociedad".

Sin embargo, PARDILLO HERNÁNDEZ, A. (2018). "Responsabilidad civil en el ámbito familiar: indemnización por ocultación de la verdadera paternidad", *Diario LA LEY, número 9316, sección Comentarios de jurisprudencia, 12 de diciembre*, p. 5 señala al respecto que tras años de incertidumbre esta sentencia "aporta la necesaria seguridad y certidumbre sobre la materia pero que, con toda probabilidad, no cerrará el vivo e interesante debate en la doctrina científica sobre los intentos de "colonización" por la responsabilidad civil del moderno Derecho de familia". Por su parte, VELA TORRES, P.J. (2019), "Ocultación de la paternidad e indemnización por daños morales", *Diario LA LEY, número 9375, sección Comentarios de jurisprudencia, 12 de marzo*, p. 4 señala que "el Tribunal opta por una solución prudencial y son negar la existencia de tales daños, lo que veda es su resarcimiento económico"; y, MONTERROSO CASADO, E. (2019). "Responsabilidad civil y consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad: una cuestión de género", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 773, mayo-junio*, p. 1572 entiende que este sentencia "supone un paso hacia delante a favor de la no discriminación de la mujer por incumplimiento del deber de fidelidad, lo que implica una ruptura con numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales que, han venido estimando la existencia de una responsabilidad extracontractual de la madre por el daño moral ocasionado por la procreación de un hijo extramatrimonial". Y a ello añade que "esta sentencia nos invita a realizar una reflexión sobre la igualdad entre hombre y mujeres. (…) A ambos cónyuges se les deben exigir los mismos deberes jurídicos en el matrimonio y su incumplimiento habría de ser objeto de la misma sanción civil, sin que el efecto que produce la infidelidad en la mujer merezca una mayor reprobación jurídica, ya que ello constituiría una discriminación por cuestión de género".

De todas formas, al mantener en lo sustancial la doctrina sentada en la sentencia de 30 de julio de 1999, implica la reiteración que, exige el artículo 1.6 del Código Civil y la consolidación de la jurisprudencia en relación con la materia. Dudaba de dicha reiteración la sentencia de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 2ª, de 3 de abril de 2008 (JUR 2008,234675) cuando afirmaba que "su posición es contraria a la del Alto Tribunal que por lo demás es

discutible que haya sentado jurisprudencia al tratarse de resoluciones con fundamento al menos parcialmente diverso" (FJ1º).

[33] LA LEY 26842,2024. En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 2ª, de 19 de enero de 2023 (JUR 2023,208607) una vez examinadas las pruebas practicadas, se descarta el engaño. No se debe confundir la ocultación con el desconocimiento. Desde el primer momento Gustavo tuvo dudas de sui el niño era biológico suyo. Pudiendo hacerlo, ni siquiera creyó oportuno hacerse una prueba. Estamos hablando de simple desconocimiento. Aquí lo que se sanciona es el engaño, no la mera ignorancia. Gustavo se representó la posibilidad de no ser el padre biológico, pero confió en que lo era y por eso lo reconoció como suyo, convirtiéndose así en su padre. Pero en ese juicio hipotético ninguna influencia tuvo la madre. Ella no hizo creer a Gustavo que el niño fuera suyo. No hay prueba alguna de esa supuesta ocultación. Estamos simplemente ante un caso de arrepentimiento de quien, desde el inicio, sabía que el menor podría haber sido concebido por tercera persona. En estas circunstancias, no hay fraude, ni engaño, ni responsabilidad civil.

[34] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7ª, de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004,1994).

[35] RJ 2018,5158.

[36] RJ 1999,5721; y RJ 1999,5726.

[37] RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2000). "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 52*, p. 163; CARRASCO PERERA, Á. (2006). *Derecho de familia. Casos, reglas, argumentos*, Madrid: Dilex, p. 571. Recordemos que, la sentencia de 30 de julio de 1999 el actor basó la demanda en los artículos 67 y 68 en relación con el artículo 1101 del Código Civil, por considera que la fidelidad era una obligación contractual que tiene su origen en el contrato de matrimonio. El Tribunal Supremo manifestó al respecto que "no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón de la propia naturaleza del matrimonio…".

[38] DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2007). "Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales", *LA LEY, tomo II*, p. 1662; del mismo autor (2018) "Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial", *op. cit.,* p. 4 dispone que "el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia que afecta profundamente a la persona de los cónyuges en la medida en que les impone una plena comunidad de vida, material y espiritual, la cual no tiene paragón posible con ninguna de las relaciones jurídicas nacidas de la celebración de un contrato"; MURILLAS ESCUDERO, J.M. (2015). "La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal", *REDUR, número 13, diciembre,* p. 116; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Mª. T. (2010). "¿Es indemnizable la infidelidad?, *Revista de Derecho de Familia, número 47*, p. 35; MONTERROSO CASADO, E. (2019). "Responsabilidad civil y consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad: una cuestión de género", *op. cit.*, p. 1564. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial León, secc. 2ª, de 10 de noviembre de 2010 (AC 2010,2120).

[39] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de abril de 1996 (RJ 1996,2984); de 1 de abril de 1997 (RJ 1997,2724); de 31 de julio de 1999 (RJ 1999,6222); y, de 9 de octubre de 1999 (RJ 1999,7245).

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13ª, de 29 de abril de 2021 (JUR 2021,232726) centrándose en el nexo de causalidad señala que ha de establecerse intelectualmente entre la acción u omisión y el daño o perjuicio producido. Sobre este particular tienen dicho la jurisprudencia, entre otras las citadas sentencias de 2 de abril de 1996; de 1 de abril de 1997; de 31 de julio de 1999; y de 9 de octubre de 1999 que, para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión —causa y el daño o perjuicio resultante —efecto—, la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de causalidad adecuada, quien exige para apreciar la culpa del agente,

que el resultado sea consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; debiendo entenderse por consecuencia natural, aquella propia entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados; y debiendo valorarse en cada caso concreto, si el antecedente que se presente como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficiente las simples conjeturas, o la existencia de datos facticos, que por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño; de tal forma, que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo. Y esa necesidad de una cumplida justificación, no puede quedarse desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, pues "el cómo y el por qué se produjo el evento y siniestro", constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso.

[40] PLAZA PENADÉS, J. (2016). "Comentario al artículo 1902 del Código Civil". En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. IV, 2ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, pp. 1364-1365.

[41] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de abril de 2005 (RJ 2005,4133).

[42] RJ 2008,6913.

[43] En esta línea, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2018). "Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial", *Diario La Ley, número 9318, diciembre*, p. 9.

[44] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5ª, de 25 de mayo de 2022 (JUR 2023,2071) donde se indica que el engaño se mantuvo durante más de dos años (unido a la edad de la menor al tiempo de conocerse dicha farsa). Se considera tiempo suficiente para crear intensos lazos afectivos entre quien aparece como padre y la hija.

[45] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2019 (Roj. STS 653/2019; ECLI:ES:TS:2019:653) tras la declaración de paternidad distinta de la que venía ostentando; se concede un régimen de visitas y comunicaciones con quien durante años contaba como su padre en condición de allegado.

[46] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 2011 (Roj. STS 2676/2011; ECLI:ES:TS:2011:2676) pone fin a la controversia iniciada en el ámbito de relaciones personales entre una menor y la antigua compañera de su madre biológica a quien se le otorga la categoría jurídica de allegado (artículo 160 del Código Civil). la extensión del derecho del menor a relacionarse con sus allegados es una cuestión que debe decidirse por el juez teniendo en consideración la aplicación del principio interés superior del menor.

[47] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 2ª, de 4 de abril de 2024 (LA LEY 127576/2024) en un supuesto de testamento en que se instituyó heredera a quien luego no fue considerada hija biológica. Se habla de preterición no intencional de la demandante —madre del testador— y su derecho a la legítima como ascendiente. Ciertamente, el testamento se otorgó en la fecha de 9 de marzo de 2015 con posterioridad, por tanto, a los pronunciamientos de primera y segunda instancia recaídos en el procedimiento de la reclamación de filiación extramatrimonial, pero antes de operase en el Registro Civil. La nueva inscripción registral de la filiación "de la designada heredera universal" que sin duda fue consecuencia del resultado del recurso de casación decidida por el Tribunal Supremo. El testamento no fue revocado por el Sr. Evelio antes de su fallecimiento ocurrió el 6 de octubre de 2019.

Conforme al artículo 675 del Código Civil hay que estar a la interpretación literal del testamento. El Tribunal Supremo confirma la sentencia que declaró que el Sr. Evelio no era el padre biológico de Milagrosa; no obstante, nunca procedió a revocar el testamento. Por lo que cabe concluir que la voluntad del testador era instituir como heredera a su hija no biológica Milagrosa, aunque no pudiera figurar como la causa de esa institución su calidad

de hija y, por tanto, heredera forzosa, sea correcto hablar de preterición de la madre del testador (única heredera forzosa a falta de hijos y descendientes) y sea correcto también su reconocimiento su derecho a la mitad del haber hereditario de su hijo (artículos 807.2 y 809 del Código Civil).

Por otra parte, no resulta de aplicación el apartado 2 del artículo 814 del Código Civil porque la preterición no intencional no ha sido de hijos o descendientes del testador, sino de ascendientes y con arreglo al apartado primero del mismo precepto, su preterición no perjudica su legítima.

La conclusión no puede ser otra que respetar la voluntad del testador que nunca revocó su voluntad de instituir a su entonces hija Milagrosa como heredera, sin perjuicio de reconocer la legítima de la madre del Sr. Evelio (preterición no intencional), en concreto en la mitad del haber hereditario.

[48] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). "Comentario a los artículos 67 y 68 del Código Civil". En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. I*, 2ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, p. 446.

[49] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2006). "Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales", *op. cit.,* p. 151. Para MURILLAS ESCUDERO, J.M. (2015). "La responsabilidad civil extracontractual por daños en la relación conyugal"*, op. cit.*, p. 112 el deber de guardarse fidelidad es "un deber incoercible y lo asumen recíprocamente los cónyuges en el momento de contraer matrimonio afirmando su compromiso de cumplir el contenido del artículo 68 del Código Civil".

[50] LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2010). "El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales", *op. cit.*, p. 30; UREÑA MARTÍNEZ, M. (2019). "La ocultación de la paternidad matrimonial no genera daño moral ni patrimonial resarcible ex artículo 1902 del Código Civil", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 110, mayo-agosto,* p. 236 considera acertada la doctrina jurisprudencial del tribunal Supremo al considera que el deber conyugal de fidelidad tiene un carácter eminentemente moral, y su incumplimiento apenas origina consecuencias, sobre todo a partir de la reforma del Código Civil por Ley 15/2005: RODRIGUEZ GUITIÁN, A. Mª. (2001). "De nuevo sobre la reparación de daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de octubre de 2010)", *Diario LA LEY, número 7582, 4 de marzo*, p. 1831; FARNÓS AMOROS, E. (2007). "Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad", *Indret*, *octubre*, pp. 11 y 20; MARTÍN-CASALS, M., y RIBOT IGUALADA, J. (2011). "Daños en Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás", *op. cit.,* p. 541; ECHEVARRÍA DE RADA, Mª.T. (2015). "Responsabilidad civil por infidelidad conyugal", Revista *LA LEY Derecho de Familia, "Familia y responsabilidad civil, número 8*, *octubre-diciembre*, pp. 2-3; MONTERROSO CASADO, E. (2019). "Responsabilidad civil y consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad: una cuestión de género", *op. cit.*, p. 1564; MURILLAS ESCUDERO, J.M. (2015). "La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal", *op. cit.,* pp. 112-113 y 123 quien, asimismo, precisa que "si admitiéramos la obligación de indemnizar el daño moral que puede causar la infidelidad, estaríamos realizando una contrarreforma del Código Civil volviendo a establecer una sanción por la infidelidad". Y se pregunta "¿Dónde quedaría la autonomía privada de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005? ¿Y cómo obligaríamos al cónyuge a mantener la exclusividad sexual?". Por su parte, NEVADO CATALÁN, V. (2018) "Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad", *op. cit.*, p. 12 señala que "no antes de aprobarse la Ley 15/2005 era indemnizable la infidelidad, ni lo es ahora, pues, la libertad individual, por un lado, y la consideración de los disgustos y decepciones que la infidelidad puede provocar como un riego general de la vida, impiden estimar las pretensiones resarcitorias". Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial Segovia, secc. Única, de 30 de septiembre de 2003 (AC 2003,24422); de la Audiencia Provincial León, secc. 2ª, de 10 de noviembre de 2010 (AC 2010,2120); y, de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 8ª, de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014,203925).

[51] FARNÓS AMORÓS, E. (2011). "Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad", *op. cit.,* pp. 11-12.

[52] FERRER I RIVA, J. (2001). "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", *op. cit.*, p. 15.

[53] MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). "Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo", *op. cit.,* p. 262.

[54] VERDERA IZQUIERDO, B. (2024). "Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares", *op. cit.,* p. 24; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2021). "Daños moral por ocultación de la paternidad: hacia la puesta en valor de la relación paterno-filial", *op. cit.,* p. 278 igualmente, manifiesta que "se trata de meras pautas de comportamiento dentro del matrimonio, pero que no implican una obligación en sentido jurídico, sino que tienen un mero valor moral y simbólico". (…) De ahí que "imponer una sanción para el caso de incumplimiento, como si de auténticos deberes se trataran, casa mal con la idea de libertad que debe presidir las relaciones personales y de pareja y excedería de la función propia de derecho de daños".

[55] GARCÍA CANTERO, G. (1982). "Comentario al artículo 68 del Código Civil". En: M. Albadalejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. II*, Madrid: Edersa, p. 196; GETE-ALONSO Y CALERA, Mª del C. (1984). "Comentario al artículo 67 del Código Civil", *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, vol. I*, Madrid: Tecnos, p. 322; ATIENZA NAVARRO, Mª.L. (2006). "La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio". En: J.R. De Verda y Beamonte (dir.), *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, Navarra: Thomson Aranzadi, p. 160; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2006). "Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales", *op. cit.,* pp. 164-165 quien precisa que, los deberes conyugales "integran el núcleo mismo la causa del negocio matrimonial"; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2012). "Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales". En: R. De Verda y Beamonte (coord.), *Responsabilidad civil en al ámbito de las relaciones familiares*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 145-147; del mismo autor (2018). "Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial", *op. cit.,* pp. 3-4 precisa que "los deberes conyugales no son meras obligaciones de conciencia propuestas a los para un feliz desarrollo del matrimonio, sino que constituyen auténticas obligaciones jurídicas" y añade que "la supresión, como causa de separación, del incumplimiento de los deberes conyugales operada por la Ley 15/20005, de 8 de julio, no es argumento para negar la juridicidad de los deberes conyugales, pues esta nueva orientación legal se explica en un planteamiento general, de eliminación de todas las causas de separación o divorcio, distintas de la mera voluntad de los cónyuges de seguir conviviendo"; del mismo autor (2021). "Resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales". En: J. Ataz López y J.A. Cobacho Gómez, (dirs.), *Cuestiones clásicas y actuales del derecho de daños. Estudio en Homenaje al Profesor D. Roca Guillamón*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pp. 1872 y 1877-1878 "los deberes conyugales son obligaciones recíprocas contempladas en los artículos 67 y 68 del Código Civil, que constituyen la causa del negocio jurídico-matrimonial, esto es, las de convivencia, asistencia, respeto". Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 2ª, de 3 de abril de 2008 (JUR 2008,234675) (FJ2º); y, de la misma Audiencia Provincial, secc. 8ª, de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014,203955).

Por su parte, RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M. (2003). "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho", *op. cit.,* pp. 73 y 77 tras señalar que, son "obligaciones legales sin carácter patrimonial, pero desde luego su infracción puede producir un daño moral resarcible y a veces consecuencias económicas"; precisa que "por sí sola la comisión del incumplimiento de un deber conyugal no es indemnizable, pero no porque no se esté ante un deber ju-

rídico, sino porque la admisión del resarcimiento en cualquier caso haría peligrar seriamente el principio de unidad familiar y daría lugar a una indeseable multiplicidad de pleitos".

[56] MURILLAS ESCUDERO, J.M. (2015). "La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal", *op. cit.,* pp. 114 y 123; NEVADO CATALÁN, V. (2018) "Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad", *op. cit.,* p. 12; GARCÍA AMADO, J.A. (2017). "Infidelidad matrimonial y engaño sobre la paternidad ¿Dónde está el daño indemnizable?". En: J.A. García Amado (dir.), P. Gutiérrez Santiago y M. Ordás Alonso (coords.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Barcelona: Bosch, p. 100; RODRÍGUEZ GUITÍAN, A. M. (2003). "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho", *op. cit.,* p p. 12; FARNÓS AMORÓS, E. (2011). "Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad", *op. cit.,* p. 34 quien, asimismo, matiza acertadamente que la discrepancia parental "no siempre deriva de la infidelidad, como ocurre cuando una mujer pasa rápidamente de una relación a otra y el embarazo se atribuye a su nueva pareja o cuando es el resultado de una mala praxis médica, como sucede cuando la mujer es inseminada o fecundada por error con esperma de hombre distinto a su pareja" (p. 13); de la misma autora (2007). "Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad", *op. cit.,* p. 20; BELHADJ BEN GÓMEZ, C. (2015). "Ocultación de paternidad y daños morales", *Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 4, abril*, p. 106; MONTERROSO CASADO, E. (2019). "Responsabilidad civil y consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad: una cuestión de género", *op. cit.*, p. 1566; YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018). "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018. Ocultación al marido de la verdadera paternidad. Consecuencias para el Derecho de familia y para la responsabilidad civil", En: M. Yzquierdo Tolsada (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil, vol. 10,* pp. 418, 420 y 421; VERDERA IZQUIERDO, B. (2024). "Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares", *op. cit.,* p. 30 señala, al respecto, que "no se considera indemnizable la infidelidad, pero sí el engaño que conlleva la ocultación de una paternidad y produce un "daño""; PÉREZ GALLEGO, R. (2015). "Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica", *Revista de Derecho Civil, vol. II, número 3, julio-septiembre*, p. 172.

En contra, LÓPEZ CRUZ, L. (2019). "Responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad. Comentario a la STS 13 noviembre 2018", *Revista de Derecho Patrimonial, número. 48, enero-abril*, pp. 234-235 para quien "ni son indemnizables los daños originados por el incumplimiento de los deberes conyugales, ni por la ocultación de la paternidad".

[57] AC 2019,956. Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 11ª, de 7 de febrero de 2022 (JUR 2022,140872).

[58] NEVADO CATALÁN, V. (2018). "Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de la paternidad", *op. cit.,* p. 15; RODRIGUÉZ GUITIÁN, A. Mª. (2009). *Responsabilidad civil en el derecho de familiar: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, *op. cit.*, pp. 134-135; MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, M. (2019). ""Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo", *op. cit.,* p. 264.

[59] RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M. (2003). "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho", *op. cit.,* p. 74; de la misma autora (2009). *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, *op. cit.,* pp. 132-133; MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). "Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo", *op. cit.,* p. 264. Por su parte, FARNÓS AMORÓS, E. (2011). "Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad", *op. cit.,* p. 17 argumenta al respecto que en todo caso "el requisito tradicional de criterios de imputación más exigentes encontraría justificación en la naturaleza especial de las relaciones familiares y en los distintos estándares de conducta que éstas imponen".

Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2010 (RJ 2010,5152); y, de 18 de junio de 2012 (RJ 2012,6849); y, las sentencias de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 7ª, de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004,1994) actuación negligente de la concepción y dolosa en la ocultación, y, el cómputo del plazo desde el conocimiento del resultado de las pruebas biológicas; de la Audiencia León, secc. 2ª, de 2 de enero de 2007 (JUR 2007,59972); de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 8ª, de 16 de enero de 2007 (JUR 2007,323682); de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 7ª, de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007,340366); de la Audiencia Provincial León, secc. 1ª, de 30 de enero de 2009 (JUR 2009,192431); de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18ª, de 23 de julio de 2009 (JUR 2009,46435); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010,60); de la Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife, secc. 3ª, de 16 de octubre de 2009 (JUR 2010,79320); de la Audiencia Provincial León, secc. 1ª, de 20 de enero de 2009 (JUR 2009,192431); de la Audiencia Provincial Murcia, secc. 5ª, de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010,60); de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 3ª, de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010,2303); de la Audiencia Provincial Alicante, secc. 5ª, de 14 de julio de 2011 (AC 2011,1537); de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 17ª, de 27 de octubre de 2011 (JUR 2015,4436); de la Audiencia Provincial Asturias, secc. 5ª, de 18 de mayo de 2012 (JUR 2012,190526); de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 10ª, de 28 marzo de 2012 (AC 2012,910); de la Audiencia Provincial León, secc. 2ª, de 23 de noviembre de 2012 (AC 2012,1643); de la Audiencia Provincial Madrid, secc. 9ª, de 9 de mayo de 2014 (AC 2014,1397); de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 8ª, de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014,293955); de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 11ª, de 13 de noviembre de 2014 (AC 2015,228); de la Audiencia Provincial Jaén, secc. 1ª, de 9 de marzo de 2015 (JUR 2015,29380); de la Audiencia Provincial Cantabria, secc. 2ª, de 3 de marzo de 2016 (AC 2016,799); de la Audiencia Provincial Alicante, secc. 9ª, de 6 de noviembre de 2017 (JUR 2018,111191); de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 7ª, de 9 de marzo de 2018 (JUR 2018,112998); de la Audiencia Provincial Girona, secc. 2ª, de 19 de abril de 2018 (JUR 2018,114596); y, de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18ª, de 29 de mayo de 2018 (JUR 2018,168965).

[60] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial Segovia, secc. 1ª, de 11 de diciembre de 2007 (JUR 2008,148138); de la Audiencia Provincial Granada, secc. 5ª, de 13 de junio de 2014 (AC 2014,1628); de la Audiencia Provincial Jaén, secc. 1ª, de 9 de marzo de 2015 (JUR 2015,129380); de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 5ª, de 13 de junio de 2017 (AC 2017,1113); y, de la Audiencia Provincial Murcia, secc. 4ª, de 22 de marzo de 2018 (JUR 2018,151429). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial Sevilla, secc. 6ª, de 9 de julio de 2015 (JUR 2015,235882) no procede la indemnización de daños y perjuicios, pues, no se ha acreditado la existencia de ocultación dolosa de la paternidad que, es el presupuesto que se infiere de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1999 como necesario para que proceda la indemnización de daño moral y no siendo determinante de indemnización alguna la infidelidad conyugal *"per se"*.

[61] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18ª, de 16 de enero de 2007 (JUR 2007,323682) se condena al abono de indemnizaciones no por dolo, pero sí por culpa grave; y, de la Audiencia Provincial Asturias, secc. 5ª, de 18 de mayo de 2012 (JUR 2012,190526) procedió incurriendo en culpa grave que, determinó el reconocimiento por el actor del nacido como hijo propio y su tratamiento como tal.

[62] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 7ª, de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007,340366). En la sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 3ª, de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010,2303) falta de prueba de actuación de la demandada de forma negligente en la concepción y dolosa en cuanto a la ocultación al actor de la verdadera paternidad de su hija.

[63] CASAS PLANES, Mª.D. (2021). "De nuevo sobre la indemnización por daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)", *op. cit.*, pp. 447, 452, 459 y 465.

[64] JUR 2023,254658. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial Madrid, secc. 13ª, de 29 de abril de 2021 (JUR 2021,232726) en un supuesto de ocultación de la filiación no matrimonial razonó que: "No cabe duda alguna que si uno de los miembros de la pareja realiza una conducta (en el presente caso ocultar las dudas sobre la paternidad) que causa un daño (frustración y dolor por la pérdida de la relación paternal considerada existente y del proyecto de vida en común con la menor) y que está causalmente relacionado, (pues si hubiera comunicado que había mantenido relaciones sexuales simultáneas en el tiempo también con otra persona, el hecho de haber asumido como propia la paternidad no se habría producido) y este actuar debe calificarse de culposo, pues no actuó con la diligencia que el caso requería, ya que se insiste, sabiendo que había mantenido relaciones sexuales cercanas en el tiempo con otra persona, no puede estimarse que cuando conoció que estaba embarazada, no tuviera duda sobre el origen de su estado, pues es una consideración que por inverosímil no puede aceptarse y los principios que rigen las relaciones interpersonales (lealtad, honradez) y las circunstancias de tiempo y lugar, (no estaban casados, libremente podía manifestar sus relaciones con un tercero) le imponían un comportamiento diferente, y al no hacerlo, es responsable del daño causado al recurrente". Y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5ª, en su sentencia 458/2022, de 25 de mayo (JUR 2023,2071) revocó la sentencia del juzgado y concedió una indemnización de 25.000 euros. Entre otras cosas, argumentó lo siguiente: "Obvio es que, en el supuesto ahora enjuiciado al no existir nexo matrimonial el actor no ampara su demanda en la infracción de ningún deber de fidelidad, obviamente inexistente, sino —parafraseando dicha sentencia. en la condición de persona afectada por la acción (más propiamente omisión) culposa o negligente de la demandada. El daño moral aquí reclamado no es consecuencia, obviamente, de ningún incumplimiento de deberes matrimoniales, pero tampoco de ningún incumplimiento de la demandada de deberes afectivos, que tampoco existen. El daño es consecuencia de una doble conducta de la demandada alejada de cualquier aspecto ético: primero, al ocultar la paternidad de un tercero y, segundo, al comunicar tardíamente al actor su no paternidad, ejercitando seguidamente la propia madre demanda de impugnación de filiación paterna que conduce a dejar que el actor deje de ser padre, con las consecuencias no solo jurídicas sino también morales que ello provoca y el consiguiente daño moral que necesariamente se produce".

En esta línea, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2021). "Daños moral por ocultación de la paternidad: hacia la puesta en valor de la relación paterno-filial", *op. cit.*, p. 285 al indicar que "es perfectamente posible que la falsa atribución de la paternidad biológica de se produzca en el seno de una pareja no casada, en la que no rigen, por tanto, los deberes conyugales". Por lo que continúa la autora "a propósito de ello se podría decir que, en realidad, en estos casos se estaría traicionando también la confianza y el compromiso asumido, y, en definitiva, un deber de fidelidad, aunque no reconocido legalmente".

[65] RJ 2014,6258.

[66] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial Madrid, secc. 13ª, de 26 de octubre de 2012 (JUR 2013,28582) la entidad del sufrimiento del demandante —que confiaba en su paternidad y veía en el niño a un hijo propio —desde que supone con certeza que él no era el padre del pequeño Secundino— ha llegado a manifestarse en el proceso de forma segura y objetiva, a través del testimonio en el juicio de los profesionales que trataron al actor, el psiquiatra Don Luís Manuel y la psicóloga Doña Agustina, siendo además relevante la aceptación por el demandante del convenio regulador del divorcio en nombramiento de 2008 con una pensión a favor del hijo de 750 euros mensuales y un régimen de comunicación que facultaba al actor a que el menor pernoctase con él algunas noches, pese a su cortísima edad (…). Se puede suponer que también hubiese sufrido el demandante de haber conocido desde el primer momento, por boca de su esposa, que el hijo que esta esperaba podría no ser de él, en razón de una relación extramatrimonial por las fechas de la concepción, pero en la presente Litis se reclama por los padecimientos psíquicos experimentados por don Secundino al conocer que no era hijo propio aquel a quien había creído tal y había querido como tal. (…) Y esa grave pesadumbre efectivamente sufrida por el demandante y constatada por los

profesionales de psiquiatría y psicología que depusieron en juicio, fue causada por la actitud al menos negligente de doña Bibiana que, aseguró a su esposo que el hijo que esperaba tenía necesariamente que ser de él, de lo que ningún modo podría estar segura la demandada. (…) El actor tenía derecho a creer que su esposo no iba a engañarle en cuestiones tan trascendentes. Se valora en 20.000 euros el daño moral y daños patrimoniales se calcula partida por partida; de la Audiencia Provincial Alicante, secc. 6ª, de 16 de enero de 2013 (JUR 2013,150976) 25.000 euros por daños morales; de la Audiencia Provincial Madrid, secc. 9ª, de 9 de mayo de 2014 (AC 2014,1397); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8ª, de 24 de mayo de 2019 (JUR 2019,21432) comportamiento o conducta culposa que ha generado causalmente un daño derivado de esa ocultación; lo que le genera un sufrimiento que le ha obligado a seguir tratamiento psicológico y psiquiátrico.

[67] DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., (2007). "Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales", *op. cit.,* p. 1662; COLÁS ESCANDÓN, A.M. (2011). "Consecuencias derivadas del incumplimiento del régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos. Especial referencia al resarcimiento de daños morales", *Revista Aranzadi Civil-Mercantil, número 6*, p. 140; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., y PÉREZ VALLEJO, A.M. (2012). *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, *op. cit.,* pp. 93, 98 y 99; ÁLVAREZ OLALLA, Mª.P. (2011). "Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2010", *Revista Aranzadi Civil Doctrinal, número 9*, p. 5; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (2019). "Indemnización por daños morales entre los cónyuges. en especial, indemnización por ruptura conyugal", *Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 10, febrero*, p. 583; FARNÓS AMORÓS, E. (2011). "Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad", *op. cit.,* p. 26; GARCÍA AMADO, J.A. (2017). "Infidelidad matrimonial y engaño sobre la paternidad. ¿Dónde está el daño indemnizable?, *op. cit.,* p. 119.

Por su parte, NEVADO CATALÁN, V. (2018). "Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de la paternidad", *op. cit.,* p. 19 habla de dolo eventual y señala al respecto que "en la medida en que está al alcance de la madre descartar o confirmar sus sospechas mediante la simple realización de un test de ADN, su decisión de no hacerlo supone una "ignorancia deliberada" que, permitiría apreciar la existencia de dolo eventual en la ocultación a su pareja de las dudas" y concluye que "no sería razonable que pudiese beneficiarse de su propio desconocimiento quien tenía la posibilidad de salir de él y optó por no hacerlo". En cambio, BELHADJ BEN GÓMEZ, C., "Ocultación de paternidad y daños morales", *op. cit.,* p. 106 habla de reserva mental y manifiesta que la ocultación de la paternidad "ha de ser dolosa en todo caso y ha de ampliarse a la negligencia, por lo que la representación de esta posibilidad sin darle conocimiento al que se cree padre supone una suerte de reserva mental que ha de tener respuesta legal".

Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18ª, de 16 de enero de 2007 (JUR 2007,323682) habla, precisamente, del acceso a las pruebas de ADN y de su conocimiento generalizado por parte de la sociedad; de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 2ª, de 3 de abril de 2008 (JUR 2008,24675); de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 3ª, de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010,2303); de la Audiencia Provincial Alicante, secc. 6ª, de 10 de diciembre de 2012 (JUR 2013,116337); de la Audiencia Provincial Alicante, secc. 6ª, de 16 de enero de 2013 (JUR 2013,150976); de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 8ª, de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014,203955); de la Audiencia Provincial Castellón, secc. 1ª, de 12 de junio de 2014 (JUR 2014,198469); de la Audiencia Provincial Cantabria, secc. 2ª, de 3 de marzo de 2016 (AC 2016,799); de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 6ª, de 16 de octubre de 2017 (AC 2018,1076); de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 13ª, de 25 de julio de 2018 (JUR 2018,218657); y, de la Audiencia Provincial Madrid, secc. 8ª, de 24 de mayo de 2019 (JUR 2019,214532).

[68] En esta línea, ESPÍN ALBA, I. (2016). "Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 758, noviembre-diciembre,* p. 256.

[69] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial Murcia, secc. 5ª, de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010,60), computo del plazo de la acción desde el momento que adquiere firmeza la sentencia que estimaba la demanda de impugnación; de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18ª, de 23 de julio de 2009 (JUR 2009,46435); y, de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 8ª, de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014.203955).

[70] AC 2007,886.

[71] JUR 2008,234675.

[72] JUR 2014,203955.

[73] AC 2004,1994.

[74] JUR 2007,340366.

[75] JUR 2010,79297.

[76] JUR 2007,82206.

[77] JUR 2009,445654.

[78] JUR 2015,235882.

[79] JUR 2015,129380.

[80] AC 2016,799.

[81] MONTERROSO CASADO, E. (2019). "Responsabilidad civil y consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad: una cuestión de género", *op. cit.,* p. 1562

[82] MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). "Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo", *op. cit.,* p. 268.

[83] BARCELÓ DOMENECH, J. (2012). "El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar", *op. cit.,* pp. 119-121.

[84] ROCA I TRIAS, E. (2000). "La responsabilidad civil en el Derecho de Familia. Venturas y desventuras de los cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil", *op. cit.,* p. 562.

[85] RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M. (2003). "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho", *op. cit.,* p. 75; ESPÍN ALBA, I. (2016)— "Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental", *op. cit.,* p. 3478 entiende que las prestaciones restitutorias "deberían estar restringidas a aquellos supuestos en que, como consecuencia de la ocultación, existe una pérdida o importante merca de los lazos afectivos y de la relación entre el falso padre y aquella persona que creía ser su hijo".

[86] DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2021). "Resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales", *op. cit.,* pp. 1875 y 1904. Asimismo, este autor precisa que "el daños resarcibles ex artículo 1902 del Código Civil surgirá por la lesión del derecho que tiene cada cónyuge a que el otro cumpla las obligaciones que libre y recíprocamente, asumieron al tiempo de contraer matrimonio, con el fin de desarrollar en él su personalidad" (p. 1874); y, "el hecho que uno de los cónyuges mantenga una relación sexual con un tercero es, en sí mismo, un incumplimiento grave de la obligación de fidelidad, que puede dar lugar a un daño moral resarcible en quien ve truncada la confianza en que su consorte respetaría el compromiso jurídico de exclusividad sexual, libremente asumida al casarse" (p. 1904).

[87] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18ª, de 22 de julio de 2005 (JUR 2006,163268); de la Audiencia Provincial Pontevedra, secc. 3ª, de 13 de diciembre de 2006 (JUR 2006,38139); de la Audiencia Provincial Burgos, secc. 2ª, de 16 de febrero de 2007 (JUR 2007,217448); de la Audiencia Provincial Segovia, secc. 1ª, de 11 de diciembre de 2007 (JUR 2008,148138) fija como indicio para acreditar el desconocimiento de la madre ante la falta de paternidad biológica de su marido, su propia oposición a la demanda de impugnación a la paternidad; de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 14ª, de 31 de octubre

de 2008 (AC 2009,93); de la misma Audiencia Provincial, secc. 16ª, de 28 de noviembre de 2008 (JUR 2009,72573) que destaca la irrelevancia daño al afirmar que "en el presente caso, lo máximo que se sabe es que el demandante estaba disgustado y por supuesto reconoce no haber tenido afectación su trabajo ni tener ansiedad, razón por la cual en el recurso se insiste en la indemnizabilidad por el dolo de la demandada (por mentir sobre paternidad) no por daño psicológico del demandante"; de la Audiencia Provincial Castellón, secc. 3ª, de 10 de febrero de 2009 (AC 2009,346); de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 3ª, de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010,2303); de la Audiencia Provincial León, secc. 2ª, de 10 de noviembre de 2010 (AC 2010,2120); de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 5ª, de 21 de septiembre de 2012 (JUR 2012,353634) califica la naturaleza del daño como duradero, y entiende prescrita la acción; de la Audiencia Provincial León, secc. 2ª, de 23 de noviembre de 2012 (AC 2012,1643); de la Audiencia Provincial Granada, secc. 5ª, de 13 de junio de 2014 (AC 2014,1628); de la Audiencia Provincial Sevilla, secc. 6ª, de 9 de julio de 2015 (JUR 2015,235882); de la Audiencia Provincial Pontevedra, secc. 6ª, de 22 de septiembre de 2016 (JUR 2016,227006); y, de la Audiencia Provincial Murcia, secc. 4ª, de 22 de marzo de 2018 (JUR 2018,151429).

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial Alicante, secc. 9ª, de 6 de noviembre de 2017 (JUR 2018,111191) entiende que no concurre la acción culposa ni desde luego dolosa del demandado —el padre biológico— que dé lugar a responsabilidad extracontractual, pues, "no considera que el demandado carente de posesión de estado, ajeno al círculo familiar, y un extraño para los menores, tuviese obligación de irrumpir en una familia legalmente constituida, con los afectos consolidados inherentes a tal situación, afectos filiales y fraternales y hacia la familia extensa, abuelos, tíos y primos, hubiese de irrumpir, decimos, en la misma, planteando una demanda de filiación, cuando lo haría bajo simples sospechas por importantes que estas fuesen. Tampoco lo era exigible como alega el recurrido haber hecho unas pruebas de paternidad de espaldas al actor, porque aparte de suponer una intromisión en su intimidad, que puede considerarse ilegítima, solo tendrían sentido si a ella siguiese una demanda de paternidad". Es el hecho mismo de la falsa paternidad descubierta el que genera el daño moral, no su ocultación cuando nada trasciende al presunto padre.

[88] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial Castellón, secc. 3ª, de 10 de febrero de 2009 (AC 2009,346) que se considera no civilmente responsable a la mujer que ha manifestado al marido sus dudas sobre la paternidad del hijo.

[89] RODRIGUEZ GUITIÁN, A.Mª. (2003). "Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho", *op. cit.,* pp. 73 y 75. Por su parte, ALGARRA PRATS, E. (2012). "Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil", *op. cit.,* pp. 37-38 coincide con esta doctrina que mantiene la tesis restrictiva y que limita la reparación de daños entre cónyuges a los supuestos constitutivos de delito o falta o que lesionan derechos fundamentales, pues, "de este modo, puede lograrse una mayor seguridad del sistema y una coherencia con la regulación del matrimonio en la actualidad".

[90] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial Burgos, secc. 2ª, de 16 de febrero de 2007 (JUR 2007,217448); y de la Audiencia Provincial Castellón, secc. 3ª, de 10 de febrero de 2009 (AC 2009,346).

[91] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 16ª, de 28 de noviembre de 2008 (JUR 2009,72573).

[92] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial Granada, secc. 5ª, de 13 de junio de 2014 (AC 2014,1628) además añade que, la intención de la esposa es propiciar el nacimiento del menor como hijo matrimonial en el seno de la familia formada junto a su esposo.

[93] CASAS PLANES, Mª.D. (2023). "En torno a los daños morales y económicos putos familiares (sucinta referencia al caso controvertido de la ocultación de la paternidad)". En: F. Yáñez Vivero; B. Sáinz-Cantero Caparrós; Fco. J. Jiménez Muñoz; A. Donado Vara; P. López Peláez; y E, Abad Arenas (dirs.), *Fortalezas y debilidades del derecho de familia contemporáneo. Liber amicorum en Homenaje al Profesor Carlos Lasarte Álvarez*, Madrid: Dykinson, p. 1287.

[94] LA LEY 94472,2019.

[95] JUR 2023,208607.

[96] JUR 2021,232726.

[97] GÓMEZ LIGŰERRE, C. (2017). "Concepto de daño moral". En: F. Gómez Pomar e I. Marín García (dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, Madrid: La Ley, 2ª ed., pp. 33-34.

[98] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28 febrero 2008 (RJ 2008,4035) distingue la distinta valoración del daño moral y patrimonial, al respecto se declara que, "el mayor margen de discrecionalidad en la determinación del importe de la indemnización corresponde a la producción de daños morales, y el menor en el caso de los daños patrimoniales, lo que está en lógica relación con su respectiva naturaleza, aunque en puridad no depende de ella, sino más bien de la certeza que se tiene en cuenta su producción. El daño moral, en cuanto no haya sido objeto de un sistema de tasación legal, dado que no puede calcularse directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias, únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad judicial, según la jurisprudencia que inveteradamente viene poniendo de manifiesto esta circunstancia, diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio de la mayor o menor probabilidad del resultado impedido por la acción dañosa, en los caso de frustración de derechos, intereses o expectativas. El daño patrimonial, sin embargo, aun cuando sea incierto, por no ser posible concretar su importe con referencia a hechos objetivo, por depender de acontecimientos futuros, si admite referencias pecuniarias, y por ello no debe ser apreciado con los criterios de discrecionalidad propios de los criterios de compensación aplicables al daño moral, como si de éste se tratase, sino mediante una valoración prospectiva fundada en la previsión razonable de acontecimientos futuros y, en ocasiones, mediante una valoración probabilística de las posibilidades de alcanzar un determinado resultado económico que se presenta como incierto".

[99] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de julio de 2011 (RJ 2011,6285) con cita de la sentencia de este mismo Tribunal de 21 de marzo de 2011 señala que "la información no veraz sobre infidelidades conyugales puede afectar el honor no solo del cónyuge a quien se atribuye la infidelidad, sino también el del cónyuge que la estaría soportando, pues del primero se predica un comportamiento indebido y al segundo se le atribuye una situación socialmente considerada en general como humillante o digna de lástima, lesionando así la dignidad de las personas afectadas o atentando contra su propia estimación, como prevé el artículo 7.7 de la LPDH".

[100] GÓMEZ LIGŰERRE, C. (2017). "Concepto de daño moral", *op. cit.*, p. 36.

[101] RJ 2003,8643.

[102] RJ 2001,2242.

[103] Precisa, asimismo que: "En esta idea cabe comprender aspectos tan difusos para su perceptibilidad jurídica, pero, sin lugar a dudas, de general acaecimiento y comprensión dentro del medio social, los siguientes: 1°) Toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito (o hasta haber sido víctima de un ataque a su prestigio y reputación artística como en el caso enjuiciado por la sentencia 21 de octubre de 1996); si por las características de la gravedad de la lesión, con su residuo de secuelas vitalicias, se origina un componente de desquiciamiento mental en el así lesionado, también es posible que ello integre ese daño moral (…); 2°) Puede ser también aspecto integrador de ese daño moral, cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos. Por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia por la persona directamente dallada por dicho ilícito , o por la situación deficitaria o de auténtica orfandad en que pueden quedar ciertas personas por las lesiones por la muerte de sus parientes más cercanos, por ejemplo, en el supuesto de una relación parietal intensa, la pérdida del padre con respecto a los hijos, o a la inversa y demás parientes, o incluso, a veces, por relaciones de propia amistad o convivencia, o cuando dichas personas conviven tan estrechamente que se crean lazos pseudo-parentales ahora bien, se puntualiza que en la integración de este daño

moral, lo que se trata de incorporar a este concepto no son las privaciones materiales o alimenticias que, a consecuencia de dichas lesiones o muerte, pueden padecer las personas o supervivientes que estuviesen bajo la tutela, custodia o el estipendio económico del lesionado o fallecido, porque obvio es, que tales contingencias se ubicarán dentro del campo de los daños corporales en general, o materiales en su modalidad de perjuicios y es que lo que se pretende sustantivizar como daño moral es el dolor inferido o el sufrimiento, tristeza, angustia o soledad padecida por las personas que ante ese hecho ilícito se ven privadas de la vida de esas seres tan allegados con lazos tan intensos" (Fundamento Jurídico 6º).

[104] RJ 2015,4897. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2012 (RJ 2012,5902) señala que el daño moral "se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que, el algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza patrimonial o no del bien, derecho o interés infringido, u se indemniza junto al daño patrimonial, bien mediante la aplicación de reglas específicas como el artículo 1591 del Código Civil, bien mediante las generales de responsabilidad contractual o extracontractual de los artículos 1101 y 1902 del mismo texto legal". Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial Islas Baleares, secc. 3ª, de 11 de octubre de 2000 (AC 2001,2) manifiesta que "la reciente jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, ente las que cabe citar, el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, la zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente, impacto , quebranto o sufrimiento psíquico"; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 8ª, de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014,203955) indica que "es aspecto integrados de ese daño moral "cualquier frustración, quebranto o ruptura de los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito, o por la situación deficitaria o de auténtica orfandad en que pueden quedar ciertas personas por las lesiones por la muerte de sus parientes más cercanos, por ejemplo, en el supuesto de una relación parental intensa, la pérdida del padre con respecto a los hijos, o a la inversa y demás parientes, o, incluso, a veces, por relaciones de propia amistad o convivencia, o cuando dichas personas conviven tan estrechamente que se crean lazos pseudo-parentales".

[105] RJ 2008/3556. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de abril de 2004 (RJ 2004,2607).

[106] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000,5089).

[107] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de abril de 2005 (RJ 2005,4133).

[108] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial Cantabria, secc. 2ª, de 3 de marzo de 2016 (AC 2016,799) manifiesta que, "no se escapa a esta Sala la dificultad para probar la realidad de la ocultación; por eso, es razonable presumir que la esposa que mantiene relaciones sexuales ajenas al matrimonio y de resultas de alguna de ellas queda embarazada, cuando no la conoce directamente, sí tiene que dudar de la paternidad. Y una conducta apropiada le obliga a resolver la duda, cuando la tenga, antes de que simplemente se considere padre al esposo por el juego de la presunción de paternidad matrimonial (art. 116 CC), manteniendo además a éste en la real creencia de su condición de padre. El dolo, de acuerdo al art. 1969 CC, se centra en las palabras o maquinaciones insidiosas con el objetivo de mover la voluntad de la otra parte, inducida por el error provocado. Las palabras o maquinaciones pueden ser de carácter positivo, que será lo normal, o negativo, cuando se utiliza la reticencia o el silencio ante una situación que razonablemente podía dar lugar a pensar lo contrario. En tal sentido, como nos recuerdan las SSTS 29.12.1999 y 5.3.2010, el dolo también se forma por la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe.

Y ello es precisamente lo que esta Sala estima que aconteció en el caso, según los hechos que se han estimado probados y que parece consustancial, desde que la madre mantuvo al padre en el error de creer que era el padre de su hija cuando no lo era. Y ese es el motivo fundamental por el que no puede aceptarse la tesis de la parte recurrente, pues como se ha indicado en el fundamento de derecho precedente, la madre ya conocía desde el embarazo que el actor no era el padre de su hija o que la paternidad era, en el mejor de los casos, francamente dudosa, cuestión que al parecer comunicó a su hija cuando ésta tenía 11 o 12 años, información al contrario que omitió al esposo hasta que, como él expresa o de otra manera se deduce —teniendo en cuenta la versión de la psiquiatra— de las propias circunstancias, se lo espetó al tiempo de la crisis matrimonial, al borde ya de la mayoría de edad de la menor". Y añade "No puede existir duda sobre el apoyo de la indemnización por daño moral en el propio art. 1107 bajo el cobijo de la expresión la "indemnización de daños y perjuicios", y ha sido la jurisprudencia la que ha ido elaborando la sobre su procedencia desde las antiguas sentencias de 6 de diciembre de 1912 y de 19 de diciembre de 1949 , para cuya cuantificación han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, pues lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro. En términos generales, como de manera exhaustiva analiza la Sentencia de 22 de febrero de 2001, el daño moral se sustantiviza para referirlo al dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece, que no alcanza a las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado (STS 31 de mayo de 2000).

Y eso es lo que precisamente el actor ha padecido, que resulta consustancial a un choque emocional tan rotundo como el enjuiciado, corroborado por el informe clínico de la Dra. Felisa (folio 149), sin perjuicio de que el trastorno ansioso depresivo fue calificado de reactivo y de que ya hubiera tenido una baja por depresión —con origen laboral— en los años 2005 y 2006 (folio 155). Y todo ello porque como ha indicado la propia doctora —y no lo contradicen los demás informes médicos existentes del Capitán Psicólogo Sr. José Francisco folio 34, o de la Sra. Noelia, folio 33— el trastorno se produjo por causa de la ruptura traumática con su esposa, pero se agravó claramente con el conocimiento de la exclusión de su paternidad.

La valoración del daño moral causado, por recaer en bienes de difícil o imposible cuantificación, dado su carácter extrapatrimonial, obliga a su determinación ponderando todas las circunstancias concurrentes. Y tomando en consideración los hechos, claramente traumáticos, su impacto probado en el sujeto y las dificultades para ser asumidos, se estima adecuada la cantidad reconocida en la sentencia de instancia de 30.000 euros".

[109] AC 2014,1397. En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial Zaragoza, secc. 2ª, de 31 de enero de 2013 (JUR 2013,112359) limita los casos de presunción de daño moral a los casos de ocultación dolosa de la paternidad, implicando un daño moral *ex re ipsa* o presunción derivada de la naturaleza de las cosas. Asimismo, vid., CASAS PLANES, Mª. D. (2021). "De nuevo sobre la indemnización del daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)", *op. cit.*, p. 483 concluye en relación con esta posición jurisprudencial que "en otras palabras, el daño moral no suele ser objeto de prueba ni pericial ni testifical, sino que se funda en la presunción implícita de que no es posible alegar su dificultad probatoria para mantener su supresión, padecimiento psíquico sufrido por el esposo que puede quedar acreditado por la prueba pericial médica".

[110] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 7ª, de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004,1994) que consideró que el descubrimiento de la paternidad no biológica respecto de sus tres hijos menores "genera un sufrimiento superior al de la muerte de los mismos al no poder elaborar el duelo como repuesta a la pérdida sufrida (…) (FJ10º); de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18ª, de 16 de enero de 2007 (JUR 2007,323682); de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 7ª, de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007,340366) se indica que, aunque los trastornos físicos y psíquicos del actor ya descritos, no le produjeran

la baja laboral y pudieron obedecer no sólo al duelo de la pérdida de un hijo de lo que nunca se recuperará por el que reclama si no a los otros factores también dichos, cambio de su cargo político de concejal a profesor de secundaria, su separación, su proceso de divorcio y de nulidad eclesiástica, la asignación de domicilio conyugal a su esposa y todo ello dentro de sus fuertes creencias religiosas, los sufrió y lógicamente su situación depresiva derivó del dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que todo ello le produjo lo que constituye un daño moral, además notorio en sí, a resarcir. Sin embargo, dado el escaso tiempo de convivencia del actor con el menor y su convicción casi desde su nacimiento que no era hijo suyo y la no excesiva duración de yodo el proceso que tuvo lugar hasta que tuvo la certeza de ello, nació en febrero de 2004 y un año después ya lo supone, la cuantía de la indemnización por ese único concepto reclamado, duelo de pérdida de un hijo de lo que nunca se recuperará, no se puede fijar en os 100.000 euros que señala la sentencia apelada y que fijamos en la repetida sentencia de 2 de noviembre de 2004, en que eran tres los hijos cuya paternidad se había ocultado al demandante de esa Litis y todos con una mayor edad y consecuentemente mayor relación paterno-filial, si no que se ha de ponderar por las primeras circunstancias, y por deben excluirse las otras situaciones de crisis que indudablemente han contribuido al incremento del daño; de modo que, se rebaja a 12.000 euros en cuyo único sentido se estima el recurso; de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 8ª, de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014,203955); y de la Audiencia Provincial Cantabria, secc. 2ª, de 3 de marzo de 2016 (AC 2016,799). En contra, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de septiembre de 2014 (JUR 2014,245986) que entiende rechazable la equiparación a la muerte, pues la extinción del vínculo no impide una futura recuperación de la relación; y, la sentencia de la Audiencia Provincial Alicante, secc. 2ª, de 3 de abril de 2008 (JUR 2008,234675).

Para ESPÍN ALBA, I. (2016). "Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental", *op. cit.,* p. 3469 entiende que "si bien este sufrimiento no es igual al de la pérdida de un hijo, desde luego puede hacerse insoportable y condicional gravemente la salud psíquica y física de quien lo padece". En contra, FARNÓS AMOROS, E. "Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad", *op. cit.,* p. 21; de la misma autora (2017). "Daño moral en las relaciones familiares", *op. cit.,* p. 505.; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2021). "Daños moral por ocultación de la paternidad: hacia la puesta en valor de la relación paterno-filial", *Revista de Derecho Civil, vol. VIII, número 1, enero-marzo*, p. 281; CASAS PLANAS, Mª.D. (2021). "De nuevo sobre la indemnización por daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)", *op. cit.,* p. 474.

Por su parte, CASAS PLANES, Mª. D. (2021). "De nuevo sobre la indemnización del daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)", *op. cit.,* p. 475 tras señalar que "se está admitiendo por los tribunales que son indemnizables el daño a la integridad psíquica por el engaño al conocer la inexistencia de paternidad; adquiriendo por tanto sustantividad propia respecto a la del daño moral que deriva de la pérdida o ruptura del vínculo paterno-filial". A continuación, indica que "sería incuestionable la aplicación del baremo para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación para determinar la cuantía indemnizatoria por el daño psico-físico por el conocimiento de no ser padre".

[111] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial León, secc. 2ª, de 2 de enero de 2007 (JUR 2007,59972) "el sufrimiento padecido por Sr. Pedro Francisco, la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre de que nos habla la jurisprudencia e incluso la pericial psicológica practicada"; de la misma Audiencia, secc. 1ª, de 30 de enero de 2009 (JUR 2009,192431) ha quedado probado el estado de frustración y sufrimiento de D. Raúl que se hizo patente a los ojos de sus familiares y amigos. Presenta un cuadro de tristeza, llanto, astenia y apatía intensa; de la Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife, secc. 3ª, de 16 de octubre de 2009 (JUR 2010,79320) se destruye el vínculo creado entre padre e hijo con el evidente perjuicio que de ello se puede derivar para quien se creía padre del hijo de su mujer; de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 17ª, de 27 de octubre

de 2011 (JUR 2015,4436) impacto psíquico o emocional en quien ha venido ejerciendo la función que constituye la potestad sobre el menor de edad; de la Audiencia Provincial Madrid, secc. 9ª, de 9 de mayo de 2014 (AC 2014,1397); de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 8ª, de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014,203955) daños psicológicos y morales ocasionados al conocerse la no paternidad biológica; de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 5ª, de 13 de junio de 2017 (AC 2017,1113) existe una situación clara de frustración y desasosiego de quien durante mucho tiempo ha tenido una relación, contacto y cariño con quien pensaba que era su hija, para luego enterarse que se trataba de un hijo ajeno y por tanto, desvinculado del mismo; de la Audiencia Provincial Ciudad Real, secc. 2ª, de 23 de abril de 2018 (AC 2018,1384) hay, sin duda, desengaño, frustración y afectación de la imagen y consideración social de no ser padre de quien pública y legalmente lo era; de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 13ª, de 25 de julio de 2018 (JUR 2018,218657) decepción, desilusión, sentimiento de pérdida y frustración que supone no ser realmente quien engendró a quien creía su hijo; de la Audiencia Provincial Girona, secc. 2ª, de 19 de abril de 2018 (JUR 2018,114596) impacto psíquico o emocional del actor que se creía padre de su hijo Elías, que ya cuenta 22 años; y, de la Audiencia Provincial Badajoz, secc. 2ª, de 19 de enero de 2023 (JUR 2023,208607).

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 7ª, de 9 de marzo de 2018 (JUR 2018,112998) ambos progenitores eran plenamente conocedores que el demandado no era el progenitor de la menor, y además de una sentencia de divorcio que fijaba una pensión de alimentos, había una sentencia penal que le condenaba por un delito de abandono de familia, por lo que entiende la Audiencia que la demanda, con su actuar, amparándose en la apariencia formal y no en la verdad materia, ha provocado la entrada en prisión del demandado, generándole unos daños psicológicos y morales que ha de ser resarcidos; y, en la sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18ª, de 29 de mayo de 2018 (JUR 2018,168065) el daño moral deriva simplemente del engaño de la madre, y no de la perdida de la relación con el hijo que se mantiene.

[112] JUR 2019,214532.

[113] JUR 2023,2071. Asimismo, en un supuesto de ocultación de la filiación no matrimonial la Audiencia Provincial Madrid, secc. 13ª, en su sentencia 180/2021 de 29 de abril (JUR 2021,232726) razonó que: "No cabe duda alguna que si uno de los miembros de la pareja realiza una conducta (en el presente caso ocultar las dudas sobre la paternidad) que causa un daño (frustración y dolor por la pérdida de la relación paternal considerada existente y del proyecto de vida en común con la menor) y que está causalmente relacionado, (pues si hubiera comunicado que había mantenido relaciones sexuales simultáneas en el tiempo también con otra persona, el hecho de haber asumido como propia la paternidad no se habría producido) y este actuar debe calificarse de culposo, pues no actuó con la diligencia que el caso requería, ya que se insiste, sabiendo que había mantenido relaciones sexuales cercanas en el tiempo con otra persona, no puede estimarse que cuando conoció que estaba embarazada, no tuviera duda sobre el origen de su estado, pues es una consideración que por inverosímil no puede aceptarse y los principios que rigen las relaciones interpersonales (lealtad, honradez) y las circunstancias de tiempo y lugar, (no estaban casados, libremente podía manifestar sus relaciones con un tercero) le imponían un comportamiento diferente, y al no hacerlo, es responsable del daño causado al recurrente".

[114] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18ª, de 29 de mayo de 2018 (JUR 2018,168065) el daño moral deriva simplemente del engaño de la madre y no de la perdida de la relación con el hijo que se mantiene.

[115] En esta línea, FARNÓS AMOROS, E. (2018). "Impugnaciones inesperadas, determinaciones tardías y abono de alimentos". En: R. Bárber Cárcamo, S. Quicios Molina y R. Verdera Server (coords.), *Retos actuales de la filiación*, Madrid: Tecnos, pp. 285-286. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 13ª, de 25 de julio de 2018 (JUR 2018,168065) mantiene relaciones personales el ex marido que impugnó la paternidad y el hijo de 8 años hasta entonces matrimonial, al quedar probado el vínculo afectivo existente

entre ambos; de ahí que, ante este hecho considere pertinente por la Audiencia rebajar la cuantía de la indemnización por daño de 10.000 a 3000 euros.

[116] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2013 (RJ 2013,7824).

[117] En esta línea, FARNÓS AMOROS, E. (2011). "Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad", *op. cit.,* p. 41-42.

[118] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 3ª, de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010,2303) a partir de 2002 se produjo un distanciamiento tan considerable entre Nuria y el actor que cuando éste, en 2005 presentó la demanda de impugnación de la filiación paterna, tales lazos, ya se habían roto por parte de aquélla —que además esta última, es de suponer, terminaría por extinguir—. Tal como había sucedido los acontecimientos, precisa la Audiencia, "ese estado de cosas se habría producido cualquiera que fuese la filiación de Nuria, que no jugó un papel importante en la génesis de los mismos, por lo que se desprende de autos, de manera que la pérdida en cuestión no fue una consecuencia inherente a las resultas del mentado proceso, salvo, en su caso, en lo concerniente a la querencia del actor hacia su supuesta hija".

[119] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial Cantabria, secc. 2ª, de 3 de marzo de 2016 (AC 2016,799); y, de la Audiencia Provincial Toledo, secc. 2ª, de 27 de junio de 2023 (JUR 2023,341208).

Asimismo, vid., PÉREZ GALLEGO, R. (2015). "Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica", *op. cit.,* p. 172.

[120] MURILLAS ESCUDERO, J.M. (2015). "La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal", *op. cit.,* p. 124; NEVADO CATALÁN, V. (2018). "Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad", *op. cit.,* p. 24. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial Alicante, secc. 2ª, de 3 de abril de 2008 (JUR 2008,234675) que concreta como factores a tener en cuenta para fijar la indemnización: la afectación psicológica cierta sufrida por el actor o la imposibilidad de seguir manteniendo relaciones con la menor, pero también el escaso tiempo de convivencia del actor con la menor, máxime cuando la mitad lo fue a través del régimen de visitas que siguió a la separación, y la no excesiva duración de todo el proceso que tuvo lugar hasta la certeza de ello. Es por lo que fija en concepto de daños psicológicos y morales la sima de 35.000 euros; de la Audiencia Provincial Castellón, secc. 1ª, de 12 de junio de 2014 (JUR 2014,198469); de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 11ª, de 13 de noviembre de 2014 (AC 2015,228) que entre los parámetros objetivos a valorar hay que destacar: la duración de la relación paterno-filial, la edad del menor, el vínculo afectivo existente, las consecuencias psicológicas; y, de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 13ª, de 25 de julio de 2018 (JUR 2017,218657) en orden a la determinación de la cuantía del "daño moral" han de tenerse presente las circunstancias del caso: a) En todo momento el actor fue ajeno al hecho cierto de que no era el padre biológico; b) Habían trascurrido unos 8 años desde el nacimiento del niño cuando supo toda la verdad "biológica"; habiéndose creado durante ese tiempos los naturales y lógicos vínculos de afectividad entre ambos y planteado un proyecto de vida familiar que incluía como es natural al niño, que se han visto frustrados, provocado esa pérdida de afectos y el vacío emocional antedicho.

[121] La sentencia de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 7ª, de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004,1994) fija la cantidad más elevada hasta la fecha, un total de 100.000 en concepto de daños morales que deben satisfacer solidariamente ambos demandados, pues el dolo en el ocultamiento de la no paternidad puede ser reprochable moralmente en mayor medida a la que era su esposa, pero jurídicamente lo es a los dos por igual; en otras se ha concretado la cuantía en la cifra de 40.000 euros: las sentencias de la Audiencia Provincial Ciudad Real, secc. 2ª, de 23 de abril de 2018 (AC 2018,1384); y, de la Audiencia Provincial Girona, secc. 2ª, de 19 de abril de 2018 (JUR 2018,114596); 30.000 euros; sentencias de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 2ª, de 3 de abril de 2008 (JUR 2008,234675); de la Audiencia Provincial León, secc. 2ª, de 2 de enero de 2007 (JUR 2007,59972) y 16.200 por enriquecimiento injusto;

de la misma Audiencia, secc. 1ª, de 30 de enero de 2009 (JUR 2009,192431); de la Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife, secc. 3ª, de 16 de octubre de 2009 (JUR 2010,79320); de la Audiencia Provincial Alicante, secc. 5ª, 14 julio 2011 (AC 2011,1537); de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 11ª, de 13 de noviembre de 2014 (AC 2015,228); de la Audiencia Provincial Castellón, secc. 1ª, de 12 de junio de 2014 (JUR 2014,198469); y, de la Audiencia Provincial Cantabria, secc. 2ª, de 3 de marzo de 2016 (AC 2016,799) entre otras; 25.000 euros: las sentencias de la Audiencia Provincial Alicante, secc. 6ª, de 16 de enero de 2013 (JUR 2013,150976); y de la Audiencia Provincial Badajoz, secc. 3ª, de 5 de septiembre de 2017 (JUR 2017,245685); 15.000 euros: las sentencias de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18ª, de 16 de enero de 2007 (JUR 2007,323682); de la Audiencia Provincial Murcia, secc. 5ª, de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010,60) 16.692 euros por daños patrimoniales; de la Audiencia Provincial Jaén, secc. 1ª, de 9 de marzo de 2015 (JUR 2015,129380); y de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 5ª, de 13 de junio de 2017 (AC 2017,1113); 12.000 euros: sentencia de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 7ª, de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007,340366) el engaño no duró más de un año; 8.000 euros: sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 13ª, de 25 de julio de 2018 (JUR 2018,218657); 5.000 euros: sentencia de la Audiencia Provincial Alicante, secc. 6ª, de 10 de diciembre de 2012 (JUR 2013,116337); 4.000 euros: sentencia de la Audiencia Provincial Madrid, secc. 9ª, de 9 de mayo de 2014 (AC 2014,1397); y, 3.000 euros: sentencias de la Audiencia Provincial Asturias, secc. 5ª, de 18 de mayo de 2012 (JUR 2012,190526); de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18ª, de 29 de mayo de 2018 (AC 2018,168065); y, de la Audiencia Provincial Las Palmas, secc. 5ª, de 25 de mayo de 2022 (JUR 2023,2071) teniendo en cuenta que el engaño se mantuvo durante más de dos años (si unimos la edad de la menor al tiempo de conocerse dicha farsa unido al de gestación) y que dicho tiempo es más que suficiente para crear intensos lazos afectivos entre quien aparecía como padre y la hija de la demandada entendemos que la indemnización postulada por el actor (25.000 euros) resulta adecuado.

[122] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 17ª, de 27 de octubre de 2011 (JUR 2015,4436) se aporta informes de infartos sufridos; si bien no se ha acreditado que, los mismos, fueran ocasionados como consecuencia de tener conocimiento que el hijo no era suyo; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6ª, de 16 de octubre de 2017 (AC 2018,1076) falta de acreditación de daños y perjuicios; pues, se han producido distintas circunstancias que ponen en duda el informe médico emitido a propuesta del demandante.

[123] AC 2018,1384.

[124] VELA TORRES, P.J. (2019). "Ocultación de la paternidad e indemnización por daños morales", *Diario LA LEY, número 9375, sección Comentarios de Jurisprudencia, de 12 de marzo*, p. 4.

[125] MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2021). "Daños moral por ocultación de la paternidad: hacia la puesta en valor de la relación paterno-filial", *op. cit.,* p. 290.

[126] CASAS PLANAS, Mª. D. (2021). "De nuevos sobre la indemnización por daño moral y patrimonial por la ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)", *op. cit.,* p. 473.

[127] GÓMEZ LIGŰERRE, C. (2017). "Concepto de daño moral", *op. cit.,* p. 36.

[128] GÓMEZ LIGŰERRE, C. (2017). "Concepto de daño moral", *op. cit.,* pp. 41-42.

[129] La asunción del coste de la prueba de paternidad en un 50% por ambos cónyuges, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 2ª, de 3 de abril de 2008 (JUR 2008,234675); y, de la misma Audiencia Provincial, secc. 5ª, de 13 de junio de 2017 (JUR 2017,221073); y, la asunción de la totalidad del coste por la ex esposa, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial Girona, secc. 2ª, de 19 de abril de 2018 (JUR 2018,114596).

[130] MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). "Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo", *op. cit.,* p. 254.

[131] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. Única, de 30 de septiembre de 2003 (JUR 2003,244422) entre los daños resarcibles no se encuentra los daños

causados por infidelidades, abandonos o ausencia de lealtad en las relaciones personales, amistosas o amorosas, pues, tales supuestos entran en el terreno de lo extrajurídico, no debiendo proliferar categorías de daños morales indemnizables que encarnen intereses que no sean jurídicamente protegibles y en los que el derecho no debe jugar papel alguno, ni debe entrar a tomar partido. Si bien, es cierto que los deberes de ayuda y socorro mutuos que materialmente pueden entenderse como alimentación, sino de otros cuidados de orden ético y afectivo, se trata de deberes incoercibles que no llevan aparejada sanción económica alguna —con excepción del deber de alimentos, que en este caso no fue incumplido— sino, como decimos, son contemplados exclusivamente como causa de separación, divorcio y desheredación.

[132] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9ª, de 6 de noviembre de 2017 (JUR 2018,111191) no procede la acción dirigida por quien se creía padre biológico de los hijos habidos en el propio matrimonio contra el verdadero padre, pues, el demandado carece de posesión de estrado, es ajeno al círculo familiar y un extraño para los menores, no tiene obligación de irrumpir en la familia legalmente constituida planteando una demanda de filiación, ni le era exigible haber hecho unas pruebas de paternidad de espaldas al actor. Es el hecho mismo de la falta paternidad descubierta la que genera daño moral, no su ocultación cuando nada trasciende al presunto padre.

[133] CASAS PLANES, Mª.D. (2021). "De nuevo sobre la indemnización por daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)", *op. cit.,* p. 471.

[134] Vid., por todos, DE LA CÁMARA, M. (2000) "Comentario al artículo 112 a 114 del Código Civil". En: M. Albaladejo (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, T. I*, 2ª ed., Madrid: Edersa, p. 175; NANCLARES VALLE, J. (2011). "Comentarios al artículo 112 del Código Civil", *Código Civil comentado, vol. I,* Pedro De Pablo Contreras y Rosario Valpuesta Fernández (coords.), Navarra: Civitas Thomson Reuters, p. 601; GARCÍA VICENTE, J.R. (2001). "La impugnación de la paternidad matrimonial en el Código Civil: en particular, algunas dudas de constitucionalidad sobre su *dies a quo* de ejercicio", *Derecho Privado y Constitución, núm. 15*, p. 111; RIBOT IGUALADA, J. (2006). "Nota crítica a DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Aranzadi Thomson, Cizur Menor, 2006, 254 pp.", *Anuario de Derecho Civil, T. LIX, Fasc. IV, octubre-diciembre*, p. 1888 precisa que "así las cosas, este tipo de pretensiones no se configuran habitualmente como acciones de daños. Entre otras cosas, porque ello impone un juicio de imputabilidad subjetiva y de causalidad que, las más de las veces hace inviable el recurso en vía de regreso". Por lo que "el remedio adecuado parece ser la acción de enriquecimiento injustificado, si bien esta tampoco está exenta de problemas, especialmente, cuando quien la ejerce no es el otro progenitor, sino un tercero (*v.gr.* el padre putativo) con quien el menor había convivido"; ÁLVAREZ OLALLA, P. (2015). "Daños causados al progenitor a consecuencia de la impugnación de la paternidad", *op. cit.*, p. 8 manifiesta que, "no debería vedarse a ultranza la posibilidad de reclamar la devolución de las cantidades abonadas como mantenimiento del menor en caso en los que la conducta de los demandados haya sido especialmente reprochable y contraria al principio de buena fe". No obstante, a reglón seguido, añade que "lo cierto es que la exigencia de una especial intencionalidad al respecto nos sitúa más bien ante la acción de responsabilidad civil, que ante las acciones de enriquecimiento".

En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 5ª, de 13 de junio de 2017 (AC 2017,1113).

[135] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial León, secc. 2ª, de 2 de enero de 2007 (JUR 2007,59972); de la Audiencia Provincial Ciudad Real, secc. 2ª, de 29 de febrero de 2012 (AC 2012,359); y, de la Audiencia Provincial Granada, secc. 5ª, de 13 de junio de 2014 (AC 2014,1628).

Por su parte, con respecto al artículo 1896 párrafo primero del Código Civil, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de mayo de 2024 (Roj. STS 2534/2024; ECLI:ES:TS:2024:2534) declara que el devengo de intereses se produce desde el momento en

que el demando cobró lo indebido y no desde que le intimó al pago, pues, el régimen del citado primer párrafo del artículo 1896 del Código Civil es incompatible con el de los artículos 1101 y 1108 del Código Civil.

[136] Vid., RIVERO HERNÁNDEZ, FCO. (1991). "Comentario al artículo 112 del Código Civil", *Comentario del Código Civil, T.I,* Madrid: Secretaria General Técnica. Ministerio de Justicia, p. 438.

[137] Vid., VERDERA SEVER, R. (2013). "Comentario al artículo 112 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T.I*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 1173.

[138] LA LEY 55079,2015. Los hechos sobre los que sustenta el presente caso: Don Domingo contrajo matrimonio con Doña Natalia el día 1 de septiembre de 1985. Trascurridos dieciocho años de matrimonio y como consecuencia del deterioro de la relación conyugal, decidieron de común acuerdo separarse de mutuo acuerdo. En la sentencia de separación de 29 de enero de 2003, previo convenio regulador de 14 de noviembre de 2002, se adoptó como medida el pago de una pensión de alimentos a favor de la menor de 300 euros que, debería abonar Don Domingo mensualmente, así como un régimen de visitas. El pago de la pensión de alimentos se hizo efectivo desde el inicio del convenio regulador (diciembre 2002). Tres años más tarde se concedió el divorcio a Don Domingo. Ante la duda de ser padre biológico de la menor, Don Domingo practicó las pruebas de paternidad. A resultas de las mismas se interpuso demanda de impugnación de la filiación matrimonial que fue estimada por sentencia de 24 de septiembre de 2008 y confirmada por la Audiencia Provincial de Cuenca en sentencia de 23 de marzo de 2009. Don Domingo reclama a Doña Natalia los alimentos que ha venido pagando desde el inicio del convenio regulador —diciembre 2002— hasta el 23 de marzo de 2009, fecha en la que se declaró judicialmente la inexistencia de relación filial alguna. En total, 19.285,82 euros. La demanda se fundamenta en el artículo 1895 y concordantes del Código Civil, indicando que se ejercita acción de cobro de lo indebido.

[139] Formulan voto particular los Magistrados Excmos. Sres. D. Antonio Salas Carceller y Don Francisco Javier Orduña Moreno al amparo de los previsto en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la LEC. Al respecto alegan que "(…) debe precisarse que el moderno Derecho de familia, referenciado en la Constitución española y las reformas realizadas, se ha profundizado tanto en la responsabilidad familiar que individualmente asume cada cónyuge, como en la diferenciabilidad de sus respectivas responsabilidades de índole patrimonial; todo ello, conforme al principio de igualdad jurídica que informa "plenamente", a los cónyuges tanto para promover matrimonio como para desarrollar las relaciones familiares, sin dispensa o pretexto alguno al respecto. Esta razón de exigibilidad de la responsabilidad familiar que individualmente asume cada cónyuge, así como de la diferenciabilidad de su respectiva responsabilidad patrimonial, resulta predicable de cada uno de los institutos de Derecho de Familia que la sentencia toma en consideración. Así, y en síntesis, respecto de las propias relaciones de paternidad en donde la sentencia reconoce expresamente, la base "principal" que tiene la verdad biológica en materia de filiación, cuya responsabilidad derivada asume cada cónyuge y no los hijos beneficiados por la relación de filiación, como ocurre en el presente caso, donde la reclamación económica no se dirige contra la hija, ni se cuestionan los beneficios obtenidos por ella en dicha relación. Del mismo modo, respecto del derecho de alimentos que, forma parte del contenido básico de la filiación y se encuentra ligado, necesariamente, con la condición de padre o madre (artículo 110 del Código Civil) que le sirve de fundamento. De forma que, aunque el derecho de alimentos quede integrado, a su vez, en la relación de patria potestad y su peculiar régimen legal, no es menos cierto que, por ello pierda su carácter genuinamente patrimonial que se deriva de su propia naturaleza, sobre todo cuando su toma de razón no es otra que el carácter debido o indebido de su pago; cuestión claramente diferenciable de la función o finalidad asistencial que personalmente informe a la obligación de prestar alimentos respecto de los hijos, auténticos beneficiarios de la misma, como se ha señalado. En parecidos términos, respecto del alcance declarativo y, por tanto, *ex tunc*, que acompaña o caracteriza el ejercicio de la acción de impugnación

de filiación matrimonial, que necesariamente declara la ausencia del presupuesto causal de la filiación desde su inicial determinación, sin intervalos o espacios intermedios al respecto. Impugnada con éxito la filiación matrimonial, la consecuencia innegable que se deriva es que el marido no tuvo nunca la condición de padres respecto del hijo. Alcance cuya retroacción de efectos, si bien permite cierta modulación como señala la sentencia (artículo 180.3 del Código Civil) lo es en consideración, exclusivamente, de la posición jurídica del menor afectado, no respecto de la posición de la madre y su posible responsabilidad en la falsa determinación inicial de la paternidad, o en las consecuencias derivadas de su propia patria potestad respecto con su hijo. En todo caso, si no bastara con las anteriores razones en pro de la debida exigencia de la responsabilidad patrimonial de la mujer respecto de una obligación de alimentos que cobró, sin causa para ello, y con incumplimiento de su deber de patria potestad a prestarlos íntegramente, debe tenerse en consideración que su comportamiento, acreditado en el presente caso, constituyó una vulneración frontal y directa al principio general de buena fe, tanto en su manifestación nuclear, como en sus respectivas aplicaciones (artículos 7.1 y 1258 del Código Civil). En efecto, convenció a su marido para que se sometiera a un sufrido y costoso tratamiento de fertilidad, para acto seguido, tener las relaciones extramatrimoniales que dieron lugar al nacimiento de su hija. Comportamiento doloso, a todas las luces, que debió reforzar la pretensión restitutoria que aquí se reclama pues, en caso contrario, se premia la impunidad de actuación y la ausencia de responsabilidad tanto respecto de ella, como del verdadero progenitor, al cual ya no se le podrá reclamar el pago de estos alimentos que el marido realizó, si causa y de forma indebida".

Para ESPIN ALBA, I. (2016). "Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental", *op. cit.*, p. 3471 la conclusión más importante del voto particular es que ""una solución como la adoptada por la presente sentencia no solo impide el resarcimiento del daño frente a la madre, sino también frente al verdadero padre, en el caso de que llegara a ser conocido". Esta situación puede llevar a que, erróneamente, se vea en la demanda de daños morales, la única salida para obtener algún resarcimiento".

Por su parte, MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). "Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo", *op. cit.*, pp. 274-275 después de manifestar que en su opinión la sentencia de 2015 resolvió correctamente la cuestión tal y como se planteó, discrepan del voto particular en lo referente a que la desestimación de la acción de cobro de lo indebido contra la madre "implique necesariamente excluir también la posibilidad de reclamar esas pensiones al padre biológico, en caso de que llegue a ser declarado padre legal". No obstante, añade que de ello "no se sigue que el padre putativo carezca de acción para reclamar lo abonado a quien de hecho se ahorró lo que hubiera tenido que pagar de no haber pagado él".

[140] Vid., en esta línea, las sentencias de la Audiencia Toledo, secc. 2ª, de 7 de noviembre de 2002 (JUR 2003,42414); de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 8ª, de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014,203955); y, de la Audiencia Provincial Granada, secc. 5ª, de 13 de junio de 2014 (AC 2014,1628).

[141] Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial Toledo, secc. 2ª, de 7 de noviembre de 2002 (JUR 2003,42414) se deniega la devolución de 6000 euros reclamados por el *ex* marido con fundamento en el artículo 1895 del Código Civil porque no se acredita la existencia de dolo o mala fe en la madre. Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial Burgos, secc. 2ª, de 16 de febrero de 2007 (JUR 2007,217448). Para la restitución de alimentos por cobro de lo indebido (artículo 1895) no requiere como presupuesto un criterio de imputación subjetiva en el *accipiens*.

[142] En la línea de los Magistrados que firman el voto particular, MUÑOZ GARCÍA, C. (2017). "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015. Reembolso de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos tras declarase la inexistencia de la relación paterno-filial". En: M. Yzquierdo Tolsada (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil, vol. 9*, pp. 642-643 después de manifestar que "cuando la sentencias de la Audiencia y del Tribunal Supremo estiman que no hay cobro de

lo indebido mientras no se declare la inexistencia de la relación paterno-filial, lo que quieren es buscar una fundamentación jurídica *ad hoc* que justifique lo que querían resolver, que no era otra cosa que, la desestimación del reembolso de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos", precisa que "lo que sí cree, sinceramente, es que cuando hay ocultación de la paternidad y se pagan alimentos tras la ruptura, con base en la obligación legal de dar alimentos a los hijos, se está produciendo un cobro de lo indebido con el consiguiente enriquecimiento de quien ocultó la verdad y que tendrá que haber cubierto las necesidades de la menor en solitario, o hacer partícipe de ellas al verdadero padre". Ello no obsta, concluye la autora para que "reclame a la madre que, ocultó la verdad biológica, la reparación de los daños y perjuicios causados al amparo del artículo 1902 del Código Civil, cuando concurran los requisitos que configuran la responsabilidad civil" (p. 648).

[143] UREÑA MARTÍNEZ, M. (2019). "La ocultación de la paternidad matrimonial no genera daño moral ni patrimonial resarcible ex artículo 1902 del Código Civil", *op. cit.,* p. 237 entiende que resulta correcta esta argumentación del Tribunal Supremo en el sentido que ""la indebida" prestación alimenticia —que el falso padre abona al hijo, mientras se mantiene la presunción de paternidad matrimonial— no se considera un daño patrimonial resarcible ex artículo 1902 del Código Civil por los argumentos señalados con anterioridad: los alimentos se abonaron en cumplimento de una obligación legal, y se han consumidos para satisfacer las necesidades del menor". Asimismo, LÓPEZ CRUZ, L. (2019). "Responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad. Comentario a la STS 13 noviembre 2018", *op. cit.,* p. 232 destaca que, el interés casacional de esta sentencia estriba "por un lado, en la protección del interés superior del menor, que se prioriza pese a la no coincidencia de la paternidad aparente y la biológica, y por otro, en el juego que se le da a la presunción matrimonial, pues, mientras ésta no es judicialmente desvirtuada despliega todos sus efectos como su de verdadera paternidad biológica se tratase y tales efectos no se verán alterados *a posteriori* aunque se constate filiación distinta". Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, de 14 de marzo de 2019 (AC 2019,956) no procede derecho de alimentos pues ya existía por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio; y, como consecuencia de esa apariencia de paternidad, el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían; de la Audiencia Provincial Jaén, secc. 1ª, de 18 de julio de 2019 (JUR 2020,23987); y, de la Audiencia Provincial Las Palmas, secc. 3ª, de 22 de marzo de 2021 (JUR 2021,361364).

[144] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial Pontevedra, secc. 3ª, de 13 de diciembre de 2006 (JUR 2007,38139); de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 1ª, de 16 de enero de 2007 (JUR 2007,323682); de la Audiencia Provincial Burgos, secc. 2ª, de 16 de febrero de 2007 (JUR 2007.217448); de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 7ª, de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007/340366); de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18ª, de 16 de enero de 2007 (JUR 2007,323682); y de la Audiencia Provincial Girona, secc. 2ª, de 19 de abril de 2018 (JUR 2018,114596) que cifra la cantidad en 106.769,68 euros.

[145] Considerando que procede la devolución de las cantidades en aplicación de la doctrina del cobro de lo indebido, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18ª, de 22 de julio de 2005 (JUR 2006,163268) desde la fecha de la interposición de la demanda de impugnación; de la Audiencia Provincial León, secc. 2ª, de 2 de enero de 2007 (JUR 2007,59972); de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 2ª, de 3 de abril de 2008 (JUR 2008,234675) tras la sentencia de separación matrimonial; de la Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife, secc. 3ª, de 16 de octubre de 2009 (JUR 2010,79320) la condena al padre biológico, cuya paternidad había sido determinada al pago de 9.120 euros en concepto de alimentos asumidos por el actor; de la Audiencia Provincial Asturias, secc. 6ª, de 28 de septiembre se 2009 (JUR 2009,460702); de la Audiencia Provincial Murcia, secc. 5ª, de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010,60) desde la sentencia de separación; de la Audiencia Provincial Asturias, secc. 5ª, de 15 octubre 2010 (JUR 2010,391646); de la misma Audiencia y sección, de 18 de mayo de 2012 (JUR 2012,190526); y de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 5ª, de 13 de junio de 2017 (AC 2017,1113). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial Tarra-

gona, secc. 1ª, de 13 de abril de 2005 (JUR 2005,172541) precisa la imposibilidad de reclamar cantidades devengadas con anterioridad al establecimiento de la pensión. Así señala que "el criterio general es que la prestación voluntaria de alimentos por un obligado es irrepetible, en cuanto supone el cumplimiento de una obligación legal y ninguna norma le reconoce el derecho al reintegro por carecer de la acción correspondiente a tal reclamación. Esto concuerda con la norma del Código Civil común (artículo 148) y del Codi Familia catalán (artículo 262) coincidentes en el sentido de prohibir la petición de alimentos pasados, con anterioridad a la reclamación judicial, al estar concebida esta prestación para cubrir necesidades presentes y futuras, de modo que, la reclamación determina la efectividad de la prestación. El derecho a percibir pensiones solo surge desde la reclamación, que constituye así un requisito de eficacia de la prestación. Mientras no se reclame alimentos no surge la deuda relativa a una pensión y la persona que los ha prestado como obligada no puede solicitar pensiones correspondientes a tiempo anterior".

En esta línea, MURILLAS ESCUDERO, J.M. (2015). "La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal", *op. cit.,* p. 124; FARNÓS AMOROS, E. (2018). "Impugnaciones inesperadas, determinaciones tardías y abono de alimentos", *op. cit.,* pp. 278 y 280 tras afirmar que "la madre podría verse obligada a devolver las cantidades pagadas por el padre legal tras la separación de hecho o tras la sentencia o convenio de separación o divorcio que le impone una pensión de alimentos a favor de la menor", precisa que "en estos casos, la acción debería poder retrotraerse al momento del nacimiento del menor si, además del dolo de la parte demandada, consiguen probarse los pagos realizados por el actor desde ese momento".

[146] Consideran que existe una obligación de pago mientras se mantiene el vínculo de la filiación y los alimentos se entienden consumibles, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial Toledo, secc. 2ª, de 7 de noviembre de 2002 (JUR 2003,42414) el pago realizado entre los años acotados hasta la fecha de la sentencia que declara la no paternidad, lo es en cumplimiento de una sentencia que lo determina; de la Audiencia Provincial Ciudad Real, secc. 2ª, de 29 de febrero de 2012 (AC 2012,359); de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 8ª, de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014,203935); de la Audiencia Provincial Castellón, secc. 1ª, de 12 de junio de 2014 (JUR 2014,198469); de la Audiencia Provincial Granada, secc. 5ª, de 13 de junio de 2014 (AC 2014,1628); de la Audiencia Provincial Jaén, secc. 1ª, de 9 de marzo de 2015 (JUR 2015,129380); de la Audiencia Provincial Alicante, secc. 9ª, de 6 de noviembre de 2017 (JUR 2018,111191) rechaza la pretensión resarcitoria al amparo de los artículos 1895 y 1902 del Código Civil; de la Audiencia Provincial Murcia, secc. 4ª, de 22 de marzo de 2018 (JUR 2018,151429) demanda del actor contra la madre y el padre biológico de una menor de cuatro años; de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18ª, de 29 de mayo de 2018 (JUR 2018,168065); de la Audiencia Provincial Madrid, secc. 11ª, de 7 de febrero de 2022 (JUR 2022,140872); 140872); y, la sentencia de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 8ª, de 22 de diciembre de 2023 (Roj. SAP V 3897/2023; ECLI:ES:APV:2024:3897).

No obstante, la sentencia de la Audiencia Provincial Toledo, secc. 2ª, de 7 de noviembre de 2002 (JUR 2003,42414) justifica la no procedencia del cobro de lo indebido en que no se ha acreditado la existencia de dolo o mala fe en los momentos periódicos en que percibió los alimentos, cuando se exige ningún juicio de imputación para la operatividad del cobro de lo indebido en estos casos.

[147] YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018). "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018. Ocultación al marido de la verdadera paternidad. Consecuencias para el Derecho de familia y para la responsabilidad civil", *op. cit.,* pp. 417-418. Por su parte, FERRER RIBA, J. (2018). "Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión", *Retos actuales de la filiación*, Madrid: Tecnos, p. 301 va más allá y entiende que "parece razonable, en este punto, permitir la acción de reembolso contra el progenitor legalmente determinado, por el importe que dejó de abonar gracias a la contribución del *solvens,* y también contra el otro, con el mismo alcance retroactivo que la ley establezca para la reclamación de

alimentos debidos a los hijos menores de edad (esto es, desde que dicho progenitor conoció o pudo conocer razonablemente su condición como tal)".

[148] YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018). "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018. Ocultación al marido de la verdadera paternidad. Consecuencias para el Derecho de familia y para la responsabilidad civil", *op. cit.,* p. 421.

[149] RJ 2016,4457 y RJ 2016,4844. La primera considera que "el artículo 148.1 del Código Civil establece una mínima retroactividad hasta la fecha de la interposición de la demanda y no desee una posible reclamación extrajudicial, por un determinado periodo, como ocurre en el Código Civil de Cataluña, siendo así que hasta ese momento los alimentos ya se han prestado o han sido atendido por quien los reclama y como tales se han consumido, desapareciendo la necesidad", a lo que añade que "se trata, sin embargo, de una previsión legal establecida en beneficio del alimentante que atiende a la especial naturaleza de la deuda alimenticia y a un momento en que este conoce su deber de prestación frente al alimentista que ha dejado de cumplir y que finalmente le impone la sentencia. La reclamación fija el momento a partir del cual el deudor interpelado por el acreedor no paga, incumple la obligación que le impone la ley de abonar una prestación alimenticia que hasta ese momento ha sido cubierta. Y si el alimentista carece de acción para ampliar su reclamación a un momento anterior, porque lo impide el artículo 148, con mayor motivo no la tendrá su madre a través de la acción de reembolso ejercitada al margen de las reglas propias que resultan de la obligación de proveer alimentos en orden a satisfacer las múltiples necesidades de los hijos. Puede haber, sin duda, una obligación moral a cargo de quien finalmente es declarado padre, pero lo cierto es que la ley no concede acción para pedir el cumplimiento de un deber de esta clase y considera, igualmente, justo negar acción para compensar una situación que pude considerarse injusta" (*Fundamento de Derecho 3º*). La segunda indica al respecto que lo que el legislador ha querido con tal disposición "es proteger al deudor de alimentos, evitando que le sea reclamada una cantidad elevada de dinero (hasta cinco años de pensiones, a tenor del artículo 1966.1ª del Código Civil) a quien podía desconocer o dudar razonablemente que era, o por qué importe era, deudor de alimentos. Así lo ha explicado la doctrina científica más autorizada en la materia (*Fundamento de Derecho 3º, número 6*).

[150] En todo caso, frente a esta limitación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la exigibilidad de los alimentos debidos a los hijos menores de edad a los devengados a partir de la fecha de la demanda de su reclamación en aplicación del artículo 148.1 del Código Civil, FERRER RIBA, J. (2018). "Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión", *op. cit.*, p. 300 le parece oportuna "la introducción de una regla específica para los alimentos debidos a los hijos menores de edad, que permitiera la reclamación a todo progenitor —salvando los efectos de la prescripción— desde que conoció o pudo conocer su condición de tal, con independencia del momento de determinación de la filiación y de la reclamación judicial o extrajudicial de los mismos". Asimismo, FARNÓS AMORÓS, E. (2018). "Impugnaciones inesperadas, determinaciones tardía y abono de los alimentos", *op. cit.,* p. 293 defiende la necesidad de modificar el artículo 148.1 del Código Civil, pues tal como está redactado en la actualidad "no solo desprotege a las madres solas, sino que es contraria al interés superior del menor".

[151] En esta línea, el artículo 240-9 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil al disponer que "*1. La obligación a dar alimentos es exigible desde que los necesite para subsistir la persona que tiene derecho a percibirlos, pero no se abonan sino desde la fecha de reclamación judicial o extrajudicial; 2. En el caso de los alimentos a los hijos menores pueden solicitarse los anteriores a la reclamación judicial o extrajudicial, salvo que el deudor desconociera su paternidad. En este último caso se abonarán desde la reclamación judicial*".

[152] En esta línea, MARTÍN CASALS, M., y RIBOT IGUALADA, J. (2019). "Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo", *op. cit.,* p. 276: DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2017). "El valor de los deberes personales entre los cónyuges: incumplimiento del deber de fidelidad". En: J.A. García

Amado (dir.), P. Gutiérrez Santiago y M. Ordás Alonso (coords.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Madrid: La Ley, pp. 58-59.

[153] RJ 2020,5137.

[154] RJ 2015,4486.

[155] RJ 2005,8274.

[156] RJ 2012,10118.

[157] RJ 1980,4732.

[158] RJ 2000,6686.

[159] RJ 2003,2723.

[160] RJ 2006,874.

[161] RJ 2020,5734.

[162] JUR 2023,390959.

[163] RJ 1992,2315.

[164] RJ 2016,1327.

[165] RJ 2012,578.

[166] RJ 2010,6574.

[167] RJ 1992,2315.

[168] RJ 2010,7140.

[169] RJ 2016,1327.

[170] RJ 2015,4486.

[171] RJ 1996,9021.

[172] RJ 1999,1055.

[173] RJ 1985,5898.

[174] RJ 1998,7902.

[175] RJ 1990,1664.

[176] RJ 1994,10111.

[177] RJ 1996,9021.

[178] RJ 1997,3672.

[179] RJ 1985,4840.

[180] RJ 2003,2723.

[181] RJ 2006,2341.

[182] RJ 2007,2396.

[183] RJ 2015,4486.

[184] RJ 2012,10118.

[185] RJ 2015,4486.

[186] RJ 2023,5473.

[187] RJ 2015,613.

[188] TORRES MARCO, M. (2022). "¿Es la ocultación de la paternidad biológica un daño indemnizable?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año XCVIII, número 789, enero-febrero*, p. 454.

[189] CASAS PLANES, Mª. D. (2021). "De nuevo sobre la indemnización del daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)", *op. cit.,* pp. 505-506.

[190] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de enero de 2015 (RJ 2015,266); de 2 de febrero de 2015 (RJ 2015,488); y, de 3 de marzo de 2015 (RJ 2015,603) entre otras.

Para YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018). "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018. Ocultación al marido de la verdadera paternidad. Consecuencias para el Derecho de familia y para la responsabilidad civil", *op. cit.,* p. 414 este recordatoria "se antoja innecesario, pues existe una infinidad de sentencias del Tribunal Supremo precisamente en torno al *dies a quo* o al cómputo del plazo".

[191] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de octubre de 2009 (RJ 2009,5817) distinguiendo entre el daño continuado y el daño duradero o permanente, que

es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado, pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado.

[192] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2019 (RJ 2019,4474) distingue entre daños permanentes y daños continuados. El daño duradero o permanente "es el que se produce en un momento determinado, pero persiste a lo largo del tiempo, con la posibilidad, incluso de agravarse por factores ajenos a la acción u omisión del demandado. En cado de daño duradero o permanente el plazo de ejercicio comenzará a correr "desde que lo supo el agraviado" como dispone el artículo 1968.2 del Código Civil, es decir, desde que el afectado tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante pronóstico razonable. De otro modo, se daría la hipótesis de absoluta imprevisibilidad de la acción, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución Española y fundamento, a su vez, de la prescripción y la caducidad. En cambio, los daños continuados, esto es, lo de producción sucesiva causados por una conducta continuada en el tiempo, no se inicia el cómputo del plazo de presunción hasta la producción del resultado definitivo. Si bien, ha de matizarse que esto es así, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la producción de los daños". (*Fundamento de Derecho 3º*).

Por su parte, en la línea de la doctrina establecida en esta sentencia de 14 de julio de 2010, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 17ª, de 27 de octubre de 2011 (JUR 2015,4436); de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 5ª, de 21 de septiembre de 2012 (JUR 2012,353634); de la Audiencia Provincial Cantabria, secc. 2ª, de 3 de marzo de 2016 (AC 2016,799); y, de la Audiencia Provincial Pontevedra, secc. 6ª, de 22 de septiembre de 2016 (JUR 2016,227006).

[193] Para MARTÍNS CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). "Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo", *op. cit.*, p. 252 entienden que, en este punto, es importante destacar que fijar un *dies a quo* distinto para cada uno de los distintos perjuicios que provienen de un mismo hecho, no parece la solución más adecuada. Supone confundir el daño como interés jurídico protegido que justifica otorgar tutela aquiliana en estos casos con los perjuicios o concretas partidas resarcitorias que son consecuencia del daño y escindir la acción en tantas acciones como perjuicios resarcibles".

[194] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2010 (RJ 2010,5152) que fija para el comienzo de la fecha del cómputo la notificación de la resolución que declara firme la sentencia de impugnación; y, las sentencias de la Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife, secc. 3ª, de 5 de julio de 2002 (AC 2002,243519); de la Audiencia Provincial Madrid, secc. 24ª, de 11 de mayo de 2004 (AC 2004,259384); de la Audiencia Provincial Islas Baleares, secc. 3ª, 20 septiembre 2006 (JUR 2006/279201); de la Audiencia Provincial León, secc. 2ª, de 2 de enero de 2007 (JUR 2007,59972); de la Audiencia Provincial Murcia, secc. 5ª, de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010,60); de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 17ª, de 27 de octubre de 2011 (JUR 2015,4436); de la Audiencia Provincial Ciudad Real, secc. 2ª, de 29 de febrero de 2012 (AC 2012,359) de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 5ª, de 21 de septiembre de 2012 (JUR 2012,353634); de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 11ª, 13 noviembre 2014 (AC 2015,228); de la Audiencia Provincial Cáceres, secc. 1ª, de 8 de junio de 2016 (JUR 2016,172274); de la Audiencia Provincial Pontevedra, secc. 6ª, de 22 de septiembre de 2016 (JUR 2016,227006) el *dies a quo* del plazo prescriptivo en el momento de la notificación de la resolución que declara la firmeza de la sentencia que estima la impugnación; de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 5ª, de 13 de junio de 2017 (AC 2017,1113); de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 6ª, de 16 de octubre de 2017 (AC 2018,1076); y, de la Audiencia Provincial Toledo, secc. 2ª, de 27 de junio de 2023 (JUR 2023,341208).

En esta línea, FARNÓS AMORÓS, E. (2018). "Impugnaciones inesperadas, determinaciones tardía y abono de los alimentos", *op. cit.,* p. 284 indica que el momento en que recae la sentencia firme de impugnación "se considera un hecho objetivo que aporta mayor seguridad

jurídica, ya que permite elaborar un discurso basado en el carácter definitivo y oficial de la pérdida"; también CASAS PLANES, Mª. D. (2021). "De nuevo sobre la indemnización del daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)", *op. cit.*, p. 488.

[195] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 7ª, de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004,1994) valora como *dies a quo* el momento del conocimiento del resultado de las pruebas de ADN.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial Girona, secc. 2ª, de 19 de abril de 2018 (JUR 2018,114596) señala al respecto que una cosa es reconocer que la esposa fue infiel y otra muy distinta reconocer que fruto de esta relación extramatrimonial fuera concebido el hijo nacido constante matrimonio. Asimismo, en cuanto a la prescripción de la acción ratifica lo resuelto en la sentencia de instancia acreditando que el actor tuvo conocimiento que el hijo nacido en el matrimonio no era su hijo biológico, cuando se lo comunicó su hijo Elías en agosto de 2016, y la demanda se interpone en diciembre de 2016, no estando en consecuencia prescrita la acción ejercitada de conformidad con los establecido en el artículo 121-21.3 del Código Civil catalán que, fijaba un plazo de tres años para el ejercicio de la acción por responsabilidad extracontractual.

[196] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 5ª, de 10 de julio de2018 (JUR 2018,312234).

[197] Vid., las sentencias Audiencia Provincial Las Islas Baleares, secc. 3ª, de 20 de septiembre de 2006 (JUR 2006,279201); de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 5ª, de 21 de septiembre de 2012 (JUR 2012,353634); y, de la Audiencia Provincial Cuenca, secc. 1ª, de 8 de abril de 2013 (JUR 2013,184078).

[198] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial Burgos, secc. 2ª, de 16 de febrero de 2007 (JUR 2007,217448); de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18ª, de 23 de julio de 2009 (JUR 2009,464365); y, de la Audiencia Provincial Girona, secc. 2ª, de 19 de abril de 2018 (JUR 2018,114596).

[199] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de julio de 2017 (RJ 2017,4142) de nuevo dispone que "no existe duda que la presentación de la solicitud de conciliación, con ulterior admisión de la solicitud, interrumpe la prescripción". En cuanto a la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción tras la interrupción, la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 10 de septiembre de 2010 (RJ 2010,6966) sostiene que "es jurisprudencia de esta Sala que la interrupción de la prescripción implica la amortización del tiempo pasado, que se tiene por no transcurrido, de suerte que a partir de la interrupción hay que comenzar a computar de nuevo el plazo para que se cumpla el tiempo de prescripción". Dicha jurisprudencia es aplicada también por otras sentencias de este Alto Tribunal y Sala, como las de 16 de marzo de 2006 (RJ 2006,5430) y de 12 de junio de 2007 (RJ 2007,5567) al señalar la primera que tras la interrupción "el tiempo tiene que volver a comenzar a contarse para dar lugar, en su caso, a una nueva prescripción", así como que la "prescripción "inutiliza el tiempo transcurrido para el cómputo" mientras que la suspensión paraliza la prescripción; y al indicar la segunda que interrumpida la prescripción por haberse promovido acto de conciliación y celebrado éste sin avenencia "a partir de ese momento pudo ejercitarse nuevamente la acción". Asimismo, esta última resolución afirma que "el acto de conciliación instado por los actores-recurridos contra los demandados se celebró "sin avenencia" el día 14 de enero de 1994 y a partir de ese momento pudo ejercitarse nuevamente la acción de reclamación nacida desde el momento de la producción del hecho causante del daño, ya que para los actores resultaba evidente que la conciliación no había producido convenio o acuerdo alguno y que, por tanto, les quedaba como única salida la formulación de la demanda para la obtención de sus pretensiones resarcitorias". Más adelante concluye que "de conformidad con lo establecido en el artículo 479 de la anterior LEC, la presentación con ulterior admisión de la petición de conciliación interrumpirá la prescripción, pero el plazo legal de la misma comienza a correr de nuevo inexorablemente desde que el acto se da por terminado sin efecto al no haberse logrado avenencia".

Tal doctrina ha tenido su plasmación en el artículo 143 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción voluntaria al afirmar en su párrafo segundo que "el plazo para la prescripción volverá a computarse desde que recaiga decreto del Secretario Judicial —Letrado de la Administración de Justicia— o auto del Juez de Paz". Si bien, apuntan MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J. (2019). "Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo", *op. cit.,* p. 253 que, actualmente el plazo para la prescripción no se computa necesariamente desde la celebración del acto de conciliación.

[200] RJ 2001,6197.

[201] RJ 1997,4610.

[202] RJ 1999,748.

[203] RJ 2002,4981. Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial Las Palmas, secc. 5ª, de 25 de enero de 2005 (AC 2005,339); y, de la Audiencia Provincial Cádiz, secc. 1ª, de 17 de septiembre de 2022 (AC 2002,1929).

[204] RJ 2008, 5860.

[205] RJ 2015,2448.

[206] STS 3547/2024; ECLI:ES:TS:2024:3547.

[207] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 12ª, de 16 de enero de 2007 (JUR 2007,178240).

1.7. Concursal

La responsabilidad concursal de los administradores: principales aportaciones del operador jurídico*

The insolvency liability of the corporate directors: main contributions of the juridical operator

por

GEORGINA ÁLVAREZ-MARTÍNEZ

Prof. Permanente Laboral.

Universidad Complutense de Madrid (ROR 02p0gd045).

Facultad de Derecho.

ORCID (0000-0002-1123-553X)

RESUMEN: Con el fin de contribuir a la interpretación del régimen jurídico de la responsabilidad concursal de los administradores prevista en el artículo 456 TRLC, este trabajo abunda en sus antecedentes normativos, y en las principales aportaciones de la jurisprudencia y de la doctrina nacional.

ABSTRACT: To provide a contribution to the interpretation of the legal regimen of the insolvency liability of the corporate directors set out in art. 456 TRLC, this works is focused on its legislative backgrounds, and the main contributions of case law, as well as the national doctrine.

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad concursal, déficit, administradores sociales, liquidadores, Tribunal Supremo.

KEYWORDS: nsolvency liability, deficit, corporate directors, liquidators, Supreme Court.

* Este trabajo se encuentra en el marco del proyecto de investigación de referencia PID 2019-107487GB-100 (Ministerio de Ciencia e Innovación) sobre "Gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia", cuya investigadora principal es la profesora Juana Pulgar Ezquerra.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES: LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS AL 456 TRLC.—III. LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES: APORTACIONES DEL OPERADOR JURÍDICO EN LA DELIMITACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL. III.1. El art. 172.3 LC: contenido potestativo de la sentencia de calificación. III.2. El art. 172 bis LC. Responsabilidad concursal. III.3. Modificaciones al apartado 1. 172 bis LC. Responsabilidad concursal. III.4. El art. 456 TRLC. Condena a la cobertura del déficit.—IV. CONCLUSIONES.—V. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS. V.1. Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. V.2. Audiencias Provinciales.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

La responsabilidad concursal de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o de los directores generales de la persona jurídica concursada actualmente se concreta en la condena a la cobertura del déficit y está prevista en el art. 456 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante TRLC), cuyo tenor literal no ha sido modificado por la reforma del 2022[1]. El propio artículo —y sus antecedentes —ya ha sido objeto de autorizados comentarios en la doctrina, por lo que estas reflexiones no tienen por fin abundar en la exégesis completa del mismo. No obstante, con el objeto de contribuir en su interpretación, se abordarán en este estudio sus antecedentes legislativos, así como las principales aportaciones de la jurisprudencia y de la doctrina nacional.

II. LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES: LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS AL 456 TRLC

El art. 456 TRLC integra el capítulo relativo a la calificación del concurso y forma parte del contenido potestativo de la sentencia de calificación, en los siguientes términos:

"1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez, en la sentencia de calificación, podrá condenar, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial, del déficit a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación en la medida que la conducta de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia.

2. Se considera que existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores.

3. En caso de pluralidad de condenados a la cobertura del déficit, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo

con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.

4. En caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, el juez para fijar la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit, atenderá tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura".

El texto de esta norma tiene sus primeros antecedentes en el art. 172. 3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC) y, más tarde, en las reformas de 2011 y 2014 a la LC, que recogieron en buena medida aportaciones de la jurisprudencia y de la doctrina.

El art. 172.3 de la LC en su redacción original ordenaba en el marco de la regulación de la sentencia de calificación, y siempre que la sección hubiese sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, "condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa". Para hacer efectiva la condena que podía resultar de la aplicación de este artículo, el art. 48.3 LC autorizaba el embargo preventivo de los bienes y derechos de los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, o de quienes hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso [de la persona jurídica] cuando de lo actuado resultase fundada la posibilidad de que el concurso se calificara como culpable, y de que la masa activa fuese insuficiente para satisfacer todas las deudas.

Ley 38/2011, de 10 de octubre, suprimió este apartado tercero e introdujo un art. 172 bis bajo la rúbrica de "responsabilidad concursal" con cuatro apartados. Esta norma mantuvo el presupuesto de la formación o reapertura de la sección de calificación como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación a la potestad del juez para condenar a quienes hubiesen sido declarados personas afectadas por la calificación culpable. No obstante, se matizaron y añadieron los siguientes requisitos: se acordó que pudiesen ser condenados todos o algunos; se sumaron al conjunto de personas responsables los apoderados generales de la persona jurídica concursada; se precisó que los eventuales responsables hubieran sido declarados "personas afectadas por la calificación", y se concretó la condena "a la cobertura, total o parcial del déficit" (primer párrafo del apartado primero); se unió al presupuesto la reapertura de la sección sexta como consecuencia del incumplimiento del convenio, en cuyo caso se ordenaba al juez atender para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura (segundo párrafo apartado primero); para el caso de pluralidad de condenados se ordenó al juez "individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubiera determinado la calificación del concurso" (tercer párrafo apartado primero); se previó la legitimación para solicitar la ejecución de la condena (administración concursal y, en su caso, algunos acreedores; apartado segundo); se precisó la integración a la masa activa del concurso

de las cantidades obtenidas en ejecución de la sentencia de calificación (apartado tercero); y, finalmente, se reconoció legitimación a los que hubieran sido parte en la sección de calificación para interponer contra la sentencia recurso de apelación.

En conexión con lo previsto en el art. 172 bis, esta Reforma llevó lo previsto en el apartado tercero del art. 48 LC respecto al embargo de bienes de los administradores y liquidadores, al apartado primero del nuevo art. 48 ter LC donde la adopción de la medida se condicionó a que de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación, las personas a las que afecte el embargo, fuesen condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación (en lugar de fundar la posibilidad en que el concurso se califique como culpable y en la insuficiencia de la masa activa para satisfacer las deudas).

El Real Decreto-ley, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial —y la posterior Ley 17/2014 de 30 de septiembre— modificó el apartado primero de este art. 172 bis en dos aspectos: por un lado, sumó al elenco de personas afectadas por la calificación (y susceptibles de ser condenados por responsabilidad concursal) a los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165; y por otro, se fijó la condena a la cobertura —total o parcial— del déficit «en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia».

Finalmente, esta última versión del art. 172 bis LC pasó al art. 456 del TRLC al que se sumaron otras modificaciones tanto de orden formal, como sustancial. Así, de orden formal (también sistemático): la rúbrica del artículo se refiere concretamente a la «condena a la cobertura del déficit», suprimiéndose la más genérica «responsabilidad concursal»; la posible responsabilidad de los socios como personas afectadas fue trasladada al ámbito del concurso consecutivo (arts. 700 a 702 TRLC) que se abría en aquél momento si no se hubiese alcanzado un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos[2]; el supuesto de pluralidad de condenados a la cobertura del déficit pasó casi con los mismos términos del párrafo tercero del apartado primero del art. 172 bis al apartado tercero del art. 456 TRLC; lo propio sucedió con el segundo párrafo del apartado primero del art. 172 bis LC respecto a la responsabilidad por déficit en los casos de incumplimiento de convenio que se integró como apartado cuarto en el art. 456, aunque añadiéndose la precisión de que la condena podrá ser «total o parcial»; por su parte, se llevaron los apartados segundo y tercero del art. 172 bis —relativos a la legitimación para solicitar la ejecución de la condena o de las condenas que contenga la sentencia de calificación, y a la integración en la masa activa de las cantidades obtenidas en ejecución de dicha sentencia, respectivamente— al art. 461 TRLC.

Respecto a las modificaciones de carácter sustancial, cabe señalar las que siguen: en el apartado primero del art. 456 TRLC se aclara que el juez podrá condenar «con o sin responsabilidad» a las personas afectadas a la cobertura total o parcial del déficit; se añade entre los referidos a los directores generales de la persona jurídica concursada, en lugar de los apoderados generales; por último, frente a la disparidad de criterios a que había dado lugar la interpretación de este «déficit»[3] —tras su incorporación por la Ley 38/2011 en el art. 172 bis, en sustitución de la condena a pagar total o parcialmente a los acreedores concursales el importe

de sus créditos no satisfechos en la liquidación, previsto en el art. 172. 3 redacción original de la LC— se añade en el apartado segundo un concepto de déficit conectado al informe de la administración concursal y a sus documentos anejos —art. 293. 1 TRLC: inventario de la masa activa y lista de acreedores, junto con la relación de créditos contra la masa ya devengados y pendientes de pago— desvinculado, por tanto, del resultante de la liquidación —al que atendía, como se verá, el citado art. 172.3 de la LC—. Esta aclaración en relación con la definición del déficit, lejos de unificar criterios de interpretación, va a generar nuevas dudas en la doctrina, y en la jurisprudencia, que se expondrán más adelante en este trabajo.

III. LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES: APORTACIONES DEL OPERADOR JURÍDICO EN LA DELIMITACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL

Conforme lo expuesto en el epígrafe anterior, el contenido del art. 456 TRLC en vigor es el resultado de sucesivas modificaciones legislativas que han ido precisando y matizando el alcance y contenido de esta responsabilidad concursal. Estas modificaciones han hecho eco de las aportaciones de la jurisprudencia —también de la doctrina— y de estas se dará breve cuenta en este lugar.

III.1. El art. 172.3 LC: contenido potestativo de la sentencia de calificación

De acuerdo a lo expuesto, la LC en su artículo 172.3 bajo la rúbrica «Sentencia de calificación», dentro del Título VI relativo a la «Calificación del concurso», previó un régimen específico de responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales, de derecho o de hecho, en el ámbito concursal[4]. La norma hacía depender esta responsabilidad de tres presupuestos: por un lado, que se hubiere formado la sección de calificación o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación (lo que excluía la responsabilidad concursal cuando se hubiese cumplido el convenio); que se tratase de un concurso de persona jurídica calificado como culpable (conforme arts. 163, 164 y 165 LC); y que, tras la liquidación de la masa activa, quedasen acreedores concursales insatisfechos (excluyéndose los créditos contra la masa del ámbito de esta responsabilidad)[5].

Bajo estos presupuestos, la norma otorgaba un amplio margen de discrecionalidad al juez a la hora de hacer efectiva esta responsabilidad concursal («la sentencia, podrá, además condenar a») sin especificar en qué casos, o con arreglo a qué criterios se debía valorar si procedía o no esa condena adicional[6]; tampoco establecía cuándo procedía condenar «total o parcialmente» y en este último caso en qué proporción; y, finalmente, en cuanto a la imputación de los sujetos responsables, el art. 172.3 LC contenía una imputación genérica sin base en una actuación individual —lo que suponía valorar la contribución de estos sujetos a los hechos y decisiones que determinaron el concurso como culpable[7]— y sin precisar si debían resultar personas afectadas y/o cómplices, responsables solidarios o mancomunados[8].

Estas vaguedades dieron lugar a un arduo debate doctrinal y jurisprudencial sobre todo en torno a la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, basculado con sólidos argumentos entre la tesis indemnizatoria de daños, que propiciaba a un trato más benevolente para los administradores, por la mayor dificultad que conllevaba la acreditación de sus presupuestos, y la sancionadora de ilicitud culpable, que conducía a agravarla. Este dispar posicionamiento en la jurisprudencia, como es de imaginar, generó desigualdad de trato entre los sujetos afectados, al estar condicionada por la teoría que siguiese el órgano competente por el territorio.

Atendiendo a la literalidad de la norma (que no ofrecía criterios para determinar la cuantía de la condena por responsabilidad concursal e implicaba la consecuente facultad del juez para modularla, lo cual, para algunos, se entendía como una consecuencia de la consideración por el legislador como indemnizatoria), y a los créditos concursales insatisfechos, se abogaba por una responsabilidad por daño, resarcitoria o indemnizatoria conectada con los presupuestos de la teoría civil de la responsabilidad causal (al modo en que operaba la responsabilidad societaria derivada de los arts. 133 y 135 de la LSA), a saber: la existencia de daño, (créditos de los acreedores insatisfechos), culpa (generación o agravación del estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave), y una relación causal entre ésta y aquél (la generación o agravación del estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave vinculados al hecho de que los créditos resulten insatisfechos)[9].

No contradecía esta interpretación del art. 172. 3 LC, lo ordenado en su párrafo segundo ordinal 3 donde se contemplaba la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados[10], porque se entendía que este último recogía el contenido necesario de la sentencia, estaba dirigido tanto a las personas afectadas, como a los cómplices y era consecutiva a la sanción de pérdida de los créditos de todos ellos, sean concursales o contra la masa y, sobre todo, ligada a la condena a devolver los bienes o derechos indebidamente obtenidos del patrimonio del deudor —antes de la declaración del concurso— y los recibidos de la masa activa —durante el concurso— (por ej. devaluación derivada por el uso y el tiempo transcurrido de los bienes y derechos que debían restituirse o por la imposibilidad de verificar dicha devolución por haber perecido los bienes o por estar en posesión de terceros de buena fe (cfr. SAP de Barcelona 21 de febrero, Fundamento de Derecho cuarto).

Tampoco se encontraba incompatible esta tesis con la responsabilidad societaria, coordinándose ambas de la siguiente manera: mientras que la responsabilidad societaria tiene como finalidad resarcir el daño ocasionado a la sociedad, si se ejercita la acción social de responsabilidad (antes art. 134 LSA), o el ocasionado a los socios o acreedores, si se ejercita la acción individual (antes art. 135 LSA), la responsabilidad concursal está prevista para situaciones concretas en los procedimientos concursales y adaptada a sus circunstancias.

En la jurisprudencia menor, siguieron esta interpretación la SAP de Barcelona, Sección 15ª, 19 de marzo 2007[11], entre otras de este mismo Tribunal, que más tarde, sostuvo la tesis contraria[12]; la SAP de La Rioja de 17 de octubre de 2008 y la SAP de Jaén, Sección 1º, de 10 de marzo de 2008, expresándose en los siguientes términos[13]:

«Como ya argumentamos en nuestro Auto de 6 de febrero de 2006 (RA 841/05), "se trata de un supuesto de responsabilidad por daño y culpa, pues presupone su concurrencia. Por una parte, la responsabilidad procede únicamente cuando se

opte por la liquidación como solución al concurso, y el objeto de la condena es el pago de la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación. En realidad, estos créditos no satisfechos con la liquidación son el perjuicio sufrido por los acreedores concursales como consecuencia del estado de insolvencia del deudor. Y la condena a indemnizar procede imponerla sólo en el caso de concurso culpable, esto es cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho del deudor persona jurídica (art. 172.3 en relación con el art. 164.1 LC). Contribuye a argumentar así el tenor literal del art. 172.3 LC que no se refiere a la imposición de una sanción automática consecuencia de la calificación de concurso culpable, sino que otorga al Juez la facultad de poder condenar o no a los administradores: "la sentencia podrá, además, condenar a los administradores...". Luego, si el Juez puede condenar, es que también puede no condenar. Y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio y éste responde al esquema de la responsabilidad por daño y culpa. Condenará al administrador de derecho o de hecho que con su actuación hubiere generado o agravado la insolvencia y, en este segundo caso, valorará su participación en la agravación para moderar el alcance de la responsabilidad y con ello la parte de los créditos insatisfechos a que debe ser condenado a pagar el administrador. En la medida que el administrador declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso es responsable de los hechos que han justificado tal calificación, en la misma medida también lo es de las consecuencias de la insolvencia generada o agravada por su conducta, y en concreto de la insatisfacción de los créditos concursales. Todo lo cual prueba la existencia de la relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño o perjuicio objeto de indemnización» (AP de Barcelona, Sección 15ª, de 19 de marzo de 2007, Fundamento de Derecho Quinto).

El debate sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal tuvo su eco en la Sala Primera del Tribunal Supremo, donde no se mantuvo una postura constante. En efecto, las dos primeras sentencias se identificaron con esta postura indemnizatoria: así la STS de 23 de febrero y de 12 de septiembre de 2011[14]. En ambos se negó la naturaleza sancionadora del artículo 172, apartado 3 y se afirmó su función reguladora de la responsabilidad por daño, atendiendo a la contribución de los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, con dolo o culpa grave, en la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que se traduce en un daño para los acreedores en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa (STS de 23 de febrero 2011 Fundamento de Derecho séptimo, y 12 de septiembre de 2011, Fundamento de Derecho tercero.).

Con posterioridad, se añadieron algunas consideraciones que alteraron la aplicación de los presupuestos de la responsabilidad civil resarcitoria y revelaron un cambio de tendencia en la postura del TS. Así, la SSTS de 6 de octubre de 2011 y de 17 de noviembre de 2011 precisaron en relación con la condena de los administradores a pagar todo o parte de los créditos no satisfechos en la liquidación de la masa activa, que no era, según la letra de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requería una «justificación añadida», respecto a la propia calificación del concurso como culpable, a fin de decidir su cuantificación y la identificación de los administradores responsables.

(cfr. STS de 6 de octubre de 2011, Fundamento de Derecho cuarto; las comillas son nuestras). Sin embargo, esta justificación añadida se conectó con la valoración de los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identificaban o del que formaban parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya fuese el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 —haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia—, ya fuese el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo. De esta forma, se acabó eludiendo el requisito del nexo causal entre la conducta determinante de la calificación y el importe de la condena al déficit concursal, y con ello se estaba suscribiendo más la tesis del carácter sancionador que el indemnizatorio, dejándose sin establecerse un criterio claro conforme al cual un administrador incurso en las conductas tipificadas en el art. 164 LC pudiese defenderse de esta petición[15]. Se inscribieron en esta posición la STS del 21 de marzo de 2012, 20 de abril de 2012, 26 de abril de 2012, y de 21 de mayo de 2012. En esta última, el voto particular del Magistrado Ignacio Sancho Gargallo puso de relieve el equívoco de la mayoría al negar por un lado la naturaleza sancionadora de la responsabilidad y por otro dejase sin valorar la incidencia de la conducta de los administradores o liquidadores sociales, que había merecido la calificación culpable del concurso conforme el art. 164.2 LC en la generación o agravación de la insolvencia.

En el lado opuesto, también la literalidad del art. 172.3 LC, que se interpretaba de estructura similar a los art. 262. 5 LSA y art. 105.5 LSRL —donde se imponía a los administradores la responsabilidad solidaria por las deudas sociales como sanción al incumplimiento de la obligación de convocar la Junta General o de solicitar la disolución judicial— el contexto de concurso culpable, la apertura de la liquidación y la existencia de créditos fallidos por la insuficiencia de activo, constituían argumentos a favor de la responsabilidad sanción (por el incumplimiento de un deber legal concreto, incluso cuando no existiese daño)[16]. Se defendía que esta interpretación coordinaba mejor con la responsabilidad prevista en el propio art. 172.2.3º LC y con la responsabilidad societaria (art. 134 LSA), porque evitaba la duplicidad de regímenes con un mismo fin, cual es, la reparación del daño directo causado a la sociedad y el indirecto causado a los acreedores.

Siguieron esta interpretación: SAP de Madrid, Sección 28ª, de 5 de febrero de 2008, entre otras de este mismo Tribunal; SAP de Tarragona de 7 de febrero de 2008; SAP de Huesca de 29 de enero de 2008; SSAP Córdoba, Sección 3ª, de 28 de marzo de 2008, de 15 de julio de 2008; SSAP Alicante, Sección 8ª, de 18 de diciembre 2008, de 13 de enero 2009, de 12 de marzo 2009; SAP de Murcia, Sección 4ª, de 31 julio de 2008; SAP de León, Sección 1ª, de 13 de octubre de 2008; SAP de Valladolid, Sección 3ª, de fecha 22 de Julio de 2009. La doctrina de estas sentencias expresaba:

"Se trata de una responsabilidad prevista sólo para los casos más graves de concursos de personas jurídica calificados como culpables, puesto que es preciso que se haya abierto la fase de liquidación y exista déficit patrimonial para cubrir las deudas de la persona jurídica concursada, y no es exigible a los cómplices sino solamente a quienes hayan sido administradores o liquidadores de la persona jurídica [...] nos encontramos ante una responsabilidad por deudas, ex lege, en la

que, siendo necesaria una imputación subjetiva y no automática a determinados administradores o liquidadores sociales, no es preciso otro reproche culpabilístico que el resultante de la atribución a tales administradores o liquidadores de la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable, ni que se pruebe la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador y el déficit patrimonial que impide a los acreedores el cobro total de su deuda, o por decirlo más precisamente, no es necesario otro enlace causal distinto del que resulta de la calificación del concurso como culpable según el régimen previsto en los arts. 164 y 165 de la Ley Concursal y la imputación de las conductas determinantes de tal calificación a determinados administradores o liquidadores sociales". (Cfr. SAP de Madrid, Sección 28ª, de 5 de febrero de 2008, Fundamentos de Derecho Séptimo y Octavo).

Por lo que respecta al TS, en las sentencias de 16 de julio de 2012, 14 de noviembre de 2012, y 20 de diciembre de 2012, negó —apartándose de lo interpretado en las STS de 23 de febrero y de 12 de septiembre de 2011— que la condena a pagar a los acreedores el importe no satisfecho en la liquidación fuese una indemnización por el daño derivado de la generación o agravación de la insolvencia por dolo o culpa grave, sino un supuesto de responsabilidad por deuda ajena condicionado a la concurrencia de los requisitos legales, y que no quedaba oscurecida por la amplia discrecionalidad que la norma atribuía al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo[17]. Esta discrecionalidad —que también servía para fundamentar la tesis indemnizatoria, porque lo que induce a pensar que el único criterio de imputación es la incidencia que la conducta del demandado ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia— explica que de la calificación del concurso como culpable no derivaba necesaria e inexorablemente la condena a los administradores de la sociedad concursada a pagar el déficit concursal, sin embargo no fija ningún criterio para identificar a los concretos administradores que debían responder, ni para cuantificar la parte de la deuda que debía ser cubierta (Cfr. ST de 16 de julio de 2012, Fundamento de Derecho Tercero). Frente a esta indefinición, "es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivo del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable" (STSS de 6 de octubre y de 17 de noviembre de 2012, citadas en la sentencia del 16 de julio de 2012, Fundamento de Derecho Tercero).

A caballo entre ambas posturas, se proponía a modo de *tertium gennus* una responsabilidad objetivada —no objetiva ni automática— en la que había que determinar el grado de imputación del resultado deficitario y la conducta, activa u omisiva o de mero incumplimiento legal, de los administradores societarios, en base a criterios objetivos, no causalistas[18]. Parecía así entenderlo la SAP de Granada, Sección 3ª, de 15 de mayo de 2009 que confirmando la sentencia de primera instancia, condenó al administrador único de una SL a responder personalmente de las cantidades que los acreedores concursales no hubieren percibido en la liquidación, descontando una valoración individualizada de la culpa, pero valorando un conjunto de circunstancias concretas —a través de las cuales, a nuestro modo

de ver, sí se llegaba a valorar el nexo causal entre la conducta del administrador y los créditos fallidos— como inexactitudes contables, sobrevaloración de activos, falta de control en las obras encargadas por terceros, en los costes, márgenes de beneficios, todo lo cual revela, en palabras del propio Tribunal, «un incumplimiento decisivo y de todo punto relevante, en el plano causal, de la generación de la quiebra económica de una sociedad, en los siguientes términos»:

"Se instaura así una responsabilidad especial, de difusos contornos tanto contextuales como teleológicos, y acusada inseguridad donde, cualquiera que sea la denominación y carácter que se le asigne, dentro del debate doctrinal, como meramente indemnizatoria o por daños que centra su atención en el ámbito de la culpa y de los demás requisitos de la responsabilidad extracontractual o como responsabilidad eminentemente resarcitoria, sancionadora y objetiva, la misma ha de venir precedida de una serie de presupuestos que, propios en unos casos e incompatibles en otros, con una u otra naturaleza, le dota de singularidad propia, distinta a la que ya viene contemplada en los arts. 133 [responsabilidad indemnizatoria] y 262 [responsabilidad sancionatoria] de la LSA y concordantes de la LSRL y, pese a su redacción, de carácter dudosamente potestativo de concurrir sus presupuestos legales, aunque sí moderable en atención a la gravedad del reproche culpabilístico, a la propia imputabilidad y a la relación de causalidad con el estado de insolvencia o agravamiento del mismo; y siempre, por último, subsidiaria al exigir su concreción definitiva la propia excusión de bienes de la Sociedad. Responsabilidad pues, en todo caso, objetivada por el legislador, con tal que concurran sus presupuestos normativos y donde, a los presupuestos indicados: concurso culpable y fallido tras la liquidación del concurso con incapacidad patrimonial para satisfacer todos los créditos, (responsabilidad por deudas) será necesario también que al/los administrador/es le/s sea imputable a título de dolo o culpa grave tanto el abocar a la Sociedad a la situación de insolvencia que justifica el concurso, como su desenlace y agravación en su caso" (SAP de Granada, Sección 3ª, de 15 de mayo de 2009, Fundamento de Derecho Segundo).

III.2. El art. 172 bis LC. Responsabilidad concursal

Las primeras sentencias del TS en relación con la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal (STSS de 23 de febrero y de 12 de septiembre de 2011) explicaron que durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal se propusiese modificar —zanjando la polémica y aportando seguridad jurídica— la redacción del proyectado art. 172 bis, ordenando expresamente la obligación de indemnizar a los acreedores con el pago total o parcial, del importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. Sin embargo, la propuesta fue rechazada (enmienda nº 139) y el art. 172 bis finalmente aprobado dejó sin definir este asunto.

Como se sabe, La Ley 38/2011, de 10 de octubre, suprimió el apartado tercero del art. 172 LC e introdujo el citado art. 172 bis dirigido en exclusiva a regular esta responsabilidad. El Preámbulo de esta Ley explicó que la denominada responsabilidad concursal por el déficit de la liquidación se mantenía, aunque con importantes precisiones en su régimen jurídico tendientes a resolver los principa-

les problemas que su aplicación venía suscitando en nuestros tribunales[19]. Entre las cuestiones que habían generado alguna controversia, el art. 172 bis LC precisó (aunque no eliminó las discusiones en la doctrina): los sujetos responsables, incluyendo entre las personas "afectadas" a los apoderados generales, englobando en estos a quienes sin tener una posición orgánica (administradores o liquidadores) ejercían una función gerencial equivalente sobre la base de un poder general que los habilitaba para las relaciones con terceros con un ámbito propio de autonomía[20]; la responsabilidad mancomunada para el caso de pluralidad de condenados, ordenando en el párrafo tercero de su apartado primero "individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso"[21]; e ingreso de la condena en la masa activa del concurso, previendo en su apartado tercero que las cantidades obtenidas en la sentencia de calificación se integrasen en la masa activa del concurso[22], respetando con ello la *par conditio creditorum*[23]. Junto a lo anterior, la Reforma sustituyó la condena a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe no satisfecho con la liquidación de la masa activa, por la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit el que, en conexión con el art. 48.1 ter LC, había que asociarlo al «resultante de la liquidación».

Una de las discusiones doctrinales que se mantuvieron tras la Reforma estaba vinculada a la regla de la responsabilidad mancomunada para el caso de pluralidad de responsables, que exigía ahora expresamente el legislador. Una parte de la doctrina, que también defendía la función indemnizatoria de esta responsabilidad, consideraba inviable aplicar el régimen de la responsabilidad solidaria indiscriminada —y una consiguiente presunción de culpa— porque el juez del concurso debía imponerla solo frente a quienes concurriesen los presupuestos de la norma[24]. Por otro lado, se aceptaba la imposición de una condena por importe distinto cuando cada uno de los administradores afectados responda por actos realizados en períodos distintos, sin embargo, veía complicada su aplicación si la responsabilidad por generación o agravación de la insolvencia fuese imputable a todos los integrantes de un mismo órgano de administración y por comportamientos observados en un mismo período[25]. De este lado, se encontraba difícil armonizar la responsabilidad concursal mancomunada con las reglas de atribución de la responsabilidad solidaria de los administradores del Derecho de las sociedades de capital[26].

Junto a lo anterior, conforme se ha adelantado en el primer párrafo de este epígrafe, el art. 172 bis omitió definir la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, y con ello dejó abierta también esta discusión. Respecto a la función de la responsabilidad concursal, por un lado, tras la Ley 38/2011, quienes defendían la tesis de una responsabilidad-sanción civil de carácter punitivo, encontraron reforzados sus argumentos, por los siguientes motivos[27]: se había rechazado la enmienda al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 22/2003 que acogía la tesis indemnizatoria; se aportaba mayor claridad en la previsión de dos responsabilidades: la indemnizatoria en el art. 172. 2. 3º LC y la punitiva en el art. 172 bis; el apartamiento del TS de la tesis indemnizatoria puntualizando que: "no se trata, en consecuencia de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave —imperativamente exigible al amparo del artículo 172.2º.3 de la Ley Concursal—, sino un supuesto de respon-

sabilidad por deuda ajena" (STS del 16 de julio de 2012, Fundamento de Derecho Tercero), que no se deriva necesariamente de la calificación culpable del concurso y cuya justificación no exigía otro enlace causal distinto del que resulta *ex lege* de la calificación del concurso como culpable según el régimen de los arts. 164 y 165 LC y la imputación de tales condutas a algunos administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada; cambio de tendencia en la Audiencia Provincial de Barcelona que había defendido la naturaleza indemnizatoria de la responsabilidad concursal hasta la sentencia del 23 de abril de 2012[28]; el éxito de la acción de responsabilidad por deudas sociales, de corte punitivo, de los arts. 262. 5 LSA y 105.5 LSRL refundidos en el art. 367.1 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de capital, frente a las acciones de responsabilidad por daños, en particular la acción individual de responsabilidad, debido a las menores dificultades que exigía la acreditación de sus presupuestos.

Por otro lado, en el contexto de la entrada en vigor de esta Reforma a la Ley Concursal (1 de enero de 2012), cabe recordar que, en la STS de 21 de mayo de 2012 el voto particular del Magistrado Ignacio Sancho Gargallo[29], discrepó de la interpretación y decisión final de la mayoría de la Sala[30] en relación con la redacción original del art. 172.3 LC aplicable al caso y, siguiendo una interpretación literal y sistemática del mismo (en relación con el nuevo art. 172 bis), la *ratio legis del precepto,* e incluso atendiendo a la norma francesa en que se había inspirado, comprendió que la justificación añadida (exigida también por la mayoría) debía conectarse con la apreciación de la participación de la conducta que ha merecido la calificación culpable y la generación o agravación de la insolvencia, y no meramente con los criterios de imputación culpable del concurso (art. 164.2 LC). Es oportuno, atender al conjunto de este razonamiento basado en las siguientes consideraciones, que suscribimos de la dicción literal del precepto se infirieren los presupuestos para que pudiese operar la responsabilidad, así como la sucedánea facultad del juez a condenar a los administradores o liquidadores (de derecho o de hecho, actuales o quienes lo hubieren sido durante los dos años anteriores a la declaración del concurso) a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa; la ubicación sistemática del apartado tercero —art. 172 LC destinado a regular el contenido de la sentencia de calificación— permite concluir que los posibles responsables *ex* art. 172.3 LC no son distintos de quienes hubiesen sido previamente identificados como personas afectadas por la calificación; el art. 172.3 LC expresa el posible contenido de esta responsabilidad, esto es, el pago total o parcial, así como la discrecionalidad del juez, para condenar o dejar de condenar; en caso de condena se debe precisar su alcance, esto es, la proporción de los créditos concursales insatisfechos de los que deben responder los administradores; la *ratio* del precepto deriva de serles imputables —por haber contribuido con dolo o culpa grave— la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores, en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa; siendo esta la *ratio iuris* de la responsabilidad, es lógico que para apreciar en cada caso la responsabilidad de aquellos administradores y liquidadores sociales y su alcance se atienda a la incidencia que la conducta

que ha merecido la calificación culpable del concurso ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia.

Tras las diferencias entre el voto de la mayoría y el voto particular de esta sentencia del TS, cabe señalar importantes coincidencias: por una parte, ambas rechazan que la responsabilidad concursal sea una consecuencia automática de la calificación culpable del concurso y que se precisa una justificación añadida; y, por otra, los dos revelan la preocupación por colmar la ausencia de criterios legales en la identificación de los administradores que debían responder, y en la cuantificación de la parte de la deuda que debía ser cubierta (STS de 16 de julio de 2012, Fundamento de Derecho Tercero. 2.3, y Voto Particular a la STS de 21 de mayo de 2012).

III.3. Las modificaciones al apartado primero del 172 bis LC. Responsabilidad concursal

El Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, y la posterior Ley 17/2014, de 30 de diciembre, además de ampliar el círculo de personas afectadas susceptibles de ser condenadas por responsabilidad concursal a los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, previó que la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit debía serlo "en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia" (apartado primero art. 172 bis *in fine*).

Este último añadido venía a asumir la interpretación del Magistrado Ignacio Sancho Gargallo al art. 172.3 LC, que se había expresado en votos particulares en sucesivas sentencias del TS, —uno de los cuales acabamos de exponer aquí *ut. supra*— y aportaba algo más de seguridad jurídica en la determinación de la responsabilidad concursal[31]. A este respecto, la STS, Sección Pleno, del 12 de enero de 2015 recuerda en primer lugar, en el Fundamento de Derecho tercero, que la opinión de la Sala en relación con la naturaleza jurídica de esta responsabilidad es que constituye "un supuesto de responsabilidad por deuda ajena, naturaleza que no queda oscurecida por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo" (Fundamento de Derecho tercero). Pero enseguida, en el Fundamento de Derecho cuarto, bajo el epígrafe "Trascendencia de la reforma operada por el Real Decreto-ley4/2014, de 7 de marzo", niega el carácter sancionador de la norma que regula la responsabilidad concursal —por lo que no se le aplican las reglas jurídicas vinculadas a ese tipo de normas, como puede ser la retroactividad de las normas sancionadoras más favorables— así como el carácter meramente interpretativo o aclaratorio de la reforma, otorgado por alguna Audiencia Provincial[32], e interpreta que la voluntad del legislador ha sido modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria. No obstante, al no resultar aplicable este nuevo régimen al caso —se había descartado la naturaleza sancionadora de la responsabilidad y la finalidad interpretativa de la Reforma— el TS desestimó el recurso de casación interpuesto por el administrador de la sociedad concursada, porque entendió que la

Audiencia Provincial no había realizado una aplicación automática del art. 172.3 LC, sino que había valorado los elementos subjetivos —único administrador de la sociedad que había incumplido el deber de solicitar el concurso— y objetivos de la conducta —relevancia de esta demora en la generación o agravamiento de la insolencia— y la entidad de la participación en tal conducta del administrador para calificar el concurso como culpable en los términos exigidos por el art. 165. 1 LC.

Sin embargo, tras esta interpretación del TS respecto de la voluntad del legislador de introducir un régimen de responsabilidad concursal de naturaleza indemnizatoria, en los meses siguientes omitió pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, probablemente porque se abordaban casos en los que resultaba aplicable el régimen anterior a la Reforma. Así las STSS de 7 de mayo de 2015, de 21 de mayo de 2015 y de 1 de junio de 2015, que trataron supuestos de demora en el cumplimiento de la obligación de solicitar el concurso (art. 165.1 LC), coincidieron en valorar la gravedad de las conductas atendiendo a su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia —pese a tratarse de un supuesto calificado de mera actividad— que midieron según la duración de la demora y el aumento del déficit patrimonial, aunque con diferencias en torno a la prueba del nexo causal entre el retraso y la agravación de la insolvencia. En otras, aplicando también la redacción normativa anterior al Real Decreto-ley 4/2014, en supuestos de irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad (art. 164.2.1 LC) se valoró como elementos objetivos del comportamiento, no solo la gravedad de tales irregularidades, sino también el resultado que habían producido en los acreedores (privación de información) para ajustar mejor la medida de la responsabilidad. En esta dirección: STS de 5 de junio 2015 y 27 de octubre 2017.

Con posterioridad a la entrada en vigor del RDL 4/2014 el TS se pronunció sobre la aplicación e interpretación del art. 172 bis en la sentencia del 22 de mayo de 2019. Siguiendo a la doctrina, entendió que la Reforma traía consigo dos consecuencias lógicas, que afectaban al enjuiciamiento: por un lado, no cabe condenar a los administradores sociales (y demás sujetos afectados) a la cobertura del déficit si con su conducta (la que ha merecido la calificación culpable del concurso y su declaración de persona afectada por la calificación) si no hay contribuido a la generación o agravación de la insolvencia; por otro, que el alcance de esta condena estará en función de la incidencia que esa conducta ha tenido en la generación la insolvencia o en su agravación. Aplicando estas consecuencias casó la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya y dejó sin efecto la condena a los administradores a la cobertura del déficit concursal, porque en ella no se había justificado de forma mínimamente razonable cómo la irregularidad contable (que conllevaba la calificación culpable del concurso), consistente en la inclusión de un activo ficticio, pudo agravar la situación de insolvencia.

En este ámbito temporal cabe citar la STS de 29 de mayo de 2020 porque vuelve sobre la razón de esta responsabilidad concursal para definir, a falta de especificación legal, lo que debe entenderse por déficit en el art. 172. bis LC. A este respecto considera que la causa de la responsabilidad es la generación o agravación de la insolvencia que ha determinado la apertura del concurso. Por ello, no es tanto la insuficiencia patrimonial que había al tiempo de la declaración del concurso, como sostenía el recurrente en el caso, y cuya determinación surgía del inventario del activo y de la lista de acreedores, la que definía el déficit, sino la

insuficiencia de lo obtenido con la realización de los activos del concursado para pagar todos los créditos.

III.4. El art. 456 TRLC. Condena a la cobertura del déficit

Como se ha expuesto en la primera parte de este comentario el art. 172 bis LC pasó con modificaciones al actual art. 456 TRLC bajo la rúbrica "Condena a la cobertura del déficit" —aunque sus apartados segundo y tercero se llevaron al art. 461 TRLC— el que en sí mismo se ha mantenido intacto tras la Reforma del 2022, sin perjuicio de las modificaciones de orden sistemático que le pueden afectar (cfr. arts. 445 bis, 446, 448, 449, 450, 450 bis, 450 ter TRLC). La norma vigente ha asumido aportaciones jurisprudenciales y resuelto algunas cuestiones discutidas en la doctrina, pero, como se verá, no ha cerrado el debate sobre su contenido y alcance.

Llegados a este punto, puede valorarse la mayor o menor incidencia que han tenido las aportaciones jurisprudenciales, como las discusiones en la doctrina, que se han ido exponiendo en este trabajo, sobre el texto en vigor.

El supuesto en el que resulta exigible la responsabilidad concursal sigue siendo la apertura de la fase de liquidación y es presupuesto necesario —aunque no suficiente por la exigencia de la justificación añadida— la calificación del concurso como culpable bajo la cláusula general del art. 442 TRLC (antes 164.1 LC) bien en base a los supuestos especiales del art. 443 TRLC (antes art. 164.2 LC) bien por aplicación de las presunciones de culpabilidad del art. 444 TRLC (antes art. 165.1 LC). En el apartado primero de este art. 456 TRLC se introdujo la regla de que el juez "puede" —la condena sigue siendo potestativa— fijar la condena con o sin solidaridad, acogiendo con ello las opiniones contrapuestas de la doctrina, pero sin definir en qué caso procederá una u otra fórmula, y resultando complicado coordinar, en su caso, la solidaridad con la individualización de la cantidad a satisfacer por cada condenado cuando haya pluralidad[33]. Se elimina, entre los afectados, a los apoderados generales y en su lugar se incluye a los directores generales[34]. Se incorpora en el apartado segundo un concepto de déficit distinto del resultante de la liquidación —tal como se entendía en la redacción originaria del art. 172.3 *in fine* LC «importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa»— conectado al inventario de bienes y a la lista de acreedores. En relación con esta definición, cabe advertir que la STS del 29 de mayo de 2020 sostuvo, atendiendo a la generación o agravamiento de la insolvencia que fundamenta la responsabilidad concursal, que el déficit debía entenderse conectado a la insuficiencia de lo obtenido con la realización de los activos, y no con la insuficiencia patrimonial —reflejada en el inventario y en la lista de acreedores— al tiempo de la declaración del concurso. A nuestro modo de ver, es complicado armonizar el carácter resarcitorio de esta responsabilidad, que ha sido reconocido por el TS tras la Reforma del 2014 al primer párrafo del art. 172 bis, y que se mantiene en el art. 456. 1. *in fine* TRLC, necesariamente asociado al daño por la falta de satisfacción de los créditos que resulta de la liquidación y, por otro, relacionar el déficit con los documentos que acompañan al informe de la administración concursal, porque pudiendo o no haber desbalance —no es el déficit patrimonial lo que ha provocado la apertura del concurso, sino la insolvencia, por cuya generación o agravación se condena a

responder a los administradores— no se fija aquí el daño definitivo a los acreedores en tanto que, podría agravarse o surgir después con conductas posteriores a la declaración del concurso —así por la falta de colaboración (art. 442.2 TRLC) o el incumplimiento del convenio por culpa del concursado (art. 443.6º TRLC)— o suavizarse —a consecuencia del éxito de acciones de reintegración o por efecto de la condena del art. 455. 2. 4º y 5º— y con ello los acreedores conseguir una mayor satisfacción de los créditos en la liquidación.

Por último, el art. 456.1 *in fine* TRLC, como se ha acaba de exponer, mantiene la exigencia de que la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit lo sea en la medida que la conducta de las personas afectadas —todas, algunas, o ninguna— que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia. Se acoge expresamente una responsabilidad concursal por culpa y daño, y la necesidad de una justificación añadida a la calificación culpable del concurso —exigida por el TS desde la Sentencia del 6 de octubre de 2011— cualquiera sea su causa, bien por aplicación de la cláusula general del art. 442 TRLC, o por aplicación de los supuestos de los arts. 443 y 444 TRLC.

IV. CONCLUSIONES

I. La condena a la cobertura del déficit concursal originariamente prevista en el art. 172.3 LC estaba vinculada a un amplio margen de discrecionalidad judicial, porque la norma no ofrecía criterios concretos para determinar en qué casos o con arreglo a qué criterios procedía esta condena adicional conectada con la sentencia de calificación de concurso culpable. Las sucesivas reformas al texto normativo y la interpretación judicial han ido fijando pautas, aunque partiendo de la facultad del juez para imponerla o no.

II. Las vaguedades del art. 172.3 LC dieron lugar a un arduo debate en la jurisprudencia —y en la doctrina— en relación con la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, que implicaba a su vez, conciliarla con la responsabilidad societaria, y con la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados prevista en el art. 172.2.3.LC. Por un lado, se sostenía la tesis indemnizatoria (más benevolente para los administradores sociales por la mayor dificultad que entrañaba la acreditación de sus presupuestos), y por otro la tesis sancionadora o punitiva por deuda ajena (cuya aplicación conducía a agravarla). Ambas posturas incidían en la facultad del juez de poder condenar o no, y frente a la indefinición legal, negaron que se tratase de una consecuencia automática a la calificación culpable. De uno y otro lado se acabó insistiendo en la justificación añadida a la que aludió por primera el TS en su sentencia de 6 de octubre de 2011. No obstante, la apreciación de esta justificación añadida no fue constante en los tribunales, lo que generó inseguridad jurídica.

III. El art. 172 bis LC mejoró la redacción anterior, aunque dejó sin definir la función de esta responsabilidad, y abrió otro debate en relación con su carácter mancomunado en caso de pluralidad de condenados, que no encajaba con la responsabilidad solidaria de los administradores del Derecho de Sociedades.

IV. El Tribunal Supremo, y la Audiencia Provincial de Barcelona que en un primer momento lideró la postura indemnizatoria- asumieron las dos tesis en relación con la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal, aunque no de manera constante. No obstante, por ambos lados, se insistió en que la condena de los administradores a pagar todo o parte de los créditos no satisfechos en la liquidación de la masa activa requería una "justificación añadida" respesto a la propia calificación del concurso culpable.. El voto particular del Magistrado Ignacio Sancho Gargallo a la Sentencia del TS de 2012 relacionó la justificación añadida, con la *ratio legis* del precepto y, desmarcándola del mero cumplimiento de los requisitos exigidos para la calificación culpable, atendiese a la incidencia que la conducta que había merecido la calificación culpable del concurso, había tenido en la generación o agravación de la insolvencia. Esta interpretación fue asumida expresamente en la Reforma del RDL 4/2014 a la LC al apartado primero del art. 172 bis in fine ordenando que la condena a la cobertura total o parcial del déficit debía serlo "en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia". Con esta reforma, se interpretó que la voluntad del legislador había sido modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal, introduciendo un régimen de naturaleza resarcitoria.

V. Esta última versión del art. 172 bis LC pasó al art. 456 TRLC bajo la rúbrica Condena a la cobertura del déficit con algunas modificaciones tanto de orden formal, como sustancial. En este art. la condena sigue siendo potestativa, pudiendo el juez condenar con o sin solidaridad, pero sin precisar en qué casos procede una u otra fórmula. Además, incorpora un concepto de déficit distinto al resultante de la liquidación que se aparta de la interpretación judicial, y que no casa del todo con el carácter resarcitorio de la responsabilidad concursal. Todo apunta a que el debate sobre la función de la responsabilidad concursal continuará.

V. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

V.1. Tribunal Supremo, Sala de lo Civil

- Sección 1: STSS de: 23 de febrero (RJ 2011\2475); 12 de septiembre de 2011 (RJ 2011\2475); 6 de octubre de 2011 (RJ 2012\1084); 17 de noviembre de 2011 (RJ 2012\3368); 21 de marzo de 2012 (RJ 2012\5265); 20 de abril de 2012 (RJ 2012\5910); 26 de abril de 2012 (RJ 2012\6101); 21 de mayo de 2012 (RJ 2012\6535); 16 de julio de 2012 (RJ 2012\9330); 14 de noviembre de 2012 (RJ 2013\1614); 20 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1623); de 7 de mayo de 2015 (RJ 2015\146863); 21 de mayo de 2015 (RJ 2015\139855); 1 de junio de 2015 (RJ 2015\2494); 5 de junio 2015 (RJ 2015\2508); 27 de octubre 2017 (RJ 2017\4824); 22 de mayo de 2019 (2019\2102); 29 de mayo de 2020 (RJ 2020\1515)
- Sección Pleno, del 12 de enero de 2015 (RJ 2015\609).

V.2. Audiencias Provinciales

- Auto AP de Barcelona de 6 de febrero de 2006 (JUR 2006\242022).
- SSAP de Barcelona, Sección 15º, 19 de marzo 2007 (JUR 2007\272870); 29 de noviembre de 2007 (JUR 2009\33340); 21 de febrero de 2008; (JUR 2008\318271); 3 de noviembre de 2010 (AC 2011\1699); 23 de abril de 2012 (JUR 2012\176693).
- SAP de La Rioja de 17 de octubre de 2008 (AC 2009\140).
- SAP de Jaén, Sección 1º, de 10 de marzo de 2008 (JUR 2008\227040).
- SAP de Madrid, Sección 28ª, de 5 de febrero de 2008 (AC 2008\834)
- SAP de Tarragona de 7 de febrero de 2008 (JUR 2008\183846).
- SAP de Huesca de 29 de enero de 2008 (JUR 2008\124208).
- SSAP Córdoba, Sección 3ª, de 28 de marzo de 2008 (JUR 2008\216841), de 15 de julio de 2008 (JUR 2009\95657)
- SSAP Alicante, Sección 8ª, de 18 de diciembre 2008 (AC 2009\262), 13 de enero 2009 (JUR 2009\129977), 12 de marzo 2009 (AC 2009\907).
- SAP de Murcia, Sección 4ª, de 31 julio de 2008 (AC 2008\1743).
- SAP de León, Sección 1ª, de 13 de octubre de 2008 (AC 2010\202).
- SAP de Granada, Sección 3ª, de 15 de mayo de 2009 (AC 2009\1091).
- SAP de Valladolid, Sección 3ª, de fecha 22 de Julio de 2009 (JUR 2009, 361916).
- SAP de Asturias de 10 de noviembre de 2014 (JUR 2015\33567).

VI. BIBLIOGRAFÍA.

ALCOVER GARAU, G., (2003). "Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal", en AA.VV. García Villaverde, R., *et. al.* (dirs.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal,* Dilex, Madrid, pp. 487-505.

— (2007)"Aproximación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital", *RDCP,* núm. 7, pp. 91-108.

Alonso Ureba, A. (2003) "La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad), en AA.VV. García Villaverde, R., *et. al.* (dirs.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal,* Dilex, Madrid, pp. 505-576.

— (2004) "Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores de la persona jurídica en concurso (art. 172.3)" en AA. VV. PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal,* t. II, Dykinson, Madrid, pp. 1432-1448.

— (2023) "Art. 456. Condena a la cobertura del déficit", en AA.VV. Pulgar Ezquerra, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal,* 3º edición, Tomo II, pp. 153-180.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2008). "En torno a la naturaleza de la responsabilidad

concursal (comentario a la sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008)", *ADCo*, núm. 14, pp. 329-372.

Cerdá Albero, F., (2013). "La responsabilidad de los administradores sociales por el déficit concursal", en Cuñat Edo, V. *et. al,* (Dirs.) Petit Lavall, Mº. V., (Coord.), *Estudios de Derecho Mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá,* Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1563-1611.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (2004). "La responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital", en AA.VV. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial-Pons, Madrid-Barcelona, pp. 701-721.

GARCÍA CRUCES, J. A. (2004). *La calificación del concurso*, Aranzadi, Navarra.

Machado Plazas, J. (2006). *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal,* Civitas.

Marín de la Bárcena, F. (2013). "Responsabilidad concursal", *ADC* nº 28, versión digital.

Morales Barceló, J. (2013). *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia,* Tirant lo blanch.

Morillas Jarillo, M. J. (2007). "Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores: balance del primer bienio de vigencia de la Ley Concursal (II)", *RDCP*, núm. 7, pp. 53 a 88.

Pertíñez vílchez, F. (2009). "La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172.3 LC: una reflexión más sobre cuándo, cuánto y quién", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm.5*,* versión digital.

Prendes carril, P. (2007). "Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores sociales, (art. 172.3 LC): déficit concursal e imputación objetiva", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 731, versión digital.

Quijano González, J. (2024). "La responsabilidad concursal: de ayer a hoy", *La Ley Mercantil* núm. 114, versión digital.

Roncero Sánchez, A. (2007). "Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital (a propósito de la sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007)", *RDCP*, núm. 7, pp. 143-165.

Sánchez Calero, F. (2005). *Los administradores en las sociedades de capital,* Thomson-Civitas, Madrid.

Torrubia Chalmeta, B. (2013). "La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: carácter sancionador y encaje con las acciones societarias", *RDM,* nº 287, versión digital.

Vicent Chuliá, f. (2008). "Tres años de Ley Concursal: Temas de Reforma", *RDCP*, núm. 8, versión digital.

NOTAS

[1] La Reforma al TRLC de 2022 mantuvo intacto el contenido de su art. 456. Sin embargo, como se han modificado algunos otros aspectos de la calificación del concurso estos repercutirán en la condena a la cobertura del déficit. Así, se ha introducido un supuesto especial de concurso culpable por incumplimiento del convenio; se ha suprimido la distinción entre convenios gravosos y no gravosos, que condicionaba la apertura de la sección, resultando todo concurso objeto de calificación; se ha eliminado el concurso consecutivo y con él todas las especialidades contenidas en materia de calificación del concurso; se prevé en el marco del procedimiento especial para microempresas (libro tercero) una calificación abreviada, con normas particulares, cuando tengo lugar en este procedimiento la apertura de la liquidación.

[2] Las especialidades previstas en los arts. 700 y 701 TRLC en su redacción original han desaparecido del régimen actual junto con el concurso consecutivo.

[3] STS de 29 de mayo de 2020, Fundamento de Derecho Segundo. Bajo la redacción originaria de la Ley 22/2003 era legítima una condena a la cobertura del déficit que resulte una vez liquidada la masa activa. Tras la modificación de la Ley 38/2011 del 10 de octubre el déficit se asociaba al resultante entre el inventario de bienes y la lista de acreedores elaborados por la administración concursal y que acompañan a su informe.

[4] Este art. tiene su antecedente en el art. 213.2 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 12 de diciembre de 1995 elaborada por el prof. Rojo por encargo de la Comisión General de Codificación (publicada en el suplemento al Boletín nº 1768 del Ministerio de Justicia).

[5] La Propuesta del Anteproyecto de Ley Concursal del prof. Rojo vinculaba también la responsabilidad concursal de los administradores al supuesto del «concurso culpable», sin embargo, la condena estaba dirigida a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa activa, y no al importe de los créditos no satisfechos en la liquidación de la masa activa.

[6] Sobre las imprecisiones de la norma: Alonso Ureba, A. (2003). "La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad), en AA.VV. García Villaverde, R., *et. al.* (dirs.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal,* Dilex, Madrid, p. 539.

[7] Quijano González, J. (2024). "La responsabilidad concursal: de ayer a hoy", *La Ley Mercantil* núm. 114, epígrafe II.1, versión digital.

[8] Pertíñez vílchez, F. (2009). "La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172.3 LC: una reflexión más sobre cuándo, cuánto y quién", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm.5, epígrafe 1, versión digital.

[9] Un botón de muestra de esta postura en la doctrina: ALONSO UREBA, A. (2004). "Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores de la persona jurídica en concurso (art. 172.3)" en AA. VV. PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal,* t. II, Dykinson, Madrid, pp. 1445 a 1448; MORILLAS JARILLO, M. J. (2007). "Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores: balance del primer bienio de vigencia de la Ley Concursal (II)", *RDCP*, núm. 7, p. 70; RONCERO SÁNCHEZ, A (2007). "Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital (a propósito de la sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007)", *RDCP*, núm. 7, ps. 144, 154 y s; SÁNCHEZ CALERO, F. (2005) *Los administradores en las sociedades de capital,* Thomson-Civitas, Madrid, pp. 455-457; VICENT CHULIÁ, F. (2008). "Tres años de Ley Concursal: Temas de Reforma", *RDCP*, núm. 8, epígrafe V., versión digital.

[10] Frente a la posibilidad de admitir acciones de naturaleza indemnizatoria tanto en el párrafo segundo, numeral tercero, como en el párrafo tercero del art. 172 LC, se sostenía un argumento de interpretación sistemática que, excluyendo la duplicidad, entendía que si

la acción del art. 172.2. 3ª era resarcitoria, la del párrafo tercero debía tener una naturaleza distinta.

[11] Ponente IIImo. D. Ignacio Sancho Gargallo, posición ya sostenida en el Auto de esta misma Audiencia Provincial de 6 de febrero de 2006.

[12] SSAP de Barcelona, Sección 15ª, de 29 de noviembre de 2007; 21 de febrero de 2008; 3 de noviembre de 2010; en esta última el voto particular de la Magistrada Marta Rallo Ayezcuren (que no había intervenido en las sentencias anteriores que habían mantenido el esquema de culpa y dolo respecto a la responsabilidad prevista en el art. 172. 3. LC) se apartó del criterio de la mayoría estableciendo que se trataba de una responsabilidad por determinadas deudas: la de la sociedad concursada que no podían atenderse con los bienes de ésta. Con posterioridad se siguió la concepción de este voto particular: SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 23 de abril de 2012 (Ponente: IIlmo. Sr. D Juan Francisco Garnica Martín)

[13] Posiciones contrarias se sostuvieron en los Juzgados Mercantiles. Por razones de oportunidad, omitimos en este apartado la relación de estas sentencias.

[14] Para algunos autores, esta posición pudo estar condicionada por la circunstancia de que en los casos resueltos se discutían comportamientos realizados antes de la entrada en vigor de la LC de 2003. Rechazando la aplicación retroactiva de una norma sancionadora, se trataba de negar que la responsabilidad concursal de los administradores tuviese carácter sancionatorio. Cfr. Cerdá Albero, F. (2013). "La responsabilidad de los administradores sociales por el déficit concursal", en Cuñat Edo, V. *et. al,* (Dirs.) Petit Lavall, Mº. V., (Coord.), *Estudios de Derecho Mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá,* Valencia, Tirant lo Blanch, p. 1578. Sin embargo, no se advierte del todo el condicionamiento señalado en una sentencia posterior del TS que sostuvo la tesis indemnizatoria —al menos como punto de partida— pese a no discutirse la aplicación retroactiva de la norma, así: STS de 6 de octubre de 2011, que en su Fundamento Quinto expresa: "No se contradice lo expuesto con la negación de la calificación de la norma del apartado 3 del artículo 172 como sancionadora en sentido estricto —sentencias 56/2011 de 23 de febrero, y 615/2011 de 12 de septiembre— dado que la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales —sean de hecho o de derecho— que la misma establece cumple una función de resarcimiento del "daño que indirectamente fue causado a los acreedores [...], en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa".

[15] Uno de los problemas que se derivaban de esta falta de valoración es que resultaba difícil anticipar criterios claros que aporten previsibilidad a los administradores sociales sobre la incidencia que en la condena a pagar el déficit concursal podían tener los denominados genéricamente elementos subjetivos y objetivos de los comportamientos tipificados en el art. 164.2 LC (tipos de mera actividad). Y esto obstaba a la defensa de un administrador frente a la petición concreta de responsabilidad. Cfr. Voto particular del Magistrado Ignacio Gargallo en la STS de 12 de mayo de 2012; Marín de la Bárcena, F. (2013). "Responsabilidad concursal", *ADC* nº 28, epígrafe 2. Estado de la cuestión, versión digital.

[16] Esta tesis (mayoritaria) ha sido sostenida, entre otros: GARCÍA CRUCES, J. A. (2004). *La calificación del concurso*, Aranzadi, Navarra, pp. 179 a 188; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (2004). "La responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital" en AA.VV. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial-Pons, Madrid-Barcelona, ps. 714 y s.; ALCOVER GARAU, G. (2007). "Aproximación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital", *RDCP,* núm. 7, pp. 91-108; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (2008). "En torno a la naturaleza de la responsabilidad concursal (comentario a la sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008)", *ADCo*, núm. 14, pp. 346 a 348.

[17] Con esta tesis: Marín de la Bárcena, F., "Responsabilidad concursal", *op. cit.,* epígrafe I. 2. Estado de la cuestión, y epígrafe II. 2. Función de la responsabilidad concursal: "El fundamento de la responsabilidad concursal se sitúa de este modo en el incumplimiento, mediante dolo o culpa grave, de *deberes de control o minoración del riesgo de insolvencia* cuyo

contenido varía en función de cuál sea la situación financiera y patrimonial de la persona jurídica deudora (v.gr. reconocimiento temprano de la crisis, incumplimiento de deberes de control de la liquidez, no adopción de medidas de saneamiento, incumplimiento del deber de conservación del patrimonio como masa activa del concurso, continuación indebida de la actividad que causa nuevas pérdidas, etc.). El caso paradigmático es la asunción de riesgos de tal entidad que, con probable verosimilitud, puedan realizarse en pérdidas no cubiertas con los fondos propios de la sociedad y provoquen una situación de sobreendeudamiento. Ese comportamiento supone una indebida traslación del riesgo empresarial a los acreedores que debe traducirse en la extensión de la garantía patrimonial de los créditos". Entendía el autor, que la justificación añadida que exigía el Tribunal Supremo pasaba por valorar la incidencia del incumplimiento de los deberes de los gestores en el déficit resultante de la liquidación.

[18] Prendes carril, P. (2007). "Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores sociales, (art. 172.3 LC): déficit concursal e imputación objetiva", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 731, epígrafe II, versión digital.

[19] Junto a lo anterior, el Preámbulo (apartado VIII) adelantaba la voluntad del legislador de precisar el régimen jurídico de algunos aspectos concretos del concurso, entre estos, la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles durante el concurso, a través de la armonización de los diferentes sistemas que pueden convivir durante su tramitación. Muy brevemente, como efecto de esta armonización, resultó lo siguiente: la responsabilidad por daños a la sociedad —acción social— pasaba a ser exigida necesariamente por la administración concursal una vez declarado el concurso (art. 48 quáter LC, hoy art. 132. 1 TRLC); si se hubiere interpuesto con anterioridad se acumulaba de oficio, bajo ciertas condiciones, al concurso (art. 51.1 LC, hoy art. 138.1 TRLC); con ello, se eliminaba la posibilidad de que la acción social de responsabilidad fuese ejercida durante el concurso en el marco de la legislación societaria, y de que algunos acreedores pudiesen cobrar al margen del procedimiento concursal; la acción individual de responsabilidad quedaba al margen del concurso porque su finalidad era —y lo sigue siendo— reparar el daño causado directamente al acreedor o al socio; finalmente, la acción por incumplimiento de los deberes impuestos cuando concurría una causa de disolución —responsabilidad por deudas— (art. 367 LSC), si la acción se había interpuesto antes de la declaración de concurso, quedaba en suspenso (apartado 1 del art. 51 bis LC, hoy art. 139.1 TRLC) y una vez declarado el concurso se impedía su ejercicio (art. 50 apartado 1 LC, hoy art. 136. 1. 2º TRLC)].

[20] Cfr. Alcover Garau, G., "Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal", en AA.VV. García Villaverde, R., *et. al.* (dirs.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 …, op. cit.,* p. 497, donde se señala la incongruencia de la LC al no incluir el art. 172.2. 1º LC los apoderados generales entre las personas afectadas por la calificación —a menos que se pudiesen equiparar a los administradores de hecho— y no obstante considerar en el art. 166 LC cómplices a las personas que, de forma dolosa o gravemente culposa hubieran cooperado con, entre otros, los apoderados generales a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable. En contra de esta crítica: Machado Plazas, J. (2006). *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal,* Civitas, p. 281, porque entendía que se podía incluir a los apoderados generales vía art. 133.2 de la LSA que ordenaba la responsabilidad solidaria de todos los miembros del órgano de administración, y resultaba aplicable a los administradores de hecho.

[21] "El nuevo texto, al introducir la condena selectiva, personalizada y relacionada con la participación en los hechos determinantes del concurso culpable, empezaba a optar por una fórmula de causalización propia de la responsabilidad concursal, añadida a la causalización previa de la culpabilidad del concurso": Quijano González, J., "La responsabilidad concursal: de ayer a hoy", *op. cit.,* epígrafe II.2.

[22] La literalidad del art. 172.3 LC parecía dar a entender que se trataba de una responsabilidad directa de los administradores frente a los acreedores («a pagar a los acreedores concursales»), resultando impreciso el destino del importe a satisfacer. Cfr. Alonso Ureba, A.,

"La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal ..", *op. cit.,* 543.

[23] Torrubia Chalmeta, B. (2013). "La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: carácter sancionador y encaje con las acciones societarias", *RDM,* nº 287, epígrafe II, versión digital.

[24] Antes de esta Reforma así lo habían manifestado: Alonso Ureba, A., "La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad), *op. cit*. p. 541 y s.; Roncero Sánchez, A, "Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital", *op. cit,* p. 158.

[25] García-Cruces, J.A., *La calificación del concurso, op. cit.,* p. 188 y s.; Marín de la Bárcena, F., "Responsabilidad concursal", *op. cit.,* epígrafe IV.1. Distribución de la responsabilidad en caso de pluralidad de intervinientes.

[26] Fernández de la Gándara, L, "La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital", *op. cit.,* ps. 705 y s., 713; Machado Plazas, J., *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal, op. cit.,* 290.

[27] Torrubia Chalmeta, B., "La responsabilidad concursal en la Ley 38/2011: carácter sancionador ..", *op. cit.,* epígrafe III.

[28] Esta Audiencia había liderado la defensa de la tesis indemnizatoria, de allí que el replanteamiento de esta concepción fue muy relevante en la interpretación de la responsabilidad concursal. Cfr. Morales Barceló, J. (2013). *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia,* Tirant lo blanch, p. 253, así como lo reseñado *ut supra* nota xiii.

[29] En otras dos ocasiones mantuvo su disentimiento con la argumentación, aunque no con la decisión de la sentencia mayoritaria de la Sala, en las STS de 14 de noviembre 2012 y de 20 de diciembre de 2012.

[30] Que desestimó los recursos de casación interpuestos por los administradores de una sociedad concursada (uno de ellos administrador de hecho) y confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, a la luz de los criterios de imputación que resulten coherentes con la calificación del concurso. La discrepancia del Magistrado Ignacio Sancho Gargallo con el parecer de la mayoría del TS, tal como se expone en el texto, conducía a estimar el recurso de casación, porque la sentencia recurrida no sólo no justificaba, en cada caso, en qué medida las conductas que habían merecido la calificación culpable del concurso habían incidido en la generación o agravación de la insolvencia, sino que tampoco aportaba una justificación añadida.

[31] Así lo interpreta el mismo Magistrado en su voto concurrente con el Magistrado Sebastián Sastre Papiol en la STS de 12 de enero de 2015. La disidencia no afecta a la decisión de la Sala sino, nuevamente, a la interpretación del art. 172.3, y del posterior 172 bis, especialmente tras la Reforma por RDL 4/2014, de 7 de marzo.

[32] SAP de Asturias de 10 de noviembre de 2014.

[33] Cfr. Quijano González, J., "La responsabilidad concursal: de ayer a hoy", *op. cit.,* epígrafe II. 3.

[34] La sustitución ha sido recibida con cierto escepticismo en la doctrina que no la considera del todo necesaria a efectos aclaratorios, porque la referencia a los apoderados generales resultaba clara en cuanto su alcance (más amplio). Así: Alonso Ureba, A. (2023). "Art. 456. Condena a la cobertura del déficit", en AA.VV. Pulgar Ezquerra, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal,* 3º edición, Tomo II, p. 164.

2. MERCANTIL
DERECHO DE SOCIEDADES

La revocación de la *denuntiatio* en un caso de adquisición derivativa

The revocation of the denuntiatio in a case of derivative acquisition

por
FRANCISCO REDONDO TRIGO
Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 16 de febrero de 2024 analiza un supuesto de revocación de la denuntiatio antes de la aceptación por la Junta General de la sociedad al ser un supuesto de adquisición derivativa de acciones, dando respuesta sólo a validez o no de la revocación de la oferta de venta de acciones tras su aceptación por el órgano de administración social y sin adecuar dicha respuesta al necesario consentimiento de la Junta General al tratarse de un caso de adquisición derivativa de acciones.

ABSTRACT: The ruling of the Provincial Court of Salamanca of February 16, 2024 analyzes a case of revocation of the denuntiatio before acceptance by the General Meeting of the company as it is a case of derivative acquisition of shares, responding only to validity or not of the revocation of the offer to sell shares after its acceptance by the corporate administration body and without adapting said response to the necessary consent of the General Meeting as it is a case of derivative acquisition of shares.

PALABRAS CLAVE: Revocación, oferta, restricciones a la libre transmisibilidad, adquisiciones derivativas, acciones.

KEYWORDS: Revocation, offer, restrictions on free transferability, derivative acquisitions, shares

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DE NUEVO SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA DE ADQUISCIONES DERIVATIVAS.—III.LA RESPUESTA NEGOCIAL DESDE LA CATEGORÍA DEL NEGOCIO

IMPERFECTO.—IV.BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 16 de febrero de 2024 (Roj: SAP SA 139/2024 — ECLI:ES:APSA:2024:139), es uno de esos —desafortunadamente— frecuentes casos donde la respuesta que ofrece la Sala al desestimar el correspondiente recurso no ofrece respuesta adecuada a los términos del debate jurídico planteado, al silenciar un aspecto fundamental del problema jurídico existente, a saber, el carácter y las consecuencias de la falta de intervención de la Junta General en el proceso adquisitivo de acciones iniciado para el cumplimiento de las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones previstas en los estatutos sociales.

En el FJ Primero se recoge el objeto del recurso de apelación de la siguiente forma:

"El recurso de apelación contiene el motivo del mismo, de este modo: " la cuestión controvertida en este procedimiento es la vulneración o no del procedimiento de enajenación que regula el artículo 8 de los estatutos sociales de la entidad CETRAMESA, S.A., respecto al ejercicio de adquisición preferente de las acciones delas que VERTRAUEN CORPORATE, S.L es titular, ante su comunicación de transmisión a tercero, a lo que necesariamente ha de superponerse la cualidad del órgano social competente (Junta General) para aceptar el negocio transmisivo derivativo ofertado".

O sea, el problema suscitado no era sólo la posibilidad de revocar una oferta en el seno de un proceso de venta de acciones en el que existían restricciones a la libre transmisibilidad de las mismas sino si dicha oferta de venta o *denuntiatio* se podía revocar antes de que recayera la aceptación por parte de la Junta General y no sólo del órgano de administración social al tratarse de un caso de adquisición derivativa de acciones por la propia sociedad afectada.

Pues bien, pese a ello, la respuesta ofrecida (FJ Cuarto, *in fine*) sólo lo es respecto del primer problema apuntado y no respecto del segundo, ya que la Sala se pronunció simplemente de la siguiente forma para desestimar el recurso de apelación, acogiendo acríticamente la solución ofrecida en la instancia:

"La denuntiatio de la intención de transmitir las acciones ocurrida en esta litis contenía como se ha dicho los requisitos suficientes como para no considerarla una mera prospección del sentir de los demás socios. Sólo cuando el comunicante ve que será la sociedad quien adquiera su paquete de acciones es cuando "desiste" de su oferta. Sin embargo la comunicación inicial, correcta a salvo de una aclaración, supuso una declaración de voluntad recepticia que incluía la oferta de venta. Y no es revocable. Es la manera de preservar el equilibrio entre los diversos intereses concurrentes (Resolución de la D.G.R.N. de 9 de enero de 1995). Siendo posible el pacto de revocabilidad de la oferta, si el oferente pudiera verse económicamente perjudicado, en este caso ni está previsto ni consta que pudiera existir ese perjuicio, fijado el precio. Ni siquiera el inicial comprador, mantenido al margen del problema y del que no consta su renuncia."

Efectivamente la generalizada revocación de la *denuntiatio* no es controvertida, Perdices Huetos [1]razona lo siguiente: <A nuestro juicio, el socio puede alterar o interrumpir el proceso de activación del derecho potestativo de adquisición del beneficiario de la preferencia a través de una nueva denuntiatio, de sentido contrario, hasta el momento en que aquél ejercite su derecho de adquisición. La razón de esa posibilidad de desactivar el proceso restrictivo se encuentra en que el hecho que constituye la condición de ejercicio del derecho del beneficiario de la preferencia —la voluntad de transmitir a un extraño manifestada con la denuntiatio— debe subsistir hasta el momento de ejercicio de aquél. El interés adquisitivo del beneficiario de la preferencia no es absoluto, sino relativo, es decir, por relación a un tercero; si ese extraño desaparece, con él desaparecerá también el interés que justifica la preferencia. Y eso, desde luego, mediante el pago de gastos y la correspondiente indemnización que pueda proceder en su caso, aparte de eventuales sanciones societarias en el caso de una retirada y caprichosa práctica de denuncias y revocaciones. Del mismo modo, será posible la previsión estatutaria de la irrevocabilidad de la denuntiatio como medio de asegurar la seriedad de las intenciones de los socios; así, por ejemplo, se ha admitido tal irrevocabilidad, aunque sobre la base de calificar la denuntiato como oferta, por la RDGRN 9-1.1995>.

En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE, 18 de febrero de 1995), permite la inscripción de una cláusula estatutaria de irrevocabilidad de la oferta de venta, luego a *sensu contrario* como no podía ser de otra forma la oferta de venta en estos procesos es esencialmente revocable, aunque con los límites que posteriormente veremos.

Pero no vamos a entrar en el análisis de la corrección o no de la respuesta ofrecida al primero de los puntos debatidos (posibilidad de revocar una oferta en el seno de un proceso de venta de acciones en el que existían restricciones a la libre transmisibilidad de las mismas), por no ser el que nos ofrece interés en este momento pese a que de los propios hechos recogidos como probados en la alzada se pudiera ofrecer igualmente una crítica a la solución que al respecto ofrece la Audiencia Provincial de Salamanca, sino que nos centraremos en ofrecer nuestra visión al problema que ha quedado huérfano de respuesta, a saber, si dicha oferta de venta o *denuntiatio* se podía revocar antes de que recayera la aceptación por parte de la Junta General y no sólo del órgano de administración social al tratarse de un caso de adquisición derivativa de acciones por la propia sociedad afectada.

II. DE NUEVO SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA DE ADQUISCIONES DERIVATIVAS

En primer lugar, ha de caracterizarse la naturaleza jurídica de la *denuntiatio*, sobre la que existen opiniones divergentes. Una aproximación a la misma se realiza desde la mera prospección o invitación como sucede con la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de abril de 2006, núm.20/2005 (ECLI:ES:APB:2006:9409).

Sin embargo, la postura más consolidada en la Jurisprudencia y que consideramos como la correcta, a la que se adscribe esta sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 16 de febrero de 2024 Roj: SAP SA 139/2024 —

ECLI:ES:APSA:2024:139, es configurar dicha *denuntiatio* como una auténtica oferta de venta. Así podemos encontrar pronunciamientos sobre el particular en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2000, núm. 3551/1995 (ECLI:ES:TS:2000:8728), y en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de enero de 2013, núm. 817/2012 (ECLI:ES:TS:2013:430), así como en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Mallorca, de 30 de julio de 2018, núm. 384/018 (ECLI: ES:APIB:2018:163).

Desde otra óptica y en sede de regulación de las adquisiciones derivativas de las sociedades anónimas, el artículo 147 de la Ley de Sociedades de Capital no declara nula las adquisiciones efectuadas en contravención de los requisitos que establece el artículo 146 de la Ley de Sociedades de Capital, a diferencia de lo que sí establece el artículo 146.4 de la Ley de Sociedades de Capital, para uno de los casos de adquisiciones derivativas condicionadas, cuando regula que: *"Será nula la adquisición por la sociedad de acciones propias parcialmente desembolsadas, salvo que la adquisición sea a título gratuito, y de las que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias".*

Simplemente, el artículo 147 de la Ley de Sociedades de Capital establece que *"Será de aplicación lo establecido en el artículo 139 a las adquisiciones derivativas realizadas por la sociedad anónima en contravención a lo dispuesto en el artículo anterior."*

Es decir, una cuestión serán las consecuencias societarias de la infracción, que son las previstas en el artículo 139 de la Ley de Sociedades de Capital (a las que nos remitimos en estos momentos) y otra serán las consecuencias negociales de la referida infracción, donde podemos apreciar que para el caso debatido la norma societaria nos ofrece un silencio que hemos de proceder a integrar con recurso a la normativa general contractual, la cual no ha de pasar por la sanción general de nulidad que establece el artículo 6.3 CC o de la nulidad derivada del propio artículo 1275 CC al pensar que estamos ante un negocio con causa ilícita por oponerse a la ley.

Al estudiar los antecedentes normativos del artículo 147 de la Ley de Sociedades de Capital, traemos en estos momentos la opinión que nos diera García-Cruces [2]al respecto cuando analizaba el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas.

García-Cruces nos dice que: <resulta común tanto en nuestra doctrina como en la comparada destacar cómo la sanción acogida en el artículo 76, apartado primero de la LSA no es la general y típica del Derecho Privado ante la vulneración de un precepto legal. Ésta, de conformidad con cuanto dispone el artículo 6, apartado tercero del Código Civil, no sería otra que la nulidad del acto contra legem, aun cuando el citado precepto advierte la posibilidad de que el precepto violado sancione una limitación de los efectos de tal ineficacia negocial e, incluso, unas consecuencias distintas de aquélla. El legislador español, sin embargo, tenía enormemente limitada sus posibilidades en este aspecto pues, de conformidad con el mandato de armonización (artículo 189 de la TCEE), tenía que respetar el contenido del artículo 21 de la Segunda Directiva CEE, del 13 de diciembre de 1976, sobre la constitución de la sociedad, así como el mantenimiento y modificaciones de su capital, en donde se rechaza la sanción tradicional de la nulidad en favor del establecimiento de una obligación de enajenación similar a la recogida— fielmente— en la normativa interna española. Sin embargo, un pausado análisis de

la solución propugnada en la norma comunitaria y acogida en la vigente LSA nos lleva a pensar en la existencia de una comunidad de fin entre los resultados de ésta y los que pudieran acogerse con la sanción de nulidad o ineficacia. En efecto, tal y como acertadamente se ha señalado, la obligación de enajenación de las acciones propias ilegítimamente adquiridas es expresión de una técnica normativa profundamente distinta respecto de aquélla que hunde sus raíces en las categorías de la invalidez o de la ineficacia. Así, la eliminación de los efectos del acto de adquisición de las propias acciones que fuera ilegítimo no se persigue más interviniendo sobre su validez o eficacia, sino imponiendo el cumplimiento, dentro de un plazo, de un nuevo acto en sentido inverso (enajenación)>.

Paz-Ares y Perdices Huetos [3] también estiman que no estamos ante una sanción de nulidad ex. art. 6.3 CC, en casos de adquisición originaria, cuando opinan lo siguiente: <La originalidad del precepto no se halla, sin embargo, en la prohibición absoluta no se halla, sin embargo, en la prohibición absoluta de autosuscripción que proclama, sino en las sanciones que prevé para su infracción, y que se separan abiertamente de la regla general de la nulidad consagrada por el art. 6.3 CC.>

En esta línea, destacamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª) Sentencia núm. 214/2021 de 12 marzo (JUR\2021\160806), que razona lo siguiente:

La infracción de lo previsto en el artículo 146 del TRLSC, por remisión del artículo 147, determinaría las consecuencias reguladas en el artículo 139, esto es, la obligación de enajenación de las acciones adquiridas en el plazo máximo de un año o, en su defecto, su amortización con la consiguiente reducción del capital social. Y si bien no se impone la nulidad o ineficacia de la adquisición (STS 43/2014), no puede obviarse que se trataría de una adquisición contraria a las previsiones legales a la que el artículo 157 califica de infracción y anuda sanciones administrativas. En este mismo sentido se pronuncia la SAP Madrid de 29 de mayo de 2019 para el supuesto de inobservancia de los presupuestos legales señalando que "(a) aunque sin sanción de nulidad, la adquisición infringe la prohibición general de adquisición de las propias acciones (art. 134 LSC (RCL 2010, 1792, 2400)), luego sigue siendo un acto ilícito. (b) Se trata no solo de una ilicitud administrativa sino también negocial. (c) El contrato solo obliga en lo que sea conforme a la ley (art. 1258 CC (LEG 1889, 27)). (d) Los artículos 139 y 147 deben reducirse teleológicamente. La enajenación forzosa se establece como un remedio tan eficaz como la nulidad, más sencillo de administrar y, además, preserva la seguridad jurídica de terceros y sucesivos adquirentes. Por esto, el artículo 139 habla de acciones "adquiridas" y el 147 de adquisiciones "realizadas", esto es, negocios ya consumados. Sin embargo, cuando todavía las acciones no se hubieran transmitido a la sociedad o esta no hubiese satisfecho el precio, el remedio de la nulidad (ex art. 6.3 CC) recupera su función y es la solución más ventajosa, siendo inexigible la entrega de títulos o el pago del precio. (e) Los anteriores argumentos no dependen de la buena o mala fe del vendedor; unido a que, en nuestro caso, el optante conoce que las condiciones legales no se concitan. (f) En determinadas circunstancias, el optante de buena fe que no pudiera exigir el cumplimiento podría recurrir a una acción indemnizatoria".

Sin embargo, no es menos cierto que la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª) Sentencia núm. 214/2019 de 29 mayo (JUR\2019\211365)

no es tan tajante al eliminar la sanción de nulidad cuando las acciones fueran entregadas, al pronunciarse del siguiente tenor literal:

"87. En efecto, (a) aunque sin sanción de nulidad, la adquisición infringe la prohibición general de adquisición de las propias acciones (art. 134 LSC), luego sigue siendo un acto ilícito. (b) Se trata no solo de una ilicitud administrativa sino también negocial. (c) El contrato solo obliga en lo que sea conforme a la ley (art. 1258 CC). (d) Los artículos 139 y 147 deben reducirse teleológicamente. La enajenación forzosa se establece como un remedio tan eficaz como la nulidad, más sencillo de administrar y, además, preserva la seguridad jurídica de terceros y sucesivos adquirentes. Por esto, el artículo 139 habla de acciones "adquiridas" y el 147 de adquisiciones "realizadas", esto es, negocios ya consumados. Sin embargo, cuando todavía las acciones no se hubieran transmitido a la sociedad o esta no hubiese satisfecho el precio, el remedio de la nulidad (ex art. 6.3 CC) recupera su función y es la solución más ventajosa, siendo inexigible la entrega de títulos o el pago del precio. (e) Los anteriores argumentos no dependen de la buena o mala fe del vendedor; unido a que, en nuestro caso, el optante conoce que las condiciones legales no se concitan. (f) En determinadas circunstancias, el optante de buena fe que no pudiera exigir el cumplimiento podría recurrir a una acción indemnizatoria."

En nuestra opinión, claramente no puede desprenderse sanción de nulidad al negocio de adquisición derivativa cuando falta la autorización de la Junta General y ya nos pronunciamos al respecto en sede de sociedades de responsabilidad limitada, [4] donde a diferencia que para las sociedades anónimas, la nulidad de la adquisición ex. art. 140 LSC sí se encuentra generalizada, pero dicha nulidad de la adquisición no se refiere a nulidad del negocio adquisitivo, ni siquiera para los casos de sociedades de responsabilidad limitada ni obviamente para los dos supuestos citados en el artículo 146.4 LSC que también se refieren a la adquisición y no al negocio adquisitivo.

En aquel caso, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2012 (JUR 2012/102193) deniega un recurso de casación en un supuesto de adquisición derivativa de participaciones sociales por falta de previo acuerdo social de reducción de capital, declarando la nulidad de pleno derecho del negocio adquisitivo por haber sido contraído el mismo mediante la existencia de causa ilícita, por oponerse la causa del referido contrato a la normativa de adquisición derivativa de participaciones sociales prevista en el artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital.

Por lo tanto, el fallo casacional descansaba principalmente sobre la afirmación consistente en que *"el contrato tiene causa ilícita por oponerse a las leyes",* lo que supone el otorgamiento de una respuesta jurisprudencial desde la mera aplicación de la literalidad del artículo 1275 del Código Civil cuando prevé lo siguiente: *"Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o la moral",* sin realizar una interpretación del artículo 6.3 del Código Civil en relación con lo previsto con el artículo 140.2 de la Ley de Sociedades Capital cuando expresamente sanciona la contravención del régimen de adquisición derivativa de participaciones sociales de la siguiente forma: *"Las adquisiciones realizadas fueras de estos casos serán nulas de pleno derecho"*; lo que implicaba —en nuestra opinión— la falta de realización de un juicio de valor (en términos causales) de la conducta efectivamente llevada a cabo por las partes contractuales, así como la inexistencia de ofrecimiento de una correcta respuesta

al efecto de la nulidad que podría predicarse en el presente caso, en contra de la sanción de nulidad negocial absoluta que sí predicó el Tribunal Supremo y en contra también de lo que hay que entenderse por *"adquisición"* ya que conforme con Díez-Picazo y Gullón, el término *"adquisición"* hace referencia a la atribución del derecho de subjetivo a una persona determinada,[5] refiriéndonos en nuestro caso al derecho subjetivo absoluto del dominio, una vez configurados los modos de adquirir la propiedad del artículo 609 del Código Civil como hechos jurídicos adquisitivos.

Por ello decíamos, que la ineficacia del contrato se ha visto como una sanción que el Ordenamiento Jurídico anuda ante los presupuestos de su existencia, de ahí, que el régimen especial de nulidad del artículo 6.3 del Código Civil requiera para la aplicación de la nulidad del "acto" que éste sea absolutamente estigmatizado por el Ordenamiento Jurídico, lo cual creemos ha dejado de suceder tras la referida reforma legislativa. La ratio de la norma del artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital reside por tanto en protección de socios y acreedores, lo cual queda cumplido —a juicio del propio legislador— mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos para las adquisiciones derivativas de participaciones sociales propias (ej. que medie un acuerdo de reducción de capital social); por lo que, entendemos que la sanción de nulidad absoluta del negocio jurídico adquisitivo no debe ser el remedio más propio para la consecución de dicho ánimo protector, puesto que en nada empecería a la efectividad del referido proteccionismo si la consecuencia jurídica de la adquisición derivativa de participaciones sociales fuera solamente la ineficacia de la adquisición de la propiedad de dichas participaciones sociales por la propia sociedad, como si de un negocio jurídico incompleto se tratara que fuera susceptible de convalidación mediante la subsanación a posteriori a través de la correspondiente adopción —en su caso— del correspondiente acuerdo de reducción de capital.

Pero antes de volver en el caso que nos ocupa, otra vez, a la categoría del negocio incompleto o imperfecto que es como creemos ha de resolverse el interrogante que ha dejado abierto la meritada sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 16 de febrero de 2024, hemos también de tener presente que la intervención de la Junta General para otorgar su autorización a la adquisición derivativa de acciones propuesta en este caso salmantino, en términos estrictos, no hace desplazar la competencia orgánica a la Junta General, residiendo la misma en el órgano de administración social, por lo que luego habremos de indagar en la naturaleza jurídica de esta autorización de la Junta General, para terminar ubicando la respuesta al problema dentro de la categoría del negocio incompleto.

Ciertamente, Díez-Picazo [6] razonaba al respecto que: <Se ha dicho que la adquisición de acciones por parte de una sociedad es un inequívoco acto de administración y en principio de la exclusiva competencia de los órganos de administración.

La razón de la intervención de la Junta General, en este punto, se ha querido encontrar en la obligación de establecer una reserva, de la que después hablaremos, así como de resolver en cuanto a la aplicación de requisitos. Sin embargo, más parece obedecer a un principio de transparencia e igualdad de trato de todos los socios.

La necesidad de intervención de la Junta General no le transfiere la competencia. Se requiere el placet de la Junta, pero la competencia sigue siendo del órgano de administración. Carecería de efectos vinculantes una decisión que más que autorizar ordenase la adquisición (o la enajenación) de las propias acciones. Y se opone, por otro lado, a que en los casos en que exista un daño inminente y grave para la sociedad, que sólo pueda ser contrarrestado con eficacia mediante la adquisición de acciones propias, los administradores inviertan el procedimiento normal: adquieran primero las acciones y recaben a posteriori la autorización>.

De igual forma, García Cruces [7] razona que: <Por otro lado, y en estricta técnica jurídica, la exigencia a la que nos referimos tampoco supone un límite de carácter interno pues, como acabamos de ver, la competencia para la adquisición de las propias acciones no corresponde a la Junta General ni ésta la delega en los administradores, sino que el acuerdo social requerido debe calificarse como una habilitación, pues los administradores serán libres de, con posterioridad, ejecutar o no la operación de autocartera derivativa. En definitiva, la exigencia de acuerdo de la Junta General autorizando la adquisición de las propias acciones no hace venir a menos el carácter de acto de gestión que tiene el supuesto, y en consecuencia, ha de afirmarse la competencia de los administradores sociales en representación con tales adquisiciones>.

III. LA RESPUESTA NEGOCIAL DESDE LA CATEGORÍA DEL NEGOCIO IMPERFECTO

Sentada la competencia del órgano de administración para la celebración del negocio adquisitivo y la necesaria autorización o *placet* de la Junta General, como decíamos, a nuestro juicio, el tratamiento de la cuestión ha de efectuarse desde la categoría del negocio incompleto o imperfecto.

Rescatamos a estos efectos las ideas que al respecto hemos ofrecido también en otro trabajo. De Castro, contribuyó sin duda a dejarnos una configuración de la dogmática del negocio jurídico que nos sirve al propósito que en estos instantes nos ocupa. [8]

De Castro nos enseñó efectivamente que el negocio jurídico no es sinónimo de declaración voluntad, resultando el negocio jurídico una situación compleja, en palabras del propio De Castro, quien dice que: <Tan solo después de que la regla jurídica (teniendo para ello en cuenta todos los datos de la realidad social, incluidas las circunstancias de la voluntariedad) haya calificado lo hecho (de negocio, delito, ejercicio de una facultad o derecho) será cuando se sepa hasta qué punto y de qué modo se atenderá a la voluntad de las personas y a lo que, en su caso, digan los usos; y así, cómo de qué manera dependerá de la voluntad la eficacia jurídica de lo realizado o propuesto>.

Con estos pilares, nos ofrece De Castro su obra o definición de negocio jurídico: <la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración, o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos> [9]

O sea, De Castro entiende correctamente que la declaración de voluntad puede ser completada con otros hechos o actos, por lo tanto, la ausencia del hecho o acto concreto nos abre la puerta *a sensu contrario* a la categoría del negocio incompleto en el pensamiento de De Castro, que sin embargo, su indudable acierto en la aproximación que realiza a esta categoría del negocio incompleto o inexistente y desde la distinción entre la confirmación, conversión y convalescencia del negocio nulo, para hablar de esta última en relación con el negocio incompleto, la inclusión que el referido De Castro realiza aún cuando sea tan sólo dentro de lo que denomina concepto amplio de nulidad, no deja de no ofrecernos la nitidez suficiente sobre el problema en cuestión, respecto del cual sí que podemos afirmar que no existe una solución sencilla a la categorización de la inexistencia de la forma habilitante del negocio jurídico consistente en una autorización judicial necesaria para el mismo.[10]

Ubicado en dicha línea argumentativa, De Castro [11] nos ofrece la siguiente panorámica o especificación de lo que denomina genéricamente como *Negocio Inexistente*: <Esta designación podría reservarse para los negocios que se han solido calificar de no existentes. Dentro de este grupo pueden distinguirse: 1. *Negocios incompletos*, como aquellos que en el momento en que son considerados, carecen de un elemento esencial y no suplible por la interpretación. Los que, a su vez, podrán ser: a) *Negocios en formación;* es decir, los que están, o se han quedado en un estadio preliminar o no han logrado carácter definitivo (p. ej., tratos, ofertas y contrapropuestas, testamento revocable). b) Negocios realizados *por quien carece de poder suficiente* (p. ej., supuestos de los arts. 269, 1.259, 1.459 núms. 1-3, 1.413, 1.714), c) *Negocios carentes de forma necesaria* (p.ej., casos de artículos 632,633, 1.669, 1.875). 2. *Negocios defectuosos*, como son aquellos a los que les falta de modo irremediable algo esencial a la existencia del negocio; por ejemplo, carencia de consentimiento (disenso), de causa (venta sin precio) o de forma (en el testamento). 3. *Negocios aparentes*; en los que la apariencia negocial no corresponde a la realidad jurídica (así, los negocios con simulación absoluta)>.

Por lo tanto, para De Castro en los casos de falta de autorización administrativa o judicial nos encontraríamos ante un negocio inexistente e incompleto, como especie de una categoría genérica a la que denomina nulidad en sentido amplio. [12]

En estrecha conexión con lo anterior y con el objeto de poder ofrecer nuestra opinión al respecto, estimamos oportuno acercarnos al tradicional trabajo sobre la materia que elaborara en su día Rivero Hernández y poder comprobar cuál de las teorías sobre el asunto en cuestión influyó en De Castro para llegar a la conclusión de calificar al negocio realizado por quien carece de poder suficiente (art. 1259 CC) como negocio incompleto. [13]

Rivero Hernández [14] se hace eco, entre varias teorías al respecto, de la que elaborara Graziani [15] quien consideraba el negocio llevado a cabo por el *falsus procurator* <como una entidad jurídica inacabada, como negocio imperfecto, incompleto —en oposición esencial a aquella otra que la veía como perfecto y completo, aunque ineficaz—,[16] parte solamente de un *"iter"* negocial al que falta aún el consentimiento del dominus, que es precisamente la ratificación>.

Pese a todo, Rivero Hernández, antes de admitir la tesis de Graziani (vid. op. cit, pág. 1103) como *"ampliamente favorable",* estima la proximidad de la categorización de De Castro con la misma, cuando explica lo siguiente (vid. op. cit. pag.

1101 y 1102): <En nuestro país esta teoría no ha tenido apenas repercusión, como no sea en un autor a que debo hacer especial alusión. Me refiero a Federico de Castro, en quien, no obstante no haber estudiado directamente esta cuestión, que yo sepa, me parece haber encontrado cierta alusión e ideas próximas a las ahora comentadas. Efectivamente, al estudiar De Castro la convalidación del negocio nulo, y los supuestos en que cabe, cita como casos de convalidación admitidos: "1. Respecto de los negocios incompletos: a) Casos en que se concede a un extraño al negocio la facultad de convalidarlo, apropiándose del negocio mediante la ratificación (artículos 129, 1727, 1892, 1893>. Es decir, para este autor, si no he entendido mal, el negocio ratificable es un negocio incompleto, con lo que si esa breve referencia (quizá "obiter dicta"?: no sé) expresa su posición en esta materia, cabría situarle muy próximo a la teoría y autores a que vengo refiriéndome>.

Rivero Hernández, (vid. op. cit, pág. 1083), desde su entendimiento del negocio imperfecto critica la tesis del negocio condicionado ya que <…entiendo que el principal fallo de la tesis ahora comentada no está tanto en hablar de negocio condicionado, de eficacia sometida a condición, o de "conditio iuris" referida a la ratificación, cuanto en considerar perfecto y completo como negocio el del falso representante. Desde luego, creo que la ratificación no es, no puede ser, condición propia o impropia (conditio iuris) puesto que esta incide sobre negocio acabado estructuralmente, es algo externo al mismo, afecta sólo a la eficacia no al consentimiento. El negocio condicionado es válido desde que se concluye si reúne los requisitos esenciales o elementos estructurales, a los que no afecta la condición, lo pendiente de ésta es sólo la eficacia. Sin embargo, al negocio antes de la ratificación le falta el consentimiento de una de las partes, de aquella que va a sufrir o recibir sus efectos, es consentimiento, voluntad contractual nada menos, lo que le falta antes de ser ratificado>.

Con todo ello, Rivero (vid. op. cit, pág. 1134) concluye que: <De todo ello, creo poder deducir ya que el contrato del representante sin poder antes de la ratificación —tras cuya naturaleza, sentido de esa situación, vamos desde el principio— no es sino una parte de cierto camino negocial todavía no concluido, al que falta parte del total consentimiento negocial necesario para la perfección del negocio (contrato): el consentimiento del representado, precisamente; situación protegida por el Derecho, porque éste lo tiene previsto como camino o medio hábil para la autorregulación de intereses privados. Pero en cuanto negocio incompleto, imperfecto, no produce los típicos efectos negociales, los previstos para el negocio concreto cuyo iter quedó inacabado (lo que no impide que produzca algún otro efecto menor). En este sentido puede llamarse ineficaz: lo es tanto en cuanto no produce los efectos propios de un negocio perfecto y completo, aquéllos que como tal produce normal e institucionalmente.>

O sea, coincidiendo con Díez-Picazo (vid. op. cit) que puede existir un supuesto en que los administradores inviertan el procedimiento normal: adquieran primero las acciones y recaben *a posteriori* la autorización y conformes con De Castro (vid. op. cit) en que una de las denominadas formas habilitantes del negocio jurídico se producen cuando se requiere la intervención de una autoridad o persona que sancione o apruebe el negocio, somos de la opinión de que la naturaleza jurídica de la autorización o *placet* de la Junta General ha de ser necesariamente una de esas formas habilitantes del negocio jurídico cuya inobservancia supone

que nos encontramos ante un negocio jurídico incompleto o imperfecto, que ha de ubicarse en la disciplina del artículo 1259 del Código Civil, que descarta igualmente la inexistente nulidad del mismo pero que supone que el negocio jurídico no ha desplegado aún los efectos que le son propios, en el caso de que el órgano de administración haya efectuado el negocio jurídico adquisitivo sin la autorización de la Junta General.

Y es aquí, donde encontramos la trascendental posibilidad que otorga al tercero el referido precepto, que ha resultado obviado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 16 de febrero de 2024, o sea, la posibilidad de revocar *(denuntiatio)* antes de que recaiga la autorización del principal (Junta General), ya que el citado artículo 1259 del Código Civil, establece que ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, *a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante.*

No obstante, la dicción literal del artículo 1259 CC que nos pudiera hacer pensar en la libre revocabilidad por el tercero antes de la ratificación por el principal, no es menos cierto, que dicha potestad entendida en términos absolutos no ha sido compartida por la doctrina civilista.

Díez-Picazo, [17]analizó ya en su momento la cuestión negando la absoluta libre revocabilidad por parte del tercero, de la siguiente forma: <Objetivamente considerada la hipótesis, en relación con el principal merece en principio la misma calificación que le dábamos en el apartado anterior. El negocio es irrelevante para el dominus e ineficaz frente a él. Es un negocio incompleto, que puede quedar perfeccionado mediante la ratificación. Sin embargo, en este caso lo que debe ser diferente es la protección que merece el tercero, bien en todo caso, bien cuando su error sea excusable o bien cuando siendo inexcusable se compensa con la conducta negligente o de mala fe del gestor.

En todos estos casos, con independencia de la ratificación, antes de que ésta recaiga, el tercero tiene una triple opción: apartarse del negocio así concluido sin esperar el transcurso de ningún tipo de plazos que es probablemente lo que el artículo 1259 llama revocar; considerar obligado frente a él al representante sin poder ex. artículo 1725 o hacer a éste responsable de los daños y perjuicios, que deben ser los daños precontractuales incluibles en el llamado interés negativo. Para que estas dos últimas posibilidades sean admisibles, será menester que el tercero actuante sea de buena fe y que haya culpa del gestor>

Por su parte, el artículo 1281.3 de la Revisión de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de mayo de 2023, recoge las ideas anteriores de Díez-Picazo contrarias a la libertad absoluta de la revocación, de la siguiente forma: *"3. Antes de la ratificación, el tercero tiene la facultad de revocar su declaración de voluntad de celebrar el acto mediante comunicación al representado, siempre que en el momento en que se celebró el acto no conociera o no fuera cognoscible para él la falta o insuficiencia del poder"*

Es decir, de *lege ferenda* se propugna el conocimiento o la cognoscibilidad de la falta o insuficiencia del poder de actuación como límite a la libre revocabilidad por el tercero de su declaración de voluntad que fue emitida en su momento para la lograr la perfección del negocio jurídico. Por ello, en nuestro caso, el tercero

tendría que desconocer o que no le fuera cognoscible que la actuación del órgano de administración tuviera que se ratificada por la Junta General para entenderse completo el negocio adquisitivo de la autocartera.

En definitiva, la cuestión que se nos presenta es la consideración del error que pudiera haber sufrido el tercero que emite la *denuntiatio* sobre la necesaria autorización de la Junta General que prevé el artículo 146 de la Ley de Sociedades de Capital en las adquisiciones derivativas de acciones, cuya norma societaria de protección no excluye el carácter imperativo o prohibitivo de la autorización de la Junta General. O sea, la cuestión se desplaza —a nuestro juicio— a la incidencia o no del error sobre la previsión y aplicación de una norma imperativa al negocio adquisitivo derivativo, para luego valorar la excusabilidad e imputabilidad de dicho error y así poder atender a la última fase del problema que nos ocupa en este estadio, la posibilidad de revocación por el tercero conforme a la buena fe.

Morales Moreno [18] analizó, con sumo acierto y en su momento, la incidencia del error de derecho sobre normas imperativas que disciplinan el contrato, incluyendo en una de las categorías relevantes, la que dio en llamar las *"normas que establecen ciertos requisitos para la perfección o eficacia del contrato",* especie que estimamos aplicable al caso que nos ocupa. Morales Moreno decía para este caso que <la norma imperativa excluye el resultado que se pretendía alcanzar, produciendo la nulidad o ineficacia del acto. La invocación del error pretenderá normalmente la protección de la buena fe. Pero esa protección sólo será posible, si está especialmente prevista>.

Al hilo de lo anterior, Morales Moreno [19] cita un ejemplo jurisprudencial interesante <-STS de 25 de octubre de 1873: El error que invoca el comprador se refiere a la legitimación del vendedor: consiste en "considerar al gerente de una sociedad mercantil formal con facultades para celebrar válidamente en nombre de ella contratos que no son mercantiles". La ausencia de legitimación impide la transmisión. El comprador pretende que la transmisión sea eficaz, debido a su error (protección de su buena fe), algo que no es posible, algo que no es posible; no porque el error de derecho no pueda aprovecharle, sino porque lo impide la ordenación jurídica del tráfico de bienes, sin excepción en este caso. El TS no razona así: Llega al mismo resultado, pero por otro camino, utilizando la regla error iuris nocet: El comprador actuó "a sabiendas, o cuando más, si se quiere, con ignorancia o error de Derecho, que no puede aprovecharle">.

Residenciada la competencia del órgano de administración, según hemos visto, para contraer el negocio de autocartera, sí que podemos encontrar en el artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital la protección del contratante de buena fe en sede incluso de error de derecho sobre la necesaria autorización de la Junta General para la autosuscripción: *"2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social."*

La cognoscibilidad a la que hace referencia el mencionado artículo 1281.3 de la Revisión de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de mayo de 2023 nos habría de llevar al análisis de los requisitos clásicos del error, a saber, la inexcusabilidad y la imputabilidad del error, recordando igualmente las palabras colacionadas de Díez-Picazo cuando hacía

referencia sobre el tema a la excusabilidad y a la buena fe del tercero que revoca su declaración negocial.

Morales Moreno [20] nos muestra ambos requisitos del error en su análisis de la incidencia del error en la contratación mediante la siguiente exposición: <La inexcusabilidad, en palabras del propio TS, "deriva de la condición subjetiva de las personas que intervienen en los negocios jurídicos" (STS de 21 de mayo de 1963). Siguiendo esta orientación, el TS ha tenido en cuenta la condición poco versada en leyes de la persona que padece el error, a lo que añade las maquinaciones dolosas de la otra parte, que actúa asesorada por letrados (STS de 20 de diciembre de 1967), para valorar la excusabilidad del error (…). El TS valora también la experiencia profesional del que invoca el error, aunque no sea experto en Derecho, para extraer de ahí la inexcusabilidad del error referente al ámbito de las normas relativas a su actividad. Así, por ejemplo, si el "actor se dedica profesionalmente a la explotación de minas, con una larga y copiosa experiencia en la materia" (STS de 6 de abril de 1962) (…). En otro lugar hemos estudiado cómo entiende el TS el requisito de la excusabilidad del error. Valorando la conducta de ambos contratantes, es requisito se transforma en la práctica en el de la imputabilidad del error. Esta idea de la excusabilidad (imputabilidad) utilizada por el TS es aplicable igualmente al error de Derecho, habida cuenta de que el mismo no constituye una categoría especial de error (…) De esta manera se fortifica la protección de la confianza, sin imponer un deber de conocer las leyes ni hacer en todo caso inexcusable el error de Derecho. Cualquier contratante, en principio, puede confiar, salvo que advierta o pueda advertir lo contrario, en que la parte con la que contrata se ha procurado el conocimiento del Derecho necesario para el desenvolvimiento de su actividad. Si existe error, carecerá quien lo padece de acción para impugnar el contrato, salvo que el error padecido fuera cognoscible para el otro contratante>, es decir, el contratante ha de sufrir el error salvo que pueda imputarse al otro contratante.

Pues bien, es cierto que para valorar la incongruencia omisiva de una sentencia se plantea la necesidad de distinguir entre las que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor siempre y cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno´ (STC 44/2008, de 10 de marzo, FJ 2)'" (STC 128/2017, de 13 de noviembre, FJ 8).

Ante dicho panorama procesal, probablemente la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 16 de febrero de 2024 no peque de incongruente, pero no es menos cierto que nos ha sustraído de un interesante debate que sí le fue propuesto y que como vemos goza de un indudable interés práctico para la solución de la cuestión que se le suscitó en la alzada, ya que esta sentencia no ofrece más que una visión parcial del problema y que nos ha dejado sin una solución completa y coherente con lo propuesto. Sirvan al menos las anteriores reflexiones para dimensionar debidamente la cuestión y suscitar opiniones al respecto.

IV. BIBLIOGRAFÍA

De Castro. El Negocio Jurídico. Civitas, 1985.

Díez-Picazo. La representación en el Derecho Privado. Civitas, 1979

Díez-Picazo y Gullón. Sistema de Derecho Civil. Vol. I, séptima edición. Ed. Tecnos, 1989.

Díez-Picazo. Los negocios de la sociedad con las acciones propias AAVV. Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima. Fundación profesor Manuel Broseta y Civitas, Madrid, 1995.

Díez-Picazo. Ensayos Jurídicos. Thomson Reuters, Civitas, 2011. Tomo II.

García-Cruces. La adquisición por la sociedad de sus propias acciones (La regulación de la autocartera en el Derecho Español. Themis. Revista de Derecho, nº 39, 1998.

Graziani. La reppresentaza senza procura. Studi di Diretto Civile e Commerciale, Napoli, 1927.

Morales Moreno. La incidencia del error de derecho en el contrato. Centenario del Código Civil. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, Vol. II.

Paz-Ares y Perdices Huetos. Adquisición originaria de acciones propias. Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, Nº. 6, 2002.

Perdices Huetos. Cláusulas Restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones. Civitas, 1997.

Redondo Trigo. La nulidad de las adquisiciones derivativas de participaciones sociales en la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año nº 88, Nº 732, 2012.

Rivero Hernández. Naturaleza y situación del contrato del "falsus procurator". Anuario de Derecho Civil 1976.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de noviembre de 2017
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2000
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2012
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2013
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de abril de 2006
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Mallorca de 30 de julio de 2018
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 12 marzo de 2021
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 16 de febrero de 2024
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 1995.

NOTAS

[1] Perdices Huetos. *Cláusulas Restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones.* Civitas, 1997, páginas 189 y 190.

[2] García-Cruces. <La adquisición por la sociedad de sus propias acciones (La regulación de la autocartera en el Derecho Español>. *Themis. Revista de Derecho,* nº 39, 1998, pág. 379.

[3] Paz-Ares y Perdices Huetos. <Adquisición originaria de acciones propias> *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 6, 2002. Pág. 210.

[4] Redondo Trigo. <La nulidad de las adquisiciones derivativas de participaciones sociales en la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012>. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año nº 88, Nº 732, 2012, págs. 2443-2471

[5] Díez-Picazo y Gullón. *Sistema de Derecho Civil.* Vol. I, séptima edición. Ed. Tecnos, 1989, pág. 482, afirman que: <un derecho subjetivo nace cuando se han cumplido todos los presupuestos previstos en la norma para este resultado. En este momento se produce normalmente su adquisición, que es su atribución a una persona determinada.>

[6] Díez-Picazo. <Los negocios de la sociedad con las acciones propias> AAVV. Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima>. *Fundación profesor Manuel Broseta y Civitas*, Madrid, 1995, p. 192. Trabajo recogido en: Díez-Picazo. *Ensayos Jurídicos.* Thomson Reuters, Civitas, 2011. Tomo II, pág. 3803 y ss. Vid. pág. 3811.

[7] García-Cruces. Vid. op. cit. pág. 344.

[8] De Castro. *El Negocio Jurídico*. Civitas, 1985, págs. 25 y 26.

[9] De Castro. *El Negocio Jurídico*. Civitas, 1985, pág 34.

[10] De Castro, distinguía entre las siguientes formalidades (vid. op. cit. pág. 278): < a) La llamada *forma intrínseca* o estructural; que se da cuando el negocio, para su eficacia, ha de ahormarse a un tipo legal ("numerus clausus" de tipos). b) Las denominadas *formas habilitantes*, cuando se requiere la intervención de una autoridad o persona que sancione o apruebe el negocio. c) Las *formas de publicidad*, que sirven para dar eficacia general al negocio (inscripción en Registros, puesta en posesión)>.

[11] Vid. op. cit. pág. 472.

[12] De Castro. Vid. op. cit. págs. 471 y 472: <La frase nulidad absoluta puede emplearse en un sentido restringido y sin comprender los negocios llamadas inexistentes; pero también se utiliza en un sentido amplio, abarcando los negocios contrarios a la Ley y los inexistentes. Entendida en este último sentido es posible hacer una enumeración general de los supuestos de nulidad absoluta>.

[13] Rivero Hernández. <Naturaleza y situación del contrato del *"falsus procurator"*>. Anuario de Derecho Civil 1976, Fascículo 4.

[14] Rivero Hernández. Vid. op. cit. págs. 1096 y ss.

[15] Graziani. <La reppresentaza senza procura>. *Studi di Diretto Civile e Commerciale*, Napoli, 1927.

[16] Previamente, Rivero Hernández (vid. op. cit. págs. 1089 y 1090) encuadraba a la doctrina española, sin compartir su conclusión, dentro de la teoría de la ineficacia sometida a condición, cuando afirma tras el análisis de la misma, lo siguiente: <En cuanto a la doctrina española, suele situarse en línea análoga a la de la de la doctrina francesa e italiana últimamente citadas, y con alguna discrepancia que veremos en su lugar. Para la mayor parte de nuestros civilistas, el contrato del falsus procurator (tanto en el caso de carencia de poder, como el de extralimitación, que suelen ir equiparados) se caracteriza por su falta de eficacia: es fundamentalmente negocio ineficaz; a veces, no siempre, se dice poco más de él: ineficacia suspendida, inoponibilidad, y se le distingue sucintamente del negocio nulo y del anulable. Así, De Diego y Espín Cánovas, Roca Sastre y Albaladejo, o Gullón Ballesteros, Díez Picazo-Gullón y Lacruz Berdejo entre los más modernos. Unas veces explícita (Albaladejo), otras implícitamente, en todos ellos flota la idea de que ese negocio es válido, pero ineficaz, sin eficacia actual y propia del tipo negocial correspondiente, la cual queda suspendida o condi-

cionada al advenimiento de la ratificación, que convertirá en normal aquel negocio. No hay, por ahora, como vemos, ideas nuevas de las que no eran conocidas de la dirección doctrinal foránea que vengo comentando.>.

[17] Díez-Picazo. *La representación en el Derecho Privado.* Civitas, 1979, pág. 225.

[18] Morales Moreno. <La incidencia del error de derecho en el contrato>. *Centenario del Código Civil*. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, Vol. II, págs. 1483 y siguientes.

[19] Vid. op. cit. pág. 1484.

[20] Vid. op. cit. pág. 1482.

3. URBANISMO

Constitución de complejos inmobiliarios en procesos reparcelatorios

Formation of a building complex within a plot-redivision procedure

por
EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN
Abogado

RESUMEN: En este comentario se analiza la posibilidad de constitución de un complejo inmobiliario en el seno de un proceso reparcelatorio, su conveniencia o necesidad en algunos casos, los requisitos del título constitutivo en sentido material y formal, sus condicionantes urbanísticos, sustantivos e hipotecarios y las fórmulas posibles de su inscripción registral.

ABSTRACT: This comment analyses the ability of a plot-redivision project to stablish a complex building, its convenience or necessity in some cases, its requirements and the possible ways of its entry in the Real Estate Registry.

PALABRAS CLAVE: Proyecto de reparcelación, complejo inmobiliario.

KEYWORDS: Plot-redivision project, building complex.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 33/2020, de 21 de enero (RJ\2020\59).

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. RESUMEN DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. Planteamiento. 2. Supuestos de conveniencia y necesidad de la constitución de un complejo inmobiliario en el proceso reparcelatorio. 3. El título constitutivo del complejo inmobiliario en sentido material y formal. *A) Título notarial. B) Título judicial. C) Título administrativo*. 4. Condicionantes urbanísticos. *A) Cumplimiento de la ordenación urbanística. B) Consideraciones sobre el grado de desenvolvimiento del proceso constructivo. C) Condicionantes derivados del artículo 26 de la Ley de Suelo. D) Consideraciones sobre la distinción entre los complejos inmobiliarios privados y los urbanísticos. E) La autorización administrativa de la constitución del complejo*. 5. Condicionan-

TES DE DERECHO SUSTANTIVO: EL CONTENIDO DEL TÍTULO REPARCELATORIO CONSTITUTIVO DEL COMPLEJO. *A) Contenido. B) Condicionantes derivados de las fincas de origen. C) Configuración de las fincas de resultado. D) Grado de definición del complejo inmobiliario y posibilidad de constitución de complejos agrupados: las subcomunidades*. 6. CONDICIONANTES DE DERECHO HIPOTECARIO: RÉGIMEN DE INSCRIPCIÓN DEL COMPLEJO. A) *Requisitos para su inscripción. B) Posibles fórmulas para la práctica de los asientos correspondientes según los casos.*

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Varios propietarios de viviendas integradas en una urbanización privada formularon demanda en la que se impugnaba un acuerdo de la junta de propietarios por el que se declaraba la «constitución formal» de la comunidad de propietarios del correspondiente complejo inmobiliario. El acuerdo había sido adoptado en segunda convocatoria de conformidad con la mayoría simple prevista en la Ley de Propiedad Horizontal. El principal motivo de impugnación esgrimido consistía en la supuesta vulneración del artículo 5 de la citada Ley, que exige el acuerdo unánime de todos los copropietarios para el otorgamiento del título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, tanto ordinaria como tumbada, así como para el régimen de complejo inmobiliario.

La sentencia de instancia desestimó la demanda y fue recurrida en apelación. La Audiencia Provincial estimó parcialmente este recurso declarando nulo el acuerdo indicado por entender que «el complejo está sometido a la Ley de Propiedad Horizontal y para la constitución en comunidad de propietarios debía someterse a las exigencias de su artículo 5 tal y como prevé el artículo 24.2.a se exigía el acuerdo de todos los propietarios existentes».

La comunidad de propietarios interpuso contra la sentencia de la Audiencia recurso de casación fundado en que el régimen del complejo inmobiliario ya existía con anterioridad al acuerdo impugnado al haberse constituido mediante un proyecto de reparcelación aprobado e inscrito que se realizó por el propietario de las fincas de origen. Se aduce que «el acuerdo del punto segundo tenía por objeto la declaración formal de tal título constitutivo previo que fue creado por el propietario único en cumplimiento el art. 5 LPH y con el acuerdo que se aprobaba en el punto segundo no se modificaban las reglas del título constitutivo ni se fijaban cuotas diferentes a las ya inscritas en el Registro de la Propiedad en base al proyecto de reparcelación que hacía nacer de hecho y derecho a la comunidad de propietarios» y que «en el presente caso basta por tanto un acuerdo con la mayoría en segunda convocatoria para poner en funcionamiento la comunidad de la LPH».

II. RESUMEN DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

La citada sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2020 (RJ\2020\59) estimó el recurso de casación interpuesto por la comunidad de propietarios asumiendo la argumentación esgrimida por esta.

El único motivo de casación se apoya en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, con vulneración de los artículos 5, 18.2 y 24 de la Ley de Propiedad Horizontal (LPH) y la jurisprudencia que los interpreta y se enuncia así en el fundamento cuarto: «Al amparo del artículo 477.1, 2.3.º y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interés casacional con infracción del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal y de la doctrina del Tribunal Supremo fijada en sentencia STS Sala 1.ª 236/2004, de 25 de marzo (documento núm. 5), en cuanto a los requisitos de cómo debe constituirse la comunidad de propietarios, pudiéndolo hacerlo como propietario único, como es nuestro caso que aprobó el único propietario del ámbito con la inscripción del proyecto de reparcelación en el Registro de la Propiedad de Torrelodones las fincas resultantes cada una de ellas como elemento privativo compartiendo y fijando cuotas de partes comunes como anejo inseparable y copropiedad (1/74 parte indivisa), debiendo conservar conjuntamente los gastos de mantenimiento de las dos parcelas que forman elemento común, consistente en los caminos intersticiales y otra para instalaciones de comunicación, sin que haya sido considerada la existencia de título previo inscrito de constitución en Comunidad de Propietarios (propiedad horizontal tumbada), siendo sólo su declaración formal el objeto del punto segundo del orden del día en la junta celebrada el día 28 de febrero de 2014».

El fundamento séptimo refleja la doctrina jurisprudencial recaída en torno al título constitutivo de la propiedad horizontal y de los complejos inmobiliarios y el octavo señala lo siguiente:

«Esta Sala en sentencia 601/2013, de 4 de octubre, declaró:

En la sentencia recurrida se entiende que al no haber votación unánime no se podía constituir comunidad de propietarios (art. 21.2 LPH).

Este aserto de la sentencia recurrida desconoce que la comunidad ya estaba constituida, por su propia configuración física y jurídica, en cuanto la urbanización gozaba de elementos privativos y comunes, con coeficientes de participación específicamente señalados desde la constitución de la entidad urbanística colaboradora.

La entidad urbanística se disolvió con el fin de dar por finalizadas las obras de urbanización, lo cual no impide que sus componentes sigan integrados en una comunidad de bienes, derechos y obligaciones, no siendo de recibo que los ahora demandantes se nieguen a satisfacer los desembolsos correspondientes al mantenimiento de los elementos comunes, que les correspondan según cuota de participación, ya fijada.

En suma el acuerdo impugnado solo pretendía dar forma a una comunidad ya existente, por lo que no era precisa la unanimidad, pues no se pretendía la constitución sino la formalización».

III. COMENTARIOS

1. Planteamiento

Como se desprende de lo expuesto en los apartados anteriores, la sentencia del Tribunal Supremo objeto de este comentario declaró que la comunidad de

propietarios y el régimen del complejo inmobiliario objeto de análisis ya habían quedado constituidos en el proyecto de reparcelación inscrito, por lo que consideró innecesario el otorgamiento de un nuevo título constitutivo, atribuyendo al acuerdo adoptado por la junta de propietarios la función de «dar forma a una comunidad ya existente», con el fin de «dotarla de un libro de actas y un CIF, de modo que pueda operar».

Partiendo de estas ideas, en el presente comentario se analizará la posibilidad de constitución de un complejo inmobiliario en el seno de un proceso reparcelatorio, su conveniencia o incluso necesidad en algunos casos, los requisitos del título constitutivo en sentido material y formal, sus condicionantes urbanísticos, sustantivos e hipotecarios y las fórmulas posibles de su inscripción registral.

2. Supuestos de conveniencia y necesidad de la constitución de un complejo inmobiliario en el proceso reparcelatorio

la mecánica de la reparcelación supone en esencia una forma de reorganización de la propiedad inmobiliaria mediante la sustitución de unas fincas preexistentes —las llamadas fincas de origen o fincas aportadas— por nuevas fincas ajustadas al planeamiento urbanístico —las fincas de resultado o fincas adjudicadas—. Para el cumplimiento de sus finalidades, el proyecto de reparcelación también es un título hábil para formalizar una pluralidad de negocios jurídicos y operaciones registrales de carácter accesorio que afectan en algunos casos a las fincas aportadas y en otros a las resultantes. El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística contempla expresamente algunas de ellas, como son la declaración de obra nueva sobre fincas de resultado (artículo 7.7), la inmatriculación de fincas de origen, la rectificación de su cabida, linderos o cualquier otra circunstancia descriptiva (artículo 8.1), las operaciones de modificación de entidades hipotecarias (artículo 8.2), la reanudación del tracto sucesivo interrumpido sobre fincas de origen (artículo 9), la cancelación de derechos y cargas incompatibles con la ordenación urbanística (artículo 11.1), la distribución de cargas entre las fincas de resultado (artículo 11, apartados 4 y 5), la extinción de proindivisos (artículo 13), la cancelación formal de asientos posteriores a la nota marginal de inicio del procedimiento (artículos 14.2 y 15), la agrupación instrumental y posterior división de las fincas de origen (artículo 18.2), la cancelación directa de las fincas de origen (artículo18.3) o la constitución sobre las fincas de resultado de derechos de garantía real como la afección urbanística al pago de los gastos de urbanización o la garantía que la sustituya (artículos 19 y 20).

La relación de negocios y operaciones que se acaba de exponer no es cerrada, de tal modo que el proyecto de reparcelación puede albergar otras que resulten necesarias para el cumplimiento de sus fines. Así sucede con la constitución de regímenes de propiedad horizontal y de complejos inmobiliarios con adjudicación individualizada de sus diferentes elementos privativos como fincas de resultado independientes. La idoneidad del proyecto para tal objeto se verá más adelante. En este apartado nos centramos en los supuestos de conveniencia o incluso ne-

cesidad de que tales regímenes sean constituidos en el proceso reparcelatorio, atendiendo en especial al del complejo inmobiliario.

La constitución del complejo inmobiliario en el proyecto de reparcelación puede resultar conveniente en algunos casos. Puede llegarse a esta conclusión partiendo de uno de los presupuestos establecidos por la legislación urbanística para la consideración de una parcela como solar y, por tanto, para que pueda concederse la correspondiente licencia de edificación, consistente en que dé frente a vía pública a fin de posibilitar el acceso a la misma. Como consecuencia de este presupuesto, en los sectores o ámbitos de actuación en que resulta de aplicación la técnica reparcelatoria, el correspondiente proyecto de reparcelación ha de ocuparse de definir las fincas de resultado de tal modo que, una vez hayan finalizado las obras de urbanización en la medida en cada caso prevista por la legislación urbanística aplicable, pueda dar frente a vía pública. En otro caso no sería posible la consolidación del proceso de equidistribución por imposibilidad de los propietarios de materializar los derechos de los que son acreedores en virtud de sus respectivas aportaciones al proceso reparcelatorio. En la práctica, no siempre resulta sencillo conciliar este presupuesto con la exigencia legal de lograr el cumplimiento íntegro de las determinaciones del planeamiento, como son las relativas a la parcela mínima edificable, la densidad máxima de viviendas, la separación a linderos, los retranqueos, los volúmenes edificables, las alturas, el índice de ocupación del suelo, las distancias mínimas o las alineaciones oficiales, a fin de que en cada una de las fincas de resultado pueda materializarse la edificabilidad que se le asigna. En estos casos puede ser conveniente acudir a la creación de un complejo inmobiliario para crear un espacio interpuesto que permita el acceso desde la calle a alguna finca de resultado que, en otro caso, quedaría aislada y, por tanto, no podría adquirir la aludida condición de solar[1].

Junto al supuesto anterior, en la práctica hay otros en que la constitución del complejo es inevitable; así sucede en los casos en que el planeamiento urbanístico se pronuncia en términos muy amplios y flexibles, definiendo manzanas de extraordinaria magnitud superficial de tal modo que, de no acudirse a la técnica del complejo en la reparcelación, habría de ser adjudicadas en proindiviso a una multiplicidad de propietarios, acaso todos los afectados por la actuación, con lo que la funcionalidad del proceso reparcelatorio quedaría notablemente menoscabada al abocar a los copropietarios a proceder a la constitución del complejo en un acto posterior completando así, mediante un negocio jurídico privado, la reorganización de la propiedad propia que está llamada a realizar por sí esta clase de procesos.

3. El título constitutivo del complejo inmobiliario en sentido material y formal

Como señalara la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy de Seguridad Jurídica y Fe Pública) de 1 de junio de 2018, «De los artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria se desprende la conocida distinción entre título material y título formal, a efectos del Registro. Título material es el acto, contrato o negocio jurídico que constituye la causa de adquisición del derecho real objeto de inscripción. Título formal es el documento que constituye el vehículo de

acceso al Registro, siendo la expresión de la forma auténtica y la prueba de dicho acto o contrato».

Desde el punto de vista material, el título constitutivo de los complejos inmobiliarios ha de ajustarse a las reglas generales previstas en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, así como, a los efectos de su inscripción registral, en los apartados 4 y 5 del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, en los términos que se verán más adelante.

En cuanto a los aspectos formales, el título constitutivo está sujeto al principio de libertad de forma propio de los negocios jurídicos conforme al artículo 1278 del Código Civil, si bien ha de revestir forma documental pública a los efectos de su oponibilidad de acuerdo con el artículo 1280 y de su inscripción registral según los artículos 3 y 4 de la Ley Hipotecaria.

De acuerdo con todo ello y con las normas hipotecarias sobre titulación pública, cabe distinguir varias clases de títulos formales constitutivos del complejo inmobiliario: el notarial, el judicial y el administrativo. El artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal hace referencia expresa también al laudo arbitral, cuyos efectos se asimilan a los de las sentencias firmes y pueden protocolizarse notarialmente conforme a los artículos 37 y 43 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

A) Título notarial

El título formal más usual de constitución del complejo inmobiliario es la escritura pública, otorgada conforme a las reglas generales previstas en la legislación notarial e hipotecaria.

También cabe plantearse la posibilidad de inscripción del régimen mediante un acta notarial que ponga fin a un expediente de dominio con resultado positivo conforme a los artículos 203 y 208 de la Ley Hipotecaria, a los que seguidamente haremos referencia.

B) Título judicial

Respecto de los títulos judiciales, ya se admitía tradicionalmente la posibilidad de la división horizontal declarada en el auto resolutorio de un expediente de dominio, que antes de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, era de tramitación judicial, quedando sustituida por la intervención notarial. En este sentido resulta de interés el auto de la Audiencia Provincial de León (Sección 2ª) de 25 de febrero de 1998 (AC\1998\4207) cuando afirma lo siguiente: «Y, finalmente, en relación con lo que parece la principal cuestión suscitada a través del recurso que nos ocupa, es decir, con la posibilidad de que se otorgue el título constitutivo de la propiedad horizontal en el propio expediente de dominio, la Sala entiende que, aunque inusual, no existe obstáculo legal que lo impida, pues el artículo 5 de la Ley de la Propiedad Horizontal no lo prohíbe expresamente y la posibilidad de hacerlo resulta de una interpretación conjunta de dicho precepto con el último inciso del último párrafo del número 4.º del artículo 8 de la

Ley Hipotecaria, que en su integridad establece que la inscripción —en referencia a la de los edificios en régimen de propiedad horizontal— se practicará a favor del dueño del inmueble constituyente del régimen o de los titulares de todos y cada uno de sus pisos o locales; así como de la finalidad del expediente de jurisdicción voluntaria en que nos encontramos que, como se desprende del artículo 272 del Reglamento Hipotecario, no viene a ser sino una solución arbitrada por el Legislador para los casos en que una relación jurídica inmobiliaria no haya tenido acceso al Registro. Y tal es, precisamente, el criterio mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que tiene admitido que el auto resolutorio del expediente se extienda tanto a la declaración de obra nueva como a la constitución de la propiedad horizontal, teniendo razonado en relación con esta que tampoco es obstáculo para la reanudación del tracto por el auto que declare justificado el dominio, el que resulte que éste no pertenece sólo a una persona, sino a varias, sea en condominio ordinario (cfr. artículo 278 RH) sea en cualquier otro tipo de la cotitularidad, incluido, por tanto también, el supuesto de pertenencia en régimen de propiedad horizontal».

Si bien en la actualidad el expediente de dominio se tramita ante notario, cabe realizar las mismas reflexiones respecto de la sentencia que ponga fin al juicio declarativo que proceda en caso de no comparecencia u oposición por parte de alguno de los interesados citados en el expediente conforme a los artículos 203 y 208 de la Ley Hipotecaria, redactados por la citada Ley 13/2015.

Finalmente, entendemos que lo mismo cabe decir respecto de la sentencia recaída en un juicio declarativo instado con cualquier objeto independiente y de la que resulte la existencia del régimen de propiedad horizontal o del complejo inmobiliario, la cual sería inscribible siempre que el contenido de dicho régimen esté suficientemente determinado en atención al principio de especialidad, por reunir los requisitos de fondo a los que luego haremos referencia.

C) Título administrativo

En tercer lugar, el negocio jurídico constitutivo del complejo inmobiliario puede también contenerse en un título formal de carácter administrativo. Así lo prevé expresamente el artículo 206 de la Ley Hipotecaria respecto de los bienes pertenecientes a la Administración, al disponer su apartado 5 que «Además de ello, mediante certificación administrativa del acto en que así se disponga, podrán practicarse, en los bienes de titularidad de las Administraciones Públicas y de las entidades de Derecho público a que refiere el apartado 1 de este artículo, operaciones registrales de agrupación, división, agregación, segregación, declaración de obra nueva, división horizontal, constitución de conjuntos inmobiliarios, rectificación descriptiva o cancelación, siempre que tales actos no afecten a terceros que no hubieran sido citados en el expediente, se cumplan los requisitos establecidos por la legislación sectorial y se aporte la representación gráfica catastral de la finca o representación alternativa, en los términos previstos en el artículo 10».

Otro posible título sería la certificación administrativa del acuerdo aprobatorio de un proyecto de equidistribución que determine la constitución del complejo inmobiliario adjudicando sus diferentes elementos privativos como fincas

de resultado independientes. Esta posibilidad existe desde antiguo en nuestro ordenamiento jurídico urbanístico, al estar expresamente recogida en el antiguo Reglamento de Reparcelaciones de 1966 y en la actualidad se encuentra regulada de forma explícita en diversas leyes autonómicas[2] y late en disposiciones estatales actualmente vigentes[3].

La posibilidad de formalización del título constitutivo a través del proyecto de reparcelación también es admitida abiertamente por la jurisprudencia, como lo muestra la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2020, objeto de este comentario, que considera innecesario el otorgamiento de un nuevo título constitutivo de un complejo inmobiliario cuando su constitución ya se había producido previamente en un instrumento reparcelatorio.

La constitución del complejo realizada al margen del proyecto de reparcelación, ya sea previa a él sobre las fincas de origen o posterior sobre las de resultado, se rige por las reglas generales, pero la realizada por el propio proyecto está sometida a ciertas especialidades urbanísticas, sustantivas y registrales que contemplamos en los apartados que siguen.

4. Condicionantes urbanísticos

A) Cumplimiento de la ordenación urbanística

Naturalmente, la nueva estructura de propiedad derivada de la actividad de reordenación que supone la reparcelación, que se manifiesta en la definición de las fincas de resultado correspondientes a los elementos privativos y comunes del complejo inmobiliario, ha de cumplir las determinaciones previstas en el planeamiento urbanístico, evitando la colisión entre aquella definición y la ordenación urbanística. En efecto, de acuerdo con la regla contenida en el artículo 23.1 del texto refundido de la ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, cada una de las fincas resultantes, incluidas por tanto las que constituyan elementos integrantes del complejo inmobiliario, ha de reunir «las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística». En particular, debe prestarse especial atención al cumplimiento de determinaciones tales como las establecidas en materia de parcela mínima edificable, densidad máxima de viviendas y las restantes antes aludidas, de tal modo que en cada una de las fincas de resultado, incluidas las integrantes del complejo, pueda materializarse la edificabilidad que se le asigna.

Sin embargo, no parece necesario que el planeamiento contenga la previsión expresa de la futura constitución del complejo inmobiliario, ni siquiera en el caso del llamado complejo inmobiliario urbanístico previsto en el artículo 26.5 del texto refundido, al que luego haremos referencia.

B) Consideraciones sobre el grado de desenvolvimiento del proceso constructivo

El régimen de propiedad horizontal ordinaria se asienta sobre la existencia previa del edificio sobre el que se constituye y su constancia registral requiere la previa

declaración de obra nueva y que la construcción del edificio esté «esté concluida o, por lo menos, comenzada», de acuerdo con el apartado 4 del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, siendo además necesario «que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen» para la apertura de folio separado a cada uno de sus pisos o locales privativos según el apartado 5 del mismo artículo.

Conforme al artículo 7.7 del Real Decreto 1093/1997, el título reparcelatorio debe contener la «descripción de las construcciones que se mantienen y especificación de las fincas de resultado en que se ubican» y en él «se expresarán, en su caso, las construcciones existentes, aunque no hubieran sido objeto de previa inscripción registral». Esto ocurrirá normalmente en las actuaciones sobre suelo urbanizado consistentes en la reforma o renovación de la urbanización a las que se refiere el artículo 7.1.a.2 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, así como en las de nueva urbanización del artículo 7.1.a.1, siempre que las edificaciones preexistentes hayan de sobrevivir al proceso reparcelatorio por ser compatibles con el planeamiento que se ejecuta. En tales casos no parece haber mayor inconveniente en que el proyecto contenga la división horizontal del edificio adjudicando los diferentes pisos o locales privativos como fincas de resultado llamadas a abrir folio registral independiente por la vía del artículo 8 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, el proyecto de reparcelación es un vehículo apto para la constancia registral de la declaración de obra nueva. La adjudicación del edificio puede realizarse a favor de un solo propietario afectado por la actuación pero también a favor de una comunidad ordinaria que, en su caso, podrá proceder después a su división horizontal en aplicación de las normas ordinarias. Pero, a nuestro juicio, el título reparcelatorio también es idóneo para la constitución del régimen adjudicando directamente los diferentes pisos o locales a favor de distintos propietarios.

En cambio, consideramos que la constitución del régimen de complejo inmobiliario por el proyecto de reparcelación no requiere la previa constancia de construcción alguna. No en vano, el artículo 24 de la Ley de Propiedad horizontal prevé que los complejos puedan estar integrados no sólo por dos o más edificaciones sino también por dos o más parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales. La resolución de 23 de octubre de 2002 de la entonces Dirección General de los Registros y del Notariado estimó el recurso interpuesto contra la calificación registral que había suspendido la constitución de este régimen «por no ir precedida la división horizontal de la previa declaración de obra nueva, construida, o al menos comenzada». El centro directivo consideró innecesaria tal declaración previa pues no se trataba de la simple división horizontal de un edificio, «sino una división en fincas independientes sobre la que se constituye un complejo inmobiliario», posponiendo la constatación de las edificaciones al momento en que se hubiera iniciado la edificación de las diferentes parcelas privativas por sus respectivos propietarios. Esta resolución fue objeto de comentario por el autor de estas líneas en esta misma revista, por lo que nos remitimos a lo dicho entonces[4].

C) Condicionantes derivados del artículo 26 de la Ley de Suelo

La regulación estatal de los aspectos urbanísticos de los complejos inmobiliarios se encuentra recogida principalmente en el artículo 26 del texto refundido

de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, de cuyo contenido destacamos lo que sigue en lo que afecta al presente comentario.

En primer lugar, el apartado 1 del precepto define los conceptos de finca y parcela, considerando a la primera como «la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral». A continuación se define la parcela como «la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o el subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso o sólo uso urbanístico independiente».

Partiendo de la distinción conceptual anterior, el apartado 4 relaciona ambos conceptos con el de los complejos inmobiliarios al establecer que «la constitución de finca o fincas en régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario autoriza para considerar su superficie total como una sola parcela, siempre que dentro del perímetro de ésta no quede superficie alguna que, conforme a la ordenación territorial y urbanística aplicable, deba tener la condición de dominio público, ser de uso público o servir de soporte a las obras de urbanización o pueda computarse a los efectos del cumplimiento del deber legal a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 18», es decir, el de «entregar a la Administración competente el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención». Por lo tanto, los elementos privativos del complejo inmobiliario constituyen fincas materiales con vocación de formar distintas fincas registrales mediante la apertura de folio separado a cada una de ellas conforme a la regla general del artículo 8.5 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, la constitución de este régimen no implica necesariamente la existencia de parcelas urbanísticas independientes que hayan de coincidir con los distintos elementos privativos. En definitiva, desde esta perspectiva se distingue entre los complejos inmobiliarios que constituyen una única parcela en su conjunto y aquellos otros que recaen sobre parcelas diferentes.

El mismo apartado 4 establece en su párrafo siguiente una norma de gran relevancia, referida exclusivamente al concepto de finca, consistente en que «el complejo inmobiliario podrá constituirse sobre una sola finca o sobre varias, sin necesidad de previa agrupación, siempre que sean colindantes entre sí o únicamente se hallen separadas por suelos que, de acuerdo con la ordenación territorial y urbanística, deban tener la condición de dominio público, ser de uso público, servir de soporte a las obras de urbanización, o ser computables a los efectos del cumplimiento del deber de entregar a la Administración el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención».

Se contempla así una dualidad de modalidades posibles de constitución del complejo. La primera de ellas es la que puede considerarse como tradicional, en que la finca sobre la que se constituye aquel es única, a la que la Ley de Propiedad Horizontal, siguiendo la terminología del artículo 8.4 de la Ley Hipotecaria, califica como el «inmueble en su conjunto» en su artículo 5 y en el 24 como el «complejo inmobiliario en su conjunto». Pero, junto a esta modalidad, que persiste como la única prevista en el citado artículo 8 de la Ley Hipotecaria, la Ley estatal del

suelo admite, como hemos visto, la posibilidad de constitución del régimen sobre una pluralidad de fincas preexistentes sin necesidad de su previa agrupación.

A continuación nos referimos separadamente a algunas cuestiones que suscitan los dos últimos apartados del artículo 26 del texto refundido.

D) Consideraciones sobre la distinción entre los complejos inmobiliarios privados y los urbanísticos

Nos referimos aquí a los apartados 5 y 6 del artículo 26, que establecen lo siguiente:

«5. Cuando los instrumentos de ordenación urbanística destinen superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el vuelo, a la edificación o uso privado y al dominio público se constituirá un complejo inmobiliario de carácter urbanístico en el que aquéllas y ésta tendrán el carácter de fincas especiales de atribución privativa, previa la desafectación y con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público. Tales fincas podrán estar constituidas, tanto por edificaciones ya realizadas, como por suelos no edificados, siempre que su configuración física se ajuste al sistema parcelario previsto en el instrumento de ordenación.

6. La constitución y modificación del complejo inmobiliario privado, del tipo de los regulados como regímenes especiales de propiedad, por el artículo 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, deberá ser autorizada por la Administración competente donde se ubique la finca o fincas sobre las que se constituya tal régimen, siendo requisito indispensable para su inscripción, que al título correspondiente se acompañe la autorización administrativa concedida o el testimonio notarial de la misma.

No será necesaria dicha autorización en los supuestos siguientes (...)».

El artículo 2.5 de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación urbanas, establecía la distinción de dos clases de complejos inmobiliarios: de un lado, el complejo inmobiliario privado, al que definía como «aquel complejo inmobiliario sujeto al régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria a que se refiere el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, así como a los regímenes especiales de propiedad establecidos por el artículo 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal» y, de otro, el complejo inmobiliario urbanístico, considerando como tal al «integrado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 17.4 del texto refundido de la Ley de Suelo, por superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el vuelo, destinadas a la edificación o uso privado y al dominio público».

Aunque el citado artículo 2.5 fue derogado por el vigente texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015, la distinción se encuentra latente en la actualidad en los apartados 5 y 6 del artículo 26 de dicho texto refundido, al referirse expresamente el primero de ellos a los conocidos como complejos inmobiliarios urbanísticos y el segundo, a los privados.

El criterio de clasificación nos resulta, cuando menos, llamativo por varias razones. En primer lugar, por la terminología empleada, ya que el adjetivo «privado»

no se contrapone en modo alguno al de «urbanístico». En efecto, en esta distinción se entrecruzan diferentes criterios que no son incompatibles entre sí: de un lado, el criterio de la titularidad de los elementos privativos, al que parece apuntar el concepto de complejo privado, que a primera vista parece excluir la posibilidad de que alguno de sus elementos sea de carácter público; de otro lado, el criterio de la supuestamente necesaria coexistencia en el llamado complejo urbanístico de elementos privativos demaniales y de propiedad privada, al que apunta el artículo 26.5 del texto refundido cuando se refiere a los complejos en que se «destinen superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el vuelo, a la edificación o uso privado y al dominio público», lo que parece excluir la constitución de complejos separados por planos horizontales de la misma naturaleza, sea privada o demanial. Por otra parte, la terminología empleada para caracterizar a los complejos urbanísticos parece hacer referencia a los supuestos en que, concurriendo la anterior circunstancia, el destino de las superficies superpuestas venga determinado por «los instrumentos de ordenación urbanística» a que se refiere expresamente el citado precepto, cuando nada obsta para que tales instrumentos puedan prever también la constitución de complejos calificados como privados, como hemos visto en el apartado 2.

En definitiva, creemos que sería más apropiado desdoblar esta distinción en dos: por un lado, por razón de la naturaleza de la titularidad de los diferentes elementos privativos del complejo, cabría distinguir entre los de carácter público, privado y mixto; por otro, por razón de la iniciativa para su constitución, cualquiera de estas tres categorías, y no sólo la tercera cuando se trate de propiedades por planos, podría estar expresamente prevista en el planeamiento, supuesto este en que resultaría más apropiado el empleo del calificativo de «urbanístico».

También nos parece desacertada la consecuencia jurídica que trata de ligarse a una y otra categoría de complejos inmobiliarios en el artículo 26 comentado. En primer lugar, porque el inciso final del apartado 5, relativo a la posibilidad de que los elementos privativos estén constituidos «tanto por edificaciones ya realizadas, como por suelos no edificados» resulta aplicable a cualquier clase de complejos y no sólo a los «urbanísticos» a los que se refiere dicho apartado, por las razones antes apuntadas. En segundo término, no parece que la necesidad de autorización administrativa referida en el apartado 26 deba circunscribirse a los complejos «privados». En este sentido, el artículo 17.6 de la anterior Ley de Suelo de 2008 extendía la exigencia de autorización a cualquier clase de complejos inmobiliarios. No debe olvidarse que la titularidad de los complejos «urbanísticos» puede corresponder a cualquier Administración pública y que sólo la municipal es competente para la concesión de la autorización, como señala la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en su resolución de 12 de julio de 2022, entre otras muchas.

E) La autorización administrativa de la constitución del complejo

Como se ha visto, el apartado 6 del artículo 26 del texto refundido vigente exige autorización municipal para la constitución y modificación del complejo inmobiliario privado, exigencia que, por las razones apuntadas, consideramos aplicable

a cualquier clase de complejos inmobiliarios, sean públicos, privados o mixtos y estén o no conformados por diferentes planos horizontales. Parece que cabría entender excluidos de esta norma aquellos que estuvieran expresamente previstos en el planeamiento aprobado por la Administración urbanística con el suficiente grado de determinación, al menos, en cuanto al número concreto de elementos privativos que hayan de constituirse.

En todo caso, el precepto establece las siguientes excepciones en su inciso final: «No será necesaria dicha autorización en los supuestos siguientes:

a) Cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquel.
b) Cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de sus elementos privativos».

A los efectos de este comentario interesa contemplar dos cuestiones respecto de esta norma. La primera es la referente a si la tradicionalmente conocida como propiedad horizontal tumbada se encuentra o no sometida a la exigencia de la autorización municipal. En relación con esta cuestión es de recordar la doctrina de la Dirección General que, por lo general, excluye a esta figura de tal exigencia, considerándola aplicable tan sólo a los complejos inmobiliarios en sentido estricto. Ya nos hemos pronunciado sobre esta doctrina en varias ocasiones[5], por lo que no nos detendremos aquí en esta cuestión, si bien conviene tener en cuenta que el propio artículo 26.6 comentado dispone en su último párrafo que «A los efectos previstos en este número se considera complejo inmobiliario todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distingan elementos privativos, sujetos a una titularidad exclusiva, y elementos comunes, cuya titularidad corresponda, con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privativos», definición amplia que parece abarcar tanto a los complejos inmobiliarios en sentido estricto como a la llamada propiedad horizontal tumbada.

La segunda cuestión que cabe destacar surge cuando la constitución del complejo inmobiliario se contiene en el título reparcelatorio, supuesto en que cabe entender que la aprobación municipal del proyecto, al referirse a la totalidad de su contenido, constituiría otro supuesto de excepción distinto de los previstos expresamente en el artículo 26.6, dado que la Administración competente para dicha aprobación y para la concesión de la autorización de la constitución del complejo es la misma. A este respecto, consideramos extensible a la constitución del complejo inmobiliario la siguiente argumentación que emplea Arnaiz Ramos[6] respecto de la declaración de obra nueva: «En todos aquellos casos en que la obra nueva sea declarada en la documentación en que se formaliza el proyecto de equidistribución y su aprobación, no será necesario, para su inscripción en el Registro de la Propiedad, acreditar la obtención de licencia que la habilite, pues la situación de adecuación o falta de adecuación de la edificación declarada a la nueva ordenación que se esté ejecutando, y que determinará su desaparición o subsistencia, habrá de tenerse por calificada en el acuerdo de aprobación definitiva de la reparcelación, del que resulta la intervención administrativa necesaria para la inscripción registral».

5. Condicionantes de derecho sustantivo: el contenido del título reparcelatorio constitutivo del complejo

A) Contenido

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 2.c y 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, el contenido del título constitutivo del complejo inmobiliario se encuentra previsto en su artículo 5, así como, a los efectos de su inscripción registral, en los apartados 4 y 5 del artículo 8 de la Ley Hipotecaria. Dado que se trata de normas directamente dictadas para la propiedad horizontal ordinaria, su puesta en práctica respecto del complejo ha de realizarse con las cautelas y adaptaciones y propias de la aplicación analógica de las normas jurídicas.

Partiendo del citado artículo 5, el contenido mínimo del título constitutivo y, por tanto, del proyecto de reparcelación que lo contenga, viene determinado por la expresión de las tres siguientes circunstancias: a) la descripción del inmueble en su conjunto, esto es, del propio complejo considerado como una unidad, con expresión de las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria y de los elementos, servicios e instalaciones comunes con que cuente; b) la descripción individualizada de cada uno de los diferentes elementos privativos, a los que se asignará número correlativo, con expresión de su respectiva extensión, linderos, los anejos con que contaren y el resto de circunstancias descriptivas de los mismos, y c) la determinación de la cuota de participación que corresponde a cada elemento privativo en relación con el inmueble en su conjunto.

Con carácter potestativo, la norma prevé también la inclusión en el título de reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del conjunto, sus diferentes elementos privativos y comunes, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad.

El contenido que haya de darse al título reparcelatorio en que se formalice la constitución del complejo depende tanto de las circunstancias de la finca o fincas de origen afectadas como de la configuración que pretenda darse a las fincas de resultado, según pasamos a exponer.

B) Condicionantes derivados de las fincas de origen

En relación con las fincas de origen, la forma que podríamos considerar como clásica de la constitución del complejo inmobiliario parte de la preexistencia de una finca matriz, coincidente con el «inmueble en su conjunto» al que se refieren tanto el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal como el 8 de la Ley Hipotecaria, y que comprende toda la superficie del complejo. Ante esta fórmula tradicional cabía plantearse si era posible la constitución del régimen no sobre una sino sobre varias fincas y si, en caso afirmativo, era necesario proceder a su previa unificación mediante la oportuna agrupación.

En la actualidad estas dudas tienen respuesta en el artículo 26.4, cuyo contenido ya se ha transcrito, de donde resultan las dos posibilidades: el complejo

inmobiliario puede constituirse sobre una sola finca o sobre varias, sin necesidad de previa agrupación, siempre que sean colindantes entre sí o únicamente se hallen separadas por suelos que deban tener la condición de dominio público, ser de uso público, servir de soporte a las obras de urbanización o ser computables a los efectos del cumplimiento del deber de entrega a la Administración del suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas. En el último apartado veremos las repercusiones registrales que presenta cada una de estas dos posibilidades.

C) Configuración de las fincas de resultado

Respecto de las fincas de resultado del proyecto de reparcelación, hay que partir de la circunstancia de que tanto el «inmueble en su conjunto» como cada uno de sus diferentes elementos privativos reúnen las características establecidas para su consideración como finca en el artículo 26.1.a del texto refundido de la Ley de Suelo, que la define como «la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo», añadiendo que «cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral», como sucede a través del sistema del doble o múltiple folio registral propio de la propiedad horizontal y de los complejos inmobiliarios conforme a los apartados 4 y 5 del artículo 8 de la Ley Hipotecaria.

Por tanto, cabe preguntarse si el proyecto ha de atribuir el carácter de finca resultante al complejo inmobiliario en su conjunto, a todos y cada uno de sus elementos del complejo que hayan de ser objeto de adjudicación separada o tanto a uno como a otros. A falta de disposiciones específicas al respecto, consideramos admisibles las tres fórmulas, porque ninguna de ellas parece violentar el régimen sustantivo de la figura que analizamos ni el de su constancia registral.

Inicialmente puede parecer una cuestión puramente nominal porque uno de los capítulos que debe contener todo proyecto de reparcelación es el correspondiente a la «descripción de las fincas de resultado (...), bien por sustitución de las fincas originarias, bien por segregación de la agrupada instrumentalmente a estos efectos» según el artículo 7.8 del Real Decreto 1093/1997. En este sentido, cualquiera que sea la fórmula que se adopte producirá un efecto jurídico-real análogo, que es el característico de la propiedad especial que supone el régimen de propiedad horizontal y el del complejo inmobiliario. Y en todos los casos el título material de tal propiedad será el reparcelatorio, aunque en alguno de ellos lo será de forma inmediata (cuando cada elemento se identifique como una finca de resultado independiente aunque en unidad de acto pero de forma sucesiva se constituya el régimen sobre todos ellos como fincas independientes) y en otros de forma mediata (cuando la finca de resultado sea la correspondiente al complejo en su conjunto, supuesto en que el título inmediato de cada elemento privativo sería el de constitución del régimen de complejo inmobiliario y el mediato sería el proyecto en el que se formaliza tal constitución).

Sin embargo, lo cierto es que no se trata de una cuestión estrictamente nominal porque la opción por una alternativa u otra presentará diferentes consecuen-

cias desde la perspectiva registral, cuestión a la que nos referiremos en el último apartado de este comentario.

En definitiva, desde el punto de vista del derecho sustantivo y en relación con la redacción del proyecto de reparcelación, en nuestra opinión este podría optar en teoría por una de estas fórmulas a la hora de definir las fincas de resultado en relación con la constitución del complejo: a) definir como finca resultante a la correspondiente al conjunto y proceder seguidamente a su división en régimen de complejo inmobiliario adjudicando sus diferentes elementos privativos de forma separada; b) invertir el orden de las operaciones, considerando como fincas resultantes a cada uno de los elementos del complejo, lo que necesariamente comprendería en este caso tanto a los privativos como a los comunes, y proceder seguidamente a la constitución del régimen sobre todas estas fincas resultantes (como vimos, este puede recaer sobre una finca o sobre varias sin necesidad de previa agrupación); c) cabría también distinguir entre una finca resultante de primer orden, que sería el inmueble en su conjunto (que incluiría los elementos comunes), y varias fincas resultantes de segundo orden o derivadas, que serían las correspondientes a sus elementos privativos, si bien esta tercera fórmula nos parece algo rebuscada aunque no improcedente.

D) Grado de definición del complejo inmobiliario y posibilidad de constitución de complejos agrupados: las subcomunidades

El grado de definición del complejo inmobiliario puede variar en función de las necesidades de cada ocasión, pero en todo caso debe estar perfectamente determinado el contenido mínimo del título constitutivo reflejado en el citado artículos 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, con las peculiaridades derivadas del artículo 24, así como en los apartados 4 y 5 del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, en los términos expresados.

El sistema de inscripción de los complejos inmobiliarios fue perfilado por la resolución de 2 de abril de 1980, que ya vislumbró la idea de la apertura de un triple o múltiple folio: «uno general para toda la urbanización en su conjunto en donde se detallan los elementos comunes y reglas generales de toda la urbanización contenidas en el título constitutivo y los estatutos», otro «separado a cada uno de los edificios o bloques construidos con su régimen de propiedad horizontal y relacionado con el folio general de la urbanización» y, eventualmente, un tercer nivel de folios registrales, consistente en la apertura de «folio separado a cada uno de los pisos o locales que integran cada bloque relacionado con el folio general del propio bloque».

Esta idea es la adaptación al ámbito registral de la variedad de posibilidades existentes desde el punto de vista sustantivo para la configuración del complejo y que después tuvo reflejo legislativo en el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal. Dicho artículo permite tanto la constitución de «una sola comunidad de propietarios» como la de «una agrupación de comunidades de propietarios», al tiempo que establece para este segundo supuesto que «El título constitutivo contendrá la descripción del complejo inmobiliario en su conjunto y de los elementos, viales, instalaciones y servicios comunes» y que dicho título también «fijará

la cuota de participación de cada una de las comunidades integradas, las cuales responderán conjuntamente de su obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales de la comunidad agrupada».

De acuerdo con todo ello, y en el caso del complejo constituido por el proyecto de reparcelación, es posible que el grado de determinación de sus diferentes elementos llegue al punto de permitir la definición de varios niveles dentro del mismo cuando se prevea que alguno de los elementos privativos del complejo, inicial o de primer nivel («agrupado», siguiendo la terminología del precepto) pueda dividirse a su vez en régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario de segundo nivel («integrado», en la misma terminología). Pero para ello será necesaria la plena determinación del segundo, en cuanto a los elementos comunes y privativos de este y a sus respectivas cuotas de participación. En otro caso, es decir, en el de falta de determinación total de las circunstancias del complejo de segundo nivel, el proyecto de reparcelación no podrá contener su constitución, sin perjuicio de que esta pueda realizarse después, en acto separado, por sus propietarios mediante un nuevo título constitutivo otorgado conforme a las reglas generales de la legislación hipotecaria y de propiedad horizontal.

6. Condicionantes de derecho hipotecario: régimen de inscripción del complejo

A) Requisitos para su inscripción

El título reparcelatorio que contenga la constitución del complejo inmobiliario deberá reunir los requisitos de fondo previstos en los ya expuestos artículos 5 de la Ley de Propiedad Horizontal y 8, apartados 4 y 5 de la Ley Hipotecaria, así como en los artículos 7 y siguientes del Real Decreto 1093/1997. Naturalmente, también deberá cumplir todos los requisitos generales de inscripción derivados de la legislación hipotecaria, con especial atención al principio de especialidad. En este sentido, en su confección debe cuidarse el cumplimiento de las exigencias contenidas en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, entre las que destacan las novedades introducidas por la Ley 13/2015, de 24 de junio, de donde resulta que «siempre que se inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos», deberá hacerse constar «la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices». Igualmente habrá de atenderse a la copiosa doctrina generada por la Dirección General en orden al desenvolvimiento de estos requisitos en relación con los proyectos de equidistribución[7].

Los requisitos formales del título reparcelatorio serán los establecidos con carácter general según la clase de documento de que se trate y los específicamente previstos en los artículos 2, 3 y 6 del Real Decreto 1093/1997.

B) Posibles fórmulas para la práctica de los asientos correspondientes según los casos

La inscripción se ajustará a las reglas del artículo 8, apartados 4 y 5, de la Ley Hipotecaria, si bien, al estar estos directamente referidos a «los edificios en régimen de propiedad por pisos», deberán aplicarse con las debidas adaptaciones, según ya hemos expuesto, y teniendo en cuenta en todo caso las directrices sentadas por la Dirección General en esta materia.

De las normas indicadas resulta, en primer lugar, la fórmula de inscripción del complejo que podemos considerar como «tradicional». Así, la aplicación del apartado 4 del citado artículo 8 determina la constancia de la constitución del régimen en el folio registral correspondiente al «inmueble en su conjunto», cuya inscripción deberá contener la descripción del mismo, así como la descripción de los diferentes elementos privativos susceptibles de aprovechamiento independiente, «asignando a éstos un número correlativo, escrito en letra y la cuota de participación que a cada uno corresponde en relación con el inmueble», Asimismo, en su caso, se incluirán «aquellas reglas contenidas en el título y en los estatutos que configuren el contenido y ejercicio de esta propiedad». Se entiende que la descripción de los elementos comunes debe contenerse en este primer folio registral. Una vez abierto el folio registral del inmueble e inscrito en él la constitución del régimen de complejo inmobiliario, se procede a la apertura de folio independiente a cada uno de los elementos privativos, de acuerdo con el apartado 5 del mismo artículo antes citado. Y si alguno de los elementos privativos a los que se abra folio albergare un edificio dividido en pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente y resultan del título todos los requisitos necesarios, sería posible proceder a su división horizontal (lo que resulta extensible, en su caso, a la constitución de un nuevo complejo de segundo orden aun no existiendo edificación en él, como vimos), dando lugar a una estructura piramidal de folios registrales. Los distintos folios estarán interconectados a través de las correspondientes notas marginales y referencias en el cuerpo de las respectivas inscripciones conforme a las reglas generales.

Ahora bien, en segundo lugar y como ya ha se ha dicho, el último párrafo del artículo 26.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana establece en la actualidad otra modalidad de constitución del complejo: la que recae sobre varias fincas sin necesidad de su previa agrupación, lo que, en su aplicación al ámbito registral, parece apuntar al desenvolvimiento de una nueva fórmula para su inscripción, que podría considerarse como «alternativa». En efecto, si el régimen no se constituye sobre una única finca sino sobre dos o más y no está prevista su agrupación en una sola, parece lógico entender (al menos en el plano puramente teórico) que el título constitutivo habrá de hacerse constar en el folio de todas las fincas afectadas, verificándose así, por razones de economía procedimental, a través de la técnica de las inscripciones extensas (en una de ellas) y concisas (en el resto y con referencia a la extensa), de conformidad con el artículo 245 de la Ley Hipotecaria y 380 y siguientes de su Reglamento. Frente a tal posibilidad teórica cabría oponer que también en este supuesto sería procedente la fórmula clásica de inscripción ya que en todo caso el título constitutivo ha de contener la descripción del inmueble en su conjunto.

A partir de esta dualidad teórica de posibles fórmulas de inscripción del complejo inmobiliario en términos generales, nos centrarnos ahora en los asientos a practicar en relación con el constituido a través del proyecto de reparcelación, cuestión que dependerá de la forma en que este haya configurado las fincas de

resultado de entre las tres hipótesis a las que nos hemos referido en la letra C) del apartado 5 anterior.

Así, en la primera hipótesis apuntada, el proyecto define como única finca resultante la correspondiente al complejo en su integridad pero determina al mismo tiempo todas las circunstancias que han de contener el título constitutivo del régimen (es decir, en resumen, la previsión de la constitución del complejo sobre dicha finca de resultado, la descripción del complejo en su conjunto, incluidos sus elementos comunes, la descripción individualizada de todos los elementos privativos y la determinación de sus respectivas cuotas en relación con el total del conjunto). En este caso, parece que la fórmula de inscripción adecuada sería la que hemos calificado como «tradicional», esto es, mediante la apertura de folio al complejo en su conjunto (definida en el proyecto como finca de resultado), para proceder seguidamente a la apertura de folio independiente a cada uno de sus elementos privativos (no definidos en el proyecto directamente como fincas de resultado), teniendo la consideración de fincas procedentes de la constitución del régimen de complejo sobre aquella finca de resultado. Los elementos comunes serían descritos en el folio del inmueble en su conjunto.

La segunda hipótesis consistiría en la definición por el proyecto de reparcelación de tantas fincas de resultado como elementos tenga el complejo, debiendo constituirse como tales fincas de resultado no sólo los elementos privativos sino también los comunes pues la reparcelación ha de operar sobre la totalidad de la superficie del ámbito de actuación o sector, sin que queden espacios «vacíos». Una vez definidas así las fincas de resultado, se procedería a la constitución del régimen que, al recaer sobre varias fincas no agrupadas (como permite el citado artículo 26.4 del texto refundido), podría hacerse constar en el Registro en el folio abierto a las mismas, como vimos, mediante la técnica de las inscripciones extensas y concisas (posibilidad que, como vimos, no necesariamente impide la aplicación de la fórmula tradicional de inscripción).

La tercera hipótesis (más teórica que práctica) consistiría en la consideración por el proyecto de reparcelación como fincas de resultado de la reparcelación tanto al inmueble en su conjunto (finca de resultado de primer orden, con descripción de todos los elementos privativos y comunes y con expresión de la constitución del régimen) como a todos y cada uno de sus elementos privativos (fincas de resultado de segundo orden, procedente de la constitución del complejo). En este supuesto sería también aplicable la fórmula de inscripción «tradicional», abriendo folio registral a la finca de resultado de primer orden con expresión de la constitución del régimen y de todos sus elementos y determinación de cuotas y, a continuación, abriendo también folio independiente a cada una de las fincas de resultado de la reparcelación como elementos privativos del complejo.

En todos los supuestos anteriores, si alguna de las fincas de resultado coincidente con un elemento privativo del complejo reuniera los requisitos necesarios según el mismo título reparcelatorio, podría procederse también a su división horizontal o en régimen de complejo inmobiliario «integrado» como «subcomunidad» en el complejo inmobiliario integral, total o «agrupado», siguiendo la terminología empleada por el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal.

NOTAS

[1] Esta cuestión la tratamos en profundidad en (2023) Soluciones para la definición de parcelas edificables desde un proyecto de reparcelación: los espacios interpuestos, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 799, 3063-3076.

[2] Cabe citar los siguientes ejemplos: el artículo 126 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña; el artículo 81 de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de Urbanismo de las Islas Baleares y los artículos 134 de su Reglamento para la isla de Mallorca y 225 de su reglamento para la isla de Menorca; el artículo 101 del Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana; el artículo 144 de la Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria, etc.

[3] ARNAIZ EGUREN, R. (2010). Terreno y edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad, Pamplona: Aranzadi, pp. 349 y siguientes, llega a esa conclusión partiendo del artículo 54.5 de la Ley de Suelo de 2008, hoy 58.5 del vigente texto refundido de 2015, y de los artículos 5 y siguientes del Real Decreto 1093/1997. Así parece permitirlo el artículo 23 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que se refiere a la adjudicación de fincas de resultado (definidas como «unidad de suelo o de edificación» en el artículo 26.1.a) y no necesariamente de parcelas («unidad de suelo» según el 26.1.b). El citado artículo 23 establece en su apartado 1 que «El acuerdo aprobatorio de los instrumentos de distribución de beneficios y cargas produce el efecto de la subrogación de las fincas de origen por las de resultado y el reparto de su titularidad entre los propietarios, el promotor de la actuación, cuando sea retribuido mediante la adjudicación de parcelas incluidas en ella, y la Administración, a quien corresponde el pleno dominio libre de cargas de los terrenos a que se refieren las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 18».

[4] LANZAS MARTÍN, E.P. (2004). Conjuntos inmobiliarios, propiedad horizontal y declaración de obra nueva, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 683, 3445-3462.

[5] LANZAS MARTÍN, E.P. (2004). Conjuntos inmobiliarios, propiedad horizontal y declaración de obra nueva, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 683, 3445-3462; (2020). El control urbanístico de los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad horizontal ordinaria (1 de 2), Revista Crítica de Derecho Inmobiliario núm. 778, 1369-1385. (2020). El control urbanístico de los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad horizontal ordinaria (2 de 2), Revista Crítica de Derecho Inmobiliario núm. 779, 1925-1946.

[6] ARNAIZ RAMOS, R. (2013). La inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva. Madrid: Bosch.

[7] Estas cuestiones son analizadas en (2021) Definición de la unidad de ejecución y de las fincas de origen y de resultado en los proyectos de reparcelación tras la Ley 13/2015), Revista Crítica de Derecho Inmobiliario núm. 789, 634-646.

RECENSIÓN BIBLIOGRÁFICA

Round Table on Security Rights over Immovable Property (Part 1) – Objectives and Working Methods

Mesa Redonda sobre garantías reales sobre bienes inmuebles (parte I): objetivos y métodos de trabajo

por

DR OTMAR STÖCKER

Managing Director at the Association of German Pfandbrief Banks (vdp), Berlin

PROF. DR DRES. H.C. ROLF STÜRNER

Professor ordinarius emeritus at the University of Freiburg and former Director of the Institute for German and International Civil Procedure Law

ABSTRACT: Discussion on "Round Table on Security Rights over Immovable Property Project", which aims to provide comprehensive and accessible information on the law of security rights over immovable property in Europe, as well as providing a publicly accessible database and an assessment system that provides guidance on the legal value of security rights in immovable property.

It is focused on the development of an evaluation system for national designs of legal frameworks of security rights over immovable property, which aims to measure the "legal value" of these rights in a comparative legal manner. The evaluation system is structured to consider the interests of banks, property owners, and legislative preferences. The challenge is to develop a detailed presentation of the different legal systems due to the growing cross-border mortgage business in Europe.

The project also addresses the need for studies on mortgage law in response to modernization of civil law systems in various countries. The document emphasizes the importance of the project in providing valuable resources for banks, legislators, and consumer protection institutions. Additionally, it discusses the development of an evaluation system for the individual national designs of the legal frameworks of security rights over immovable property, aiming to provide orientation on how the legal value of these rights can be measured in a comparative legal manner.

RESUMEN: El proyecto "Mesa Redonda sobre Derechos de Garantía sobre Bienes Inmuebles" tiene por objeto proporcionar información completa y accesible sobre

https://doi.org/10.36151/rcdi.2024.805.15

el régimen de las garantías reales sobre bienes inmuebles en Europa, así como ofrecer una base de datos accesible al público y un sistema de evaluación que proporciona orientación sobre el valor legal de los derechos de garantía sobre bienes inmuebles.

Se centra en la elaboración de un sistema de evaluación atendiendo a los marcos jurídicos de garantías reales sobre bienes inmuebles en los distintos países, con el objetivo de medir el valor legal de estos derechos de forma comparativa y tomando en consideración los intereses de bancos, propietarios y preferencias legislativas. El reto radica en desarrollar una presentación detallada de los distintos sistemas jurídicos debido al creciente negocio hipotecario transfronterizo en Europa.

Se aborda también la necesidad de estudios sobre derecho hipotecario en respuesta a la modernización de los sistemas de derecho civil en varios países. También se destaca la importancia de provisionar de recursos valiosos para bancos, legisladores e instituciones de protección al consumidor. Y se examina la elaboración de un sistema de evaluación para los distintos marcos jurídicos de garantías reales sobre bienes inmuebles de los distintos países, con el fin de proporcionar orientación sobre la forma en que puede medirse el valor jurídico de esos derechos de manera jurídica comparativa.

KEYWORDS: Security Rights over Immovable Property, Comparative Law Study, Cross-border Mortgage Business, Evaluation System

PALABRAS CLAVE: Derechos de garantía sobre bienes inmuebles, Derecho comparado, Negocio hipotecario transfronterizo, Sistema de evaluación

SUMMARY: I. THE NEED FOR INFORMATION ON COMPARATIVE LAW.—II. ROUND TABLE ON SECURITY RIGHTS OVER IMMOVABLE PROPERTY. II.1. Development and working methods. II.2. Topics. II.3. Charts. II.4. From Power Point to an IT system.—III. PUBLICATION OF THE DATABASE.—IV. ROUND TABLE AND EVALUATION SYSTEM. IV.1. Basic structural elements of the evaluation system for security rights over immovable property. IV.2. Flexible sectoral evaluation as an important tool. IV.3. Experience to date and the limits of rights-based evaluation.—V. PART 1 CONCLUSION.—VI. BIBLIOGRAPHY.

Since 2005, the Association of German Pfandbrief Banks (Verband deutscher Pfandbriefbanken, vdp) has invited academics and practitioners in mortgage and land register law from over 30 countries to Berlin twice a year to discuss legal developments. The following article[1] explains the objectives and working methods of this comparative law project, whose database is progressively being made available to the public.

In an additional contribution (Part 2)[2], the authors present the similarities and differences of security rights over immovable property with regard to their accessoriness.

I. THE NEED FOR INFORMATION ON COMPARATIVE LAW

In 1989, the vdp[3] began to examine the legal framework for real estate financing in individual European legal systems. For this purpose, expert committees developed

questionnaires dealing with the topics of mortgage and land register law, as well as with the fate of security rights over immovable property in compulsory enforcement and insolvency proceedings. In each case, the work related to one legal system and contained only occasional references to comparative law.

Since the mid-1990s, there has been a strong increase in the need for multi-country or even pan-European presentations on the law of immovable security. The reasons for this lie primarily in the growing cross-border mortgage business in Europe: This means that an increasing number of people have to deal with the associated legal questions and that the need for swift familiarisation with another legal system increases, which is easier with comparative presentations and overviews. In addition, the inclusion of foreign legal systems (LUCKOW and STÖCKER, 2021, 2022a, 2022b) in the credit process (and especially risk management) inevitably means that assessment procedures have to be developed in the individual credit institutions in order to evaluate the different rules.

Such procedures for the evaluation of legal structures first require a detailed presentation of the various legal systems according to a uniform basic model. Developing this presents a great challenge. On the one hand, the questions asked have to be so general that they make sense for all the legal systems included. On the other hand, the degree of detailed analysis has to be as fine-grained as possible in order to effectively capture the strengths and weaknesses of the individual legal systems – and this taking as precise as possible consideration of the frameworks of individual business models or types of business. For example, different legal issues come into play in private housing finance than do in commercial real estate loans.

The need for studies on mortgage law also became clear in the 1990s due to the fact that in many countries (particularly in Central and Eastern Europe) the civil law systems as a whole were being put to the test and undergoing far-reaching modernisation (STÜRNER, 2017); security rights over immovable property very soon played an important role in this, and the academics and practitioners involved in this field were highly interested in the cross-national exchange of opinions and experience. Laws of immovable security were amended and supplemented in several Western European countries as well (e.g., by the expansion of the scope of application of the *hipoteca de máximo* in Spain (2007) (MORENO, 2011), the introduction of the *hypothèque pour toutes sommes* in Belgium (1996), the *hypothèque rechargeable* (2006 and 2014) (FERVERS, 2013) and the *fiducie–sûreté* (FIX, 2014)[4] in France – all changes in the direction of increased flexibility precisely in the three countries[5] whose security rights over immovable property had been the least flexible[6].

Comparative presentations on the law of immovable security in Europe are rare. Some detailed works aim to deal with deliberations on a Eurohypothec – and present a few mortgage law systems for this purpose[7]. Other works only deal with individual countries[8] or give an overall presentation of property law in the form of country reports[9].

As such, the vdp was quick to initiate and support academic exchange and the transfer of practice-oriented expertise at an early stage. Prompted by numerous requests, it has been involved in the modernisation of mortgage and land register law in many countries since 1993. The proposal it initiated for a non-accessory security right over immovable property for Central Europe (WOLFSTEINER and STÖCKER, 1998, 1999) laid the foundation for not only a series of legislative works on security

rights over immovable property in Central Europe, but also for the concretisation of efforts towards a Eurohypothec[10], the most import building block of which is the *Basic Guidelines for a Eurohypothec* (DREWICZ-TUŁODZIECKA, 2005).

II. ROUND TABLE ON SECURITY RIGHTS OVER IMMOVABLE PROPERTY[11]

The vdp has set itself the goal of contributing to the transparency of the law of immovable security in Europe not only in the form of country-specific publications, but also in the development of cross-national charts that allow quick access to differentiated information and legal facts.

For this purpose, the Round Table: Flexibility of Security Rights over Immovable Property in Europe (Runder Tisch: Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa)[12] was established in 2005, in which academics and practitioners in security rights over immovable property from more than 30 countries now participate. The results of these comparative law discussions were first made available to the public in the vdp's publication series between 2006 and 2010 (STÖCKER, 2006, 2007; STÖCKER and STÜRNER, 2008, 2009, 2010a 2nd. ed., 2010b 2nd. ed.).

II.1. Development and working methods[13]

In the beginning, recognised academics and practitioners from several countries – on the basis of the issues examined in the *Basic Guidelines for a Eurohypothec* (see Section I. above) – discussed the doctrinal foundations as well as the practicability of their national security rights over immovable property and wrote detailed country reports on these. The results of these workshops were then published (STÖCKER, 2006).

The discussions were continued with the inclusion of additional countries, and the results of these discussions were also published (STÖCKER, 2007). Again – on the basis of the list of issues used from *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa, Band I* – fundamental topics were covered (such as the form and scope of accessoriness or non-accessoriness and the protection of the owner) as well as issues relevant to practice (e.g., to what extent modern forms of credit can be secured by the respective security rights over immovable property and how security rights over immovable property can be adapted to the constant changes in economic circumstances). Later, separate chapters on enforcement law and insolvency law were added (STÖCKER and STÜRNER, 2008).

Even then, it became apparent that in many countries with an accessory design of security rights over immovable property it is mainly maximum amount mortgages that are used, some of which have a very high degree of flexibility, but only as long as the owner and creditor do not change. Furthermore, the comparative law study was expanded to include the constructive connection between the loan agreement and the creation of the security rights over immovable property, issues regarding the distribution of the burden of proof, bona fide purchasing, and the use of abstract acknowledgements of different kinds of parallel debts.

The legal systems covered were not selected according to academic criteria or legal policy objectives (e.g., with the intention of covering the legal systems of all EU member states). Rather, the contents of the charts are the result of an academic and practice-based exchange that has developed over many years, organised by the vdp within the framework of research, and the associated development of a network of contacts with academics and practitioners from many countries.

The Round Table members should not only be well-versed in their respective national security rights over immovable property, but should also have dealt intensively with at least one and usually several other legal systems, so that they have a deep understanding of comparative law and thus cross-border issues. The original core of the group consisted of members who are or were actively involved and playing a leading role in the development of law in their countries and who contribute or have contributed to the deliberations on a Eurohypothec – at least in the sense of a benchmark for determining the position of their own national security rights over immovable property. In addition to good knowledge of the German language, a fairly high level of time commitment is required, which not every individual under consideration was able or willing to make. The team is made up of professors, notaries, lawyers, and bank lawyers, and thus combines the main interests of academia and practice.

The working language at the workshops is German, based on the original preferences of the participants. In practice, the German language is also better suited than English for dealing with the subject of security rights over immovable property. In most continental European legal systems direct German translations of technical terms related to real estate law can be found; this is terminologically more difficult in English, as it often depends on whether one is talking about England/ Wales, Scotland, Ireland, or the United States[14]. An example of this is the German term "*Grundpfandrecht*", for which the Round Table developed the formulation "security right over immovable property"[15] in order to cover all the English-language legal systems involved. It is thus very arduous to translate the individual questions and answers into English, and it sometimes becomes apparent that a readjustment of the German wording is also necessary in order to accurately describe the content under discussion in both languages.

In order to keep the answers in the database up to date, the members of the Round Table have to follow the development of their legal system. This gave rise to the idea of producing reports every six months (LASSEN and LUCKOW, 2016, 25-32; SEEBER, 2016, 33-40). This has resulted in a significant improvement to its usability, especially for banks as a basis for the ongoing monitoring of the quality of their security rights and risk management.

II.2. Topics

The database of the Round Table on Security Rights over Immovable Property contains a wealth of topics:

Following some basic remarks on the types of security rights over immovable property (I.), central questions relating to the register systems are addressed, as they involve the public disclosure requirements for security rights over immovable property

(II.). This is followed by an exploration of the effects of accessoriness (III.) that is as nuanced as possible so as to counteract the black-and-white division into accessory and non-accessory security rights over immovable property that is regularly encountered and that often leads to misconceptions, particularly with regard to the protection of the owner. Security rights over immovable property serve to secure payment claims and have to prove their value when the debtor is no longer able to pay. Therefore, the "legal security content" of a security right over immovable property in the context of enforcement proceedings (IV.) and insolvency or reorganisation proceedings (V.) is of paramount importance for the practice of the credit business. This is reflected in the large number of charts dealing with these issues. The practically important but theoretically oriented questions of the above-mentioned topics are supplemented by a chapter dealing with the utilisation in practice of security rights over immovable property (VI.) in some important groups of cases.

In the course of the work, special topics were covered in further chapters: Questions on security rights over immovable property in the context of the financing of equipment for the production of renewable energy (VII.), the use of property companies/SPVs for commercially used properties (VIII.), as well as building rights (IX.), and qualified common ownership (X.) as objects of a security right over immovable property.

A particularly exciting topic in terms of legal policy is the security of transaction with immovable property (XI.), which in the majority of countries is guaranteed in a special way by the compulsory or regular involvement specially trained and qualified professionals or state institutions in property-related transactions, while in other countries a compensatory arrangement is required in order to avoid gaps in legal security as far as possible (if one is not willing to accept them for overriding reasons, such as cost savings or the simplicity and speed of the transaction)[16].

Although the Round Table is focused on the law of immovable security, consumer protection in real estate loans is of such central importance than some regulations are considered from a comparative law perspective (XII.).

An additional chapter collects current political topics that are connected with security rights over immovable property. If it becomes apparent that the topic is of Europe-wide and lasting significance, it is assigned to one of the specialised chapters. Information was exchanged in this chapter on special national regulations that were introduced because of the Covid-19 pandemic and which have mostly expired since.

II.3. Charts

An important focus of the workshops is the creation and ongoing development of detailed charts in the form of maps, with countries marked in different colours depending on the answer to the question under consideration in order to vividly illustrate the diversity of security rights over immovable property.

The problem with any kind of overview is that it has to simplify in order to provide a more efficient perspective than a collection of detailed information. However, every simplification results in standardisation of varying degrees and thus slightly distorts the details, which is difficult to reconcile with an academic claim to the quality of the

work itself. This is true for comprehensive tabular overviews – and even more so for charts, where the information that can be included is even more limited.

Nevertheless, after in-depth discussion in the workshops, this form of presentation was chosen in order to allow users to quickly grasp the concepts and to increase clarity through visualisation in view of the abundance of distinctions. Academics, too, have to recognise that it is sometimes preferable to be able to present information that is not entirely precise to the target audience than to run that risk that the central message is not conveyed at all. It is important that a balanced selection of topics and questions makes the potential "error rate" in the details transparent for experts, so that further work can present the desired differentiation in special works.

In order to deal with the extremely complex task, it is first necessary to identify the central questions for the assessment of security rights over immovable property and to formulate them in such a way that they make sense for each legal system covered here. Furthermore, the questions have to be posed in such a way that an accurate answer, at least in principle, can be given for each legal system, even if exceptions and deviations should occur in detail.

The whole task is made particularly challenging by the fact that, in principle, only one answer per country can be given in order to fit in with the map colour schematic. If more than one answer is applicable, the wording of the questions and answers have to be adjusted until, in principle, only one answer fits per country. With each jurisdiction that is added to the project, this means adapting often no fewer question and answer variables – and this in German and English. The implementation of two workshops per year, each lasting two full days in Berlin, shows that the effort required to achieve a high level of quality is not small.

II.4. From PowerPoint to an IT system

The aim of the charts in the form of maps is to ensure that those legal systems that give the same answers appear on the map with the same colour. During the initial years of the project, PowerPoint slides were used for this purpose, however, as the number of questions and legal systems increased, this proved to be too difficult. In addition, the Round Table members had to wait a long time for the overall result.

As it was not possible to procure a ready-made program that could meet all the requirements of this project, a separate IT application was developed. This allows the individual members of the Round Table on Security Rights over Immovable Property to enter their responses via secure Internet access, whereupon they can immediately see the result of the country comparison on the coloured map. Later, a comments field was added so that the responses can be explained or exceptions and special cases noted.

The IT system has also made it possible to access the database directly during presentations and discussions, allowing its content to be included. This has been used not only at conferences, but also during legal policy discussions on the modernisation of mortgage and land register law in individual countries. Legal information compiled by the Round Table on Security Rights over Immovable Property has also been made available to European institutions through the granting of read access to the database.

III. PUBLICATION OF THE DATABASE

Until recently, the findings of the Round Table on Security Rights over Immovable Property were not readily accessible to interested members of the public, and thus not widely known. This was mainly due to the fact that access to the expert database was limited to registered users and the database's website was primarily designed to facilitate cooperation between the members of the Round Table.

In the past – as previously mentioned – the contents of the database were published in the vdp publication series with detailed explanations in German and English. The printed format, however, has the disadvantage that it becomes out-of-date over time and the costs associated with print publication can be very high, especially as an effective overview can only be achieved with the use of coloured maps, which even today greatly increases the production costs of printing.

As such, the Round Table on Security Rights over Immovable Property started looking into how to increase the visibility of its work and thus make its valuable findings better known and accessible to the public.

In addition, there is the recurring question of how the charts can be used as a source for academic publications by Round Table members. This becomes even clearer when external authors, also of standard works on mortgage and land register law, want to use and disseminate the findings of the Round Table in their publications. The restriction of access to the results also presents an obstacle to using the findings for legal policy work. If only because of normal staff turnover in administration, politics, and academia, it is almost impossible to grant individual read access to all interested members of these target groups.

Accordingly, the Round Table decided in autumn 2021 to open access to the online database of the Round Table on Security Rights over Immovable Property to the general public. For reasons of IT security alone, it was ruled out of the question to give the public direct access to the database into which the members of the Round Table enter their responses and comments. Instead, a parallel read-only database with the same content that had previously been set up for external users was used; from this, another parallel database was created that the public can access via the Internet. The Round Table decides from when on which questions with answers for which countries in chart form (as well as country comments) will be copied into this publicly accessible database. The database is updated several times a year.

From November 2021 to April 2022, the Round Table reviewed all the questions in the first six chapters to see if they were sufficiently comprehensible to external parties. Each chapter and individual question was accompanied by an explanation to illustrate the meaning of the question and its connection with other questions. In its mid-May 2022 workshop, the Round Table on Security Rights over Immovable Property made a decision on which questions should be transferred to this new public database as a first step. After this work was completed, the new database was set up, the content of the new website was developed, and the data migration was carried out. Since August 2022, the database has been publically accessible at www.vdpgrundpfandrechte.de and, since 2023, at www.vdpmortgage.com as well. The public launch of the website was announced in September 2022 following another review phase.

In upcoming workshops of the Round Table on Security Rights over Immovable Property, further questions and chapters are to be examined with respect to their

suitability for transfer to the public database, and then released if appropriate. The decision to allow external users to download the country charts (free of charge) was also important for external use; this is the only way the charts can be used in publications.

IV. ROUND TABLE AND EVALUATION SYSTEM

An additional focus of the work of the Round Table on Security Rights over Immovable Property is the elaboration and further development of an appropriate evaluation system for the individual national designs of the legal frameworks of security rights over immovable property. This is intended to provide initial orientation as to how the "legal value" of security rights over immovable property can be "measured" in a comparative legal manner on a general, institution-specific, or differentiated basis according to the type of business. However, it does not lay claim to being a fully developed econometric country comparison.

As early as 2009, an evaluation system was developed, the results of which were published in book form on the basis of previously published works in German (STÖCKER and STÜRNER, 2010a) and English (STÖCKER and STÜRNER, 2010b). No decision has yet been taken whether to publish these results in the public database, as the focus of the work so far has been on the presentation of comparative property law. In addition, the weighting indicators, which are an elementary component of the evaluation system[17], are developed in a separate process, namely only when the relevant question and its answers have proven to be stable in their country-by-country entries; this often requires several workshops and thus several years. Nevertheless, it seems appropriate to briefly outline the systematics of the evaluation at its current stage of development in this article.

IV.1. Basic structural elements of the evaluation system for security rights over immovable property

The individual chapters of the evaluation analysis, structured according to the previously described context[18], contain many questions on a large number (over 30) of legal systems, predominantly in European countries, but also including New York for the United States, Turkey, and Japan – important examples of Germany's economic partners outside Europe. In order to make a succinct comparative law statement in the sense of an evaluation, it seems reasonable to calculate a single figure for each country at the conclusion of the evaluation process. For this purpose, it is necessary to determine the weight of the individual questions and answer in relation to each other with regard to an overall evaluation. This weighting depends on the perspective from which the questions and answers are viewed. In the current state of development of the evaluation system, the following points of view are differentiated:

— the interests of the bank as the most important creditor from an economic perspective (good usability of the collateral, flexibility of the collateral, and breadth of usability);

— the interests of the owner (flexible and cost-effective usability, sufficient protection against unjustified seizure, foreclosure, and sale by the bank); and
— legislative preferences (balance in the interest of peace under the law and justice, public interest in a functioning credit industry and international competitiveness).

This differentiated perspective relates to the weight of the questions and answers in relation to each other, without the content of individual answers playing a role[19]. In an additional step, the same differentiated perspective is used to weight the content of the specific answers provided[20]. It can be seen from these examples that a difficult balancing act always has to be performed, because the evaluation of the interests and balance always takes several points of view into account. Questions or answers that are judged to be relatively unimportant from the point of view of the actor concerned can be weighted with low scores or even "zero" in very clear cases. In the end, the figures resulting from the described double weighting can be added up per country to obtain the evaluation figure – and this can then be compared with the evaluation figures of the other countries.

IV.2. Flexible sectoral evaluation as an important tool

Of course, an evaluation system set up in this way allows not only for an overall evaluation (which can only provide very limited and general information for most users), but rather also allows for sectoral evaluations, which limit the evaluation or assessment to the perspective of the respective actor, a specific legal system, a certain special conflict, or a particular field of business. The aforementioned forms of sectoral evaluation can also be broadly combined. For example, banks will often only be interested in an evaluation of the usability or utilisation efficiency of the legal system of one or more countries when they are preparing a loan. An evaluation may also only be sought for certain specific situations (e.g., in the event of compulsory enforcement or the insolvency of the debtor of the loan and/or owner of the property). Certain business areas, such as the collateralisation of renewable energy plants, the collateralisation of building rights or residential property, as well as collateralisation through the use of property companies in the financing of commercial projects, are also available for separate evaluation on demand for documentation purposes[21].

The bank-oriented nature of the evaluation system is reflected in the particularly detailed query and evaluation of practically all key aspects of bank financing, which is clearly reflected in an overall assessment. However, it is of course also possible to make use of the evaluation from the owner's and/or consumer's point of view in isolation. This is especially relevant for consumer protection institutions but also for the banks themselves, because needless to say the question always arises whether sufficient consideration of these interests should not also be a concern of sustainable banking business practices. For the legislators of the countries involved, the comparative evaluation is a valuable resource in the service of maintaining legislative balance.

IV.3. Experience to date and the limits of rights-based evaluation

vdpExpertise, a subsidiary of the vdp, has taken over the technical implementation of these evaluations. For vdpExpertise, the results of the Round Table have proven to be very usable for supporting banks in loss given default calculations (LASSEN and LUCKOW, 2016, 24-32), because the evaluation system developed offers a high degree of transparency and is regularly updated. In addition, an expansion to include additional countries was possible at the suggestion of the Round Table; such an expansion has been carried out several times, although this has now reached certain limits in the interest of manageability and good quality. The results of the evaluation, with its rather prognostic character, harmonise well with the empirical assessments collected by vdpExpertise.

Procedures for quantifying quality are very common today in many areas for establishing rankings. If they are carried out as carefully as possible and with diversified weightings, reasonably useful statements are possible. However, such results should not be considered absolute, as the quantification of quality has too many fundamental weaknesses. Above all, when making decisions about financing, it is inadvisable to adopt a schematic approach without pragmatic consideration of the specifics of the individual case.

The described evaluation system weights the advantages and disadvantages that a functional legal system entails for the individual actors. Consequently, it excludes risks that may result from failure of the legal structure, such as risks from political instability or susceptibility to corruption. In individual cases, they require an additional special weighting based on extra-legal factors. This also corresponds to the procedure practiced by vdpExpertise.

Figure 1. Country-by-country results of the evaluation, based on the criterion of enforcement (as at November 2022)

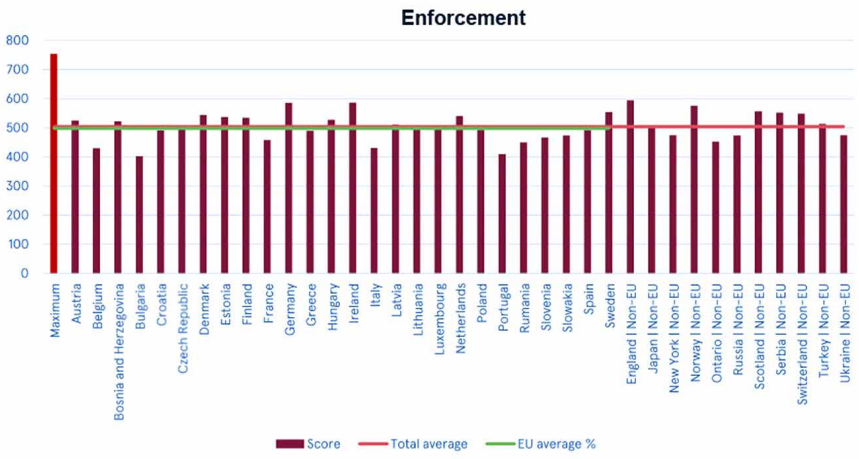
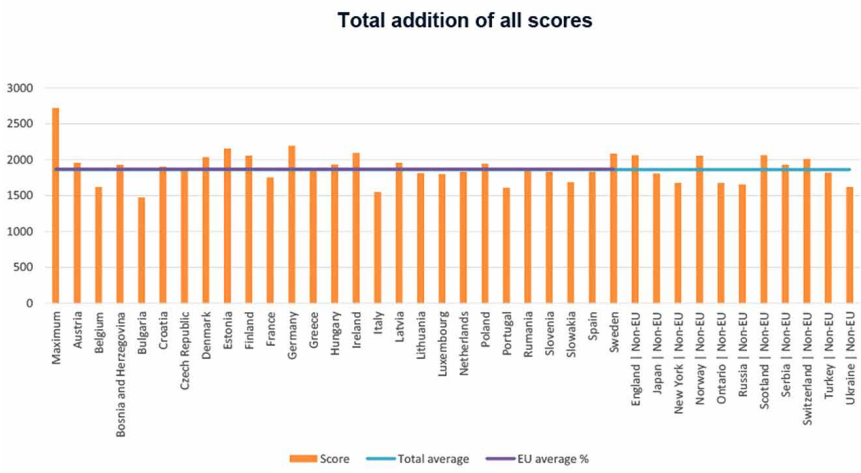


Figure 2. Country-by-country results of the evaluation, total of all scores (as at November 2022)



V. PART 1 CONCLUSION

I. The law of immovable security is still largely national in character and is therefore extremely multi-faceted within the bounds of Europe alone.

II. There are no comparative law presentations including as many legal systems as possible that are sufficiently detailed for practice while at the same time transparent and clear as well as meeting the minimum requirements for up-to-datedness in analysing the legal situation in question.

III. The vdp would like to contribute to reducing these deficits with the Round Table on Security Rights over Immovable Property project.

IV. Following several publications on this project in book form, important parts of it have now been made available to the public in the form of a database: HYPERLINK "http://www.vdpmortgage.com"www.vdpmortgage.com

VI. BIBLIOGRAPHY

BAR, Ch. von (2000a). *Sachenrecht in Europa. Band 1: Dänemark, England, Finnland, Schottland, Schweden.* Germany: Universitätsverlag Rasch.

BAR, Ch. von (2000b). *Sachenrecht in Europa. Band 2: Österreich, Polen, Tschechien, Ungarn.* Germany: Universitätsverlag Rasch.

BAR, Ch. von (2000c). *Sachenrecht in Europa. Band 3: Griechenland, Niederlande, Portugal.* Germany: Universitätsverlag Rasch.

BAR, Ch. von (2001). *Sachenrecht in Europa. Band 4: Belgien, Frankreich, Italien, Spanien*. Germany: Universitätsverlag Rasch.

BAR, Ch. von (2015). *Gemeineuropäisches Sachenrecht. Band I: Grundlagen, Gegenstände sachenrechtlichen Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte.* München: C.H.Beck.

BAR, Ch. von (2019). *Gemeineuropäisches Sachenrecht Band II: Besitz, Erwerb und Schutz subjektiver Sachenrechte.* München: C.H.Beck.

BAUR, F. and STÜRNER, R. (2009). VII. Abschnitt. Internationales und Europäisches Sachenrecht. Sachenrechtsvergleichung. § 64. Das Sachenrecht und seine europäische sowie weltweite Harmonisierung. In F. BAUR, and R. STÜRNER, R., *Sachenrecht* (18th. Ed.). München: C.H.Beck (pp. 911-1039).

BÖNING, D. (2011). *Grundpfandrechte in Deutschland und den USA. Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts des Bundesstaates Kalifornien*. Tübingen: Mohr Siebeck.

DREWICZ-TUŁODZIECKA, A. (ed.) (2005). *Basic Guidelines for a Eurohypothec, Outcome of the Eurohypothec. Workshop November 2004/April 2005.* Warsaw: Mortgage Credit Foundation.

DREWICZ-TULODZIECKA, A. and Center of Legal Competence Wien (Ed.) (2009). *Immobilien, Grundeigentum und Sicherheiten in Polen.* Berlin: Schriftenreihe des Verbandes Deutscher Pfandbriefbanken, Vol. 42.

EBNER, W. (2010, 2nd. ed*.). Grundeigentum und Sicherheiten in Tschechien.* Berlin: Verband deutscher Pfandbriefbanken, Vol. 45.

FERVERS, M. (2013): *Hypothèque rechargeable und Grundschuld*. Freiburg: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

FIX, Ch. (2014). *Die fiducie-sûreté : eine Untersuchung der französischen Sicherungstreuhand aus deutscher Sicht.* Tübingen: Mohr Siebeck.

FRANK, S. and WACHTER, T. (2015, 2nd. ed.). Handbuch Immobilienrecht in Europa. Zivil- und steuerrechtliche Aspekte des Erwerbs, der Veräußerung und der Vererbung von Immobilien. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG. C.F. Müller Lehr- und Handbuch.

HOFMANN, C. (2002). *Mortgage und Charge. Gestaltungsmöglichkeiten im englischen Kreditsicherungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot.

ILLA, B. (2010, 2nd. ed.). *Grundeigentum und Sicherheiten in Ungarn*. Berlin: Verband deutscher Pfandbriefbanken, Vol. 46.

JASCHINSKA, M. (2004). *Polnische und deutsche Grundpfandrechte*. Berlin: Duncker & Humblot.

JUNGMANN, C. (2004). *Grundpfandgläubiger und Unternehmensinsolvenz (Deutschland – England – Schottland).* Köln, Berlin, München: Heymann.

KIESGEN, Ch. (2004a). *Ein Binnenmarkt für den Hypothekarkredi. Der Vorschlag zur Einführung einer Eurohypothek unter besonderer Berücksichtigung des Sicherungsvertrages.* Lohmar: Josef Eul Verlag.

KIRCHER, S. (2004b). *Grundpfandrechte in Europa. Überlegungen zur Harmonisierung der Grundpfandrechte unter besonderer Berücksichtigung der deutschen, französischen und englischen Rechtsordnung.* Berlin: Duncker & Hublot. Schriften zum Internationalen Recht (SIR), n.º 144.

LASSEN, T. and LUCKOW, A. (2016). Entwicklung des Runden Tisches Grundpfandrechte mit Überblick über ehemalige und aktuelle Teilnehmer. In T. LAS-

SEN, A. LUCKOW and M. THURNER. *Grundpfandrechte 2016 in Europa und darüber hinaus - Eine Standortbestimmung zum XX. Workshop des Runden Tisches Grundpfandrechte.* Berlin: Verband deutscher Pfandbriefbanken, Volume 54 (pp. 19-32).

LASSEN, T., LUCKOW, A. and THURNER, M. (2016). *Grundpfandrechte 2016 in Europa und darüber hinaus: eine Standortbestimmung zum XX. Workshop des Runden Tisches Grundpfandrechte.* Berlin: Verband deutscher Pfandbriefbanken, Band 54.

LUCKOW, A. (2012). Der Runde Tisch des Verbandes deutscher Pfandbriefbanken „Grundpfandrechte", seine Arbeitsmethoden und Ergebnisse – Bericht aus der Praxis. In Ch. von BAR and A. WUDARSKI. *Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft*. München: Otto Schmidt/De Gruyter european law pub (pp. 379-392).

LUCKOW, A. (2016). 20 Workshops des Runden Tisches Grundpfandrechte - Einführung zur Festschrift. In T. LASSEN, A. LUCKOW and M. THURNER. *Grundpfandrechte 2016 in Europa und darüber hinaus - Eine Standortbestimmung zum XX. Workshop des Runden Tisches Grundpfandrechte.* Berlin: Verband deutscher Pfandbriefbanken, Volume 54 (pp. 9-16).

LUCKOW, A. (2016). Das System zur Bewertung der Antworten und Länderinformationen beim Runden Tisch Grundpfandrechte. In T. LASSEN, A. LUCKOW and M. THURNER. *Grundpfandrechte 2016 in Europa und darüber hinaus - Eine Standortbestimmung zum XX. Workshop des Runden Tisches Grundpfandrechte.* Berlin: Verband deutscher Pfandbriefbanken, Volume 54 (pp. 41-48).

LUCKOW, A. and STÖCKER, O. (2021). Pfandbriefrechtlicher Insolvenzschutz und britische Deckungswerte. *EuZW*, 24/2021, 1072-1075.

LUCKOW, A. and STÖCKER, O. (2022b). Insolvency protection according to Pfandbrief law, and how it relates to UK cover assets. *Housing Finance International* (HFI), Spring 2022, 45-52.

LUCKOW, A. and STÖCKER, O. (2022a). Pfandbriefrechtlicher Insolvenzschutz und britische Deckungswerte. *EuZW*,1/2022, 13-17.

MORENO, S. (2011). *La optimización de la hipoteca española*. Barcelona: J. M. Bosch.

MURRAY, P. L. and STÜRNER, R. (2010). *The Civil Law Notary – Neutral Lawyer for the Situation. A Comparative Study on Preventative Justice in Modern Societies*. München: C. H. Beck.

MURRAY, P. L. and STÜRNER, R. (2020). *German Notaries in Real Estate and Corporate Law Matters.* München: C. H. Beck.

RESCH, A. P. (2016). *Sicherungsinstrumente beim Grundstückserwerb*. Tübingen: Mohr Siebeck.

RINK, F. (2006). *Die Sicherheit von Grundpfandrechten in Deutschland und England*. Tübingen: Mohr Siebeck.

RUPP, C. S. (2015). *Grundpfandrechte zwischen Flexibilität und Schutz. Ein kontinentaleuropäischer Rechtsvergleich und neue Gedanken zu einer "Eurohypothek".* Tübingen: Mohr Siebeck. Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, n.º 33.

SACALSCHI, A. S. (2011, 2nd. ed.). *Grundeigentum und Sicherheiten in Rumänien*. Berlin: Verband deutscher Pfandbriefbanken, Vol. 47.

SCHULZ-TRIEGLAFF, K. (1997). *Grundschuld und Floating-Charge zur Absicherung von Unternehmenskrediten*. Frankfurt-Bern: Lang.

SEEBER (2016). Der Runde Tisch Grundpfandrechte und seine Bedeutung für die Praxis Herausforderung Rechtsmonitoring. In T. LASSEN, A. LUCKOW and M. THURNER. *Grundpfandrechte 2016 in Europa und darüber hinaus - Eine Standortbestimmung zum XX. Workshop des Runden Tisches Grundpfandrechte.* Berlin: Verband deutscher Pfandbriefbanken, Volume 54 (pp. 33-40).

SPARKES, P. (2007). *European Land Law.* London: Bloomsbury Publishing.

STÄDTLER, H. J. (1998). *Grundpfandrechte in der Insolvenz. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Effektivität von Grundpfandrechten in der Insolvenz des Schuldners in Deutschland und Frankreich*. Tübingen: Mohr Siebeck.

STESSL, M. (2008). *Real Property Rights in the Slovak Republic*. Berlin: Verband deutscher Pfandbriefbanken, Vol. 34.

STEVEN, Ch. (2002). *Immobiliarsicherheiten im englischen und deutschen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Insolvenz des Sicherheitengebers*. Bristol: Peter Lang.

STÖCKER, O. (1992). *Die „Eurohypothek". Zur Bedeutung eines einheitlichen nicht-akzessorischen Grundpfandrechts für den Aufbau eines „Europäischen Binnenmarktes für den Hypothekarkredit" mit einer Darstellung der Verwendung der Grundschuld durch die deutsche Hypothekarkreditpraxis sowie des französischen, spanischen und schweizerischen Hypothekenrechts.* Berlin: Duncker & Humblot.

STÖCKER, O. (2006). Die grundpfandrechtliche Sicherung grenzüberschreitender Immobilienfinanzierungen, Die Eurohypothek – ein Sicherungsinstrument mit Realisierungschancen, *WM, n.º 41,* 1941-1949.

STÖCKER, O. (ed.) (2006). *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa, Band I*. Berlin: Verband deutscher Pfandbriefbanken, Volume 23.

STÖCKER, O. (ed.) (2007). *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa, Band II*. Berlin: Verband deutscher Pfandbriefbanken, Volume 32.

STÖCKER, O. and STÜRNER, R. (2023b). Round Table on Security Rights over Immovable Property (Part 1). Objectives and Working Methods. *Housing Finance International* (HFI), Spring 2023, 45-50.

STÖCKER, O. and STÜRNER, R. (2023c). Round table on security rights over immovable property (Part 2) – Accessoriness of security rights over immovable property. *Housing Finance International* (HFI), Summer 2023, 53-60.

STÖCKER, O. and STÜRNER, R. (2023a). Runder Tisch Grundpfandrechte (Teil 1). Zielsetzung und Arbeitsweise. *EuZW*, 3/2023, 107-112.

STÖCKER, O. and STÜRNER, R. (eds.) (2008). *Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa, Band III*. Berlin: Verband deutscher Pfandbriefbanken, Volume 37.

STÖCKER, O. and STÜRNER, R. (eds.) (2009). *Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights over Real Property in Europe, Volume III*. Berlin: Verband deutscher Pfandbriefbanken, Volume 39.

STÖCKER, O. and STÜRNER, R. (eds.) (2010a, 2nd revised and extended edition). *Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa, Band III*. Berlin: Verband deutscher Pfandbriefbanken, Volume 43.

STÖCKER, O. and STÜRNER, R. (eds.) (2010b, 2nd revised and extended edi-

tion). *Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights over Real Property in Europe, Volume III*. Berlin: Verband deutscher Pfandbriefbanken, Volume 44.

STOIMENOV, D. and IVANOV, B. and Center of Legal Competence Wien (2008). *Grundeigentum und Sicherheiten in Bulgarien*. Berlin: Verband deutscher Pfandbriefbanken, Vol. 35.

STÜRNER, R. (1992). Das Grundpfandrecht zwischen Akzessorietät und Abstraktheit und die europäische Zukunft. In R. SERICK, U. HUBER and E. JAYME, *Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft (pp. 377-388).

STÜRNER, R. (2017). Das deutsche Immobiliarsachenrecht und die Funktion des deutschen Notariats im Spiegel der Rechtsvergleichung, *DNotZ* 12/2017, 904-937.

STÜRNER, R. and KERN, C. (2003). Grundsatzfragen des US-Hypothekenrechts. In I. SCHWENZER and G. HAGER, *Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck (pp. 923-939).

WOLFSTEINER, H. and STÖCKER, O. (1999). Nicht-akzessorisches Grundpfand für Mitteleuropa, *DNotZ,* 6/1999, 451-466.

WOLFSTEINER, H. and STÖCKER, O. (1998). Nicht-akzessorisches Grundpfand für Mitteleuropa. *ZBB*, 264-270.

NOTAS

[1] This article is the English translation of the publication (STÖCKER and STÜRNER, 2023a). It was published in English in (STÖCKER and STURNER, 2023b).

[2] To be published in Revista Crítica del Derecho Inmobiliario. Published in English in (STÖCKER and STÜRNER, 2023c).

[3] At the time, the vdp was named the Association of German Mortgage Banks (Verband deutscher Hypothekenbanken, VdH).

[4] On the further development in France, see (STÜRNER, 2017).

[5] For parallel developments in Central and Eastern Europe, see (DREWICZ-TULODZIECKA et al., 2009; STESSL, 2008.). ; ILLA, 2010, 2nd. ed.; SACALSCHI, 2011, 2nd. ed.; STOIMENOV, IVANOV et al., 2008; EBNER, 2010, 2nd. ed.). .

[6] For more on the general tendency towards non-accessoriness, see (STÜRNER, 1992). .

[7] See in particular (RUPP, 2015; KIESGEN, 2004a, with a presentation of German, French, and Italian mortgage law; KIRCHER, 2004b; STÖCKER, 1992). .

[8] For example, (JASCHINSKA, 2004; HOFMANN, 2002; RINK, 2006; SCHULZ-TRIEGLAFF, 1997; STEVEN, 2002; JUNGMANN, 2004; STÄDTLER, 1998; STÜRNER and KERN, 2003; BÖNING, 2011).

[9] For example, (FRANK and WACHTER, 2015, 2nd. ed.; BAR, 2015, 2019, 2000a, 2000b, 2000c, 2001; BAR et al., 1999; SPARKES, 2007; BAUR and STÜRNER, 2009, 911-1039) (France, Italy, Spain, United States, Switzerland, etc.).

[10] For more detail on the various proposals, see (STÖCKER, 2006; BAUR and STÜRNER, 2009, 911-1039).

[11] For more on the Round Table on Security Rights over Immovable Property in general, see (LASSEN, LUCKOW and THURNER, 2016).

[12] The name of the Round Table working group has undergone a number of iterations since its founding, and is now known as the Round Table on Security Rights over Immovable Property (Runder Tisch Grundpfandrechte).

[13] For more details, see (LUCKOW, 2016, 9-16; LASSEN and LUCKOW, 2016, 19-32).

[14] Examples are provided in (LUCKOW, 2016).

[15] Initially, the term "real property" was agreed upon, but this corresponds mainly with the terminology used in the United States, and was replaced by terminology independent of individual legal cultures.

[16] See in particular (RESCH, 2016; MURRAY and STÜRNER, 2010) (comparative law for Germany, England, France, Sweden, Estonia and the United States); (MURRAY and STÜRNER, 2020) (with a detailed comparative analysis of the German and U.S. legal systems in terms of legal certainty, costs for the parties involved, speed, simplicity and comprehensibility, transparency, the quality of legal advice, and the public interest). The latter publication also contains a critical examination of the World Bank's Doing Business reports, which was presented by the authors at a World Bank event as part of the Law, Justice and Development Week in November 2018 (pp. 135 et seq.., pp. 162 et seq., pp. 169 et seq., pp. 181 et seq.). The Doing Business reports were promoted by the World Bank and had a strong influence on the reports and recommendations of the OECD and economic institutes, as well as on discussions held in Europe. These have been discontinued in their previous form following the revelation of deficiencies and inconsistencies, as well as forms dishonest influence in certain cases.

[17] For more on the structure and development of the weighting indicators, see (LUCKOW, 2016, 41-48).

For earlier work, see (LUCKOW, 2012, 379-392).

[18] See the topics listed above in 2.2.

[19] For example, low weighting of the number of different types of security rights over immovable property, higher weighting of the existence of total security rights over immovable property encumbering several properties at the same time.

[20] For example, in the case of the question whether the absence of a secured claim can be held against the bona fide purchaser of the security right over immovable property by the owner: The answer "yes" would result in a lower score from the point of view of the bank, a maximum score from the point of view of the owner, a favourable score from the point of the legislator, who can or should also take into account the interest in secure transferability in the interest of easier refinancing between banks.

[21] The Round Table on Security Rights over Immovable Property has developed evaluation weightings only for Chapters I–VI.

NORMAS DE PUBLICACIÓN
REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista. En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en inglés *(abstract*).
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en inglés (*key words*).

1.3. Extensión

- Los estudios tendrán una extensión entre 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las recensiones bibliográficas, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 (salvo las Notas, cuyo tamaño será 10).
- Interlineado: Sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Alineación de los párrafos: justificado a derecha e izquierda.

1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un Sumario al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I. EN VERSALES
- II.1. En versalitas
- III.1.A. *En cursiva*
- IV.1.A.a) En redondo
- V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo

El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

I.- […]
II.- […]
III.- […]

Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas a lo largo del trabajo siempre en conexión con el tema. Dicha cita se hará con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

Por último, contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado y para las Notas al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato

APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association,* disponibles en *www.apastyle.org*.

- Libro:
  APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

  Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario.* Madrid: Marcial Pons.

- Capítulo de Libro:
  APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial del nombre y apellido/s (ed./dir./coord.). Título de Libro (en cursiva). Cuidad: 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 Co- legio 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.